Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Luglio - Agosto 2015

I migranti e l'Europa
Giuseppe Cataldi

Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle *"res"* e amministratori volontari delle persone giuridiche
Francesco Fimmanò, Roberto Ranucci

Il divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria
Antonio Maddaluno

Alcuni cenni sul contenzioso catastale alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali
Clelia Buccico

in collaborazione con

PEGASO
Università Telematica

Gazzetta FORENSE

Bimestrale
Anno 8 - Numero 4 - Luglio/Agosto 2015

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE
Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE
Vittorio Sabato Ambrosio, Valeria D'Antò, Melania Duraturo, Anna Eliseo

EDITORE
Giapeto Editore S.u.r.l. - Via Medina 5 - 80133 Napoli

PROPRIETARIO
Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE
Andrea Alberico, Giuseppe Amarelli, Antonio Arditurro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Rita Lombardi, Raffaele Manfrellotti, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Daniele Marrama, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO
Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Manlio Ingrosso, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesauro

COMITATO DI VALUTAZIONE
Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Lucilla Gatt, Umberto Lauro, Roberto Mastroianni, Antonio Merone, Lucio Napolitano, Andrea Patroni Griffi, Rosa Pezzullo, Luca Pisani, Maria Rosaria San Giorgio, Pietro Sirena, Raffaele Teti, Antonio Uricchio

Rassegne di giurisprudenza a cura di
Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo delli Priscoli, Fabrizio Granata, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Enza Sonetti, Giorgia Viola, Valeria Zannella

---

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di valutazione *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore.
A tale scopo la direzione del periodico si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni, il cui nominativo verrà reso noto in un elenco pubblicato periodicamente.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE
n. 21 del 13/03/2007

STAMPA E ALLESTIMENTO
Tavolario stampa, Napoli – settembre 2015

in collaborazione con

PEGASO
Università Telematica
D.M. 20 04 2006 G.U. n° 118 del 23 05 2006

SOMMARIO

Editoriale

I migranti e l'Europa 5
di Giuseppe Cataldi

Diritto e procedura civile

Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle *"res"* e amministratori volontari delle persone giuridiche .. 10
di Francesco Fimmanò e Roberto Ranucci

La responsabilità da contatto sociale tra medicina difensiva e riduzione della spesa sanitaria eccessiva 30
di Gianluca Cascella

Il diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento degli aspiranti docenti con vecchio diploma magistrale 50
di Elia Scafuri

La mancata celebrazione della vita: *EXCURSUS* giurisprudenziale sulle sentenze più significative in tema di danno tanatologico dal 1925 al 2015 60
di Vittorio Sabato Ambrosio

Rassegna di legittimità 66

Rassegna di merito 69

In evidenza - Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile. *Sentenza del 30 giugno 2015, n. 13328* 72

In evidenza - Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili. *Sentenza del 15 giugno 2015, n. 12307* 77

In evidenza - Tribunale di Napoli, Sezione XII Civile. *Sentenza del 1 giugno 2015, n. 9440* 87

Diritto e procedura penale

Confini e ruolo dell'*ASSISTENZA* e della *RAPPRESENTANZA* nel procedimento di riesame dell'ordinanza di sequestro preventivo disposta a carico dell'ente 90
di Fabiana Falato

Il divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria 104
di Antonio Maddaluno

Tutela giurisdizionale in caso di sovraffollamento carcerario. Prime applicazioni della giurisprudenza di merito 110
di Chiara Esposito

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 119
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 128

Rassegna di merito 132

Diritto amministrativo

Il confine tra profili privatistici e pubblicistici della F.I.G.C. nel recente panorama giurisprudenziale 138
di Francesca Mite

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)* 150

Diritto tributario

Alcuni cenni sul contenzioso catastale alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali 154
di Clelia Buccico

Reato di omesso versamento dell'IVA. Illegittimità costituzionale art. 10-*ter* d.lgs. 74/00. *Nota a Corte Costituzionale 12.3.2014 n. 80* 164
di Domenico Cesaro

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia 176

Diritto internazionale

Cambiare il proprio nome: eguaglianza e dignità della persona 180
di Ermelinda Balbo

Cooperazione giudiziaria in materia penale: l'ordine di protezione europeo e il suo recepimento in Italia 184
di Alessia Martinelli

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea 192

Ordinamento giudiziario

Nota all'art. 18 del d.l. n. 83/2015 202
di Luigi Levita

Nota agli artt. 19, 20 e 21 del decreto legge n. 83/2015 204
di Luigi Levita

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
È legittimo il rifiuto opposto da un Sindaco, quale Ufficiale di Governo, alla trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di matrimonio contratto in uno Stato estero da una coppia di persone dello stesso sesso? Che effetti hanno eventuali trascrizioni di questo tipo nell'ordinamento italiano? 208
di Elia Scafuri

Diritto processuale penale
Ai fini della rinnovazione della misura coercitiva inefficace occorrono «eccezionali esigenze cautelari»? La presunta incostituzionalità dell'art. 309, comma 10, c.p.p.. 213
di Giacomo Romano

Diritto amministrativo
La SCIA alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali: come si tutela il terzo, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, che si ritiene leso da un'attività intrapresa sulla base della SCIA? Quali sono i limiti, normativi e di fatto, entro i quali può intervenire la pubblica amministrazione competente? 217
di Rosanna Massaro

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

Le novità introdotte dalla l. 17 aprile 2015 n. 43 nella lotta al terrorismo: una soluzione conforme alla Carta Costituzionale? 222
di Clara Paglionico

La riforma delle false comunicazioni sociali: verso un depotenziamento della risposta penale? 226
di Paola Borrelli

La l. 47/15: un'oscillazione tra stimolo e contenimento della discrezionalità del giudice della cautela 238
di Paola Borrelli

Quanto ha inciso la recente riforma sulle impugnazioni proposte contro le ordinanze in materia di misure cautelari 259
di Valeria Bove

NASPI, la nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego tra le novità del d.lgs. n. 22/2015 268
di Gennaro Iacone

L'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 del d.lgd. 4 marzo 2015 n. 23 273
di Guglielmo Cinque

Recensioni

Eros e jus di Antonio Palazzo, Mimesis, 2015 280
di Stefania Stefanelli

Indice delle sentenze 283

Giuseppe Cataldi
Ordinario di Diritto Internazionale, Università degli studi di Napoli "L'Orientale"
Direttore del "Centro di eccellenza *Jean Monnet* sulla tutela dei diritti dei migranti nel Mediterraneo"

Editoriale
I migranti e l'Europa

In un intervento pubblicato dal "Corriere della Sera" il 25 aprile scorso l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati ha affermato: "la verità è che non possiamo scoraggiare delle persone che sono in fuga per salvarsi la vita. Arriveranno. Possiamo però scegliere se gestire bene il loro arrivo, e con quanta umanità. (…) Se le nazioni occidentali continueranno a rispondere chiudendo le porte, continueremo a condurre migliaia di persone disperate nelle mani di reti criminali, rendendoci tutti meno sicuri".

I migranti sono spinti dal desiderio di vivere in un luogo dove possano evitare persecuzioni, conflitti, povertà, disastri naturali o altre calamità. Pagano somme ingenti per rischiare molto in un viaggio attraverso il deserto e il mare. Conoscono l'orario di partenza, ma non quello d'arrivo, e se mai riuscissero ad arrivare, dovrebbero affrontare l'esistenza discriminata e vulnerabile di chi si trova in una condizione di clandestinità. Com'è noto, infatti, al diritto di ciascun essere umano di migrare (previsto dall'art. 13, par. 2, della Dichiarazione universale dei diritti umani, che stabilisce che ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi paese, compreso il proprio, e nell'art. 12, par. 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966) non corrisponde un parallelo dovere di accoglienza da parte dello Stato di destinazione. Di qui il fenomeno massiccio delle migrazioni non autorizzate, rispetto alle quali è d'uso distinguere tra migrazioni forzate, cioè determinate dalla necessità di sfuggire a persecuzioni politiche o eventi contingenti (una guerra, una rivoluzione, un disastro ambientale) e migrazioni per motivi economici, cioè causate da situazioni di endemica, insopportabile miseria.

Il transito dei migranti presenta aspetti di grande drammaticità nel Mediterraneo, poiché le migrazioni via mare comportano seri rischi per la vita umana a causa delle modalità con le quali il trasporto avviene. È ormai accertato che organizzazioni criminali transnazionali controllano e lucrano su tutta la filiera degli spostamenti del migrante, dalla sua partenza, spesso da paesi dell'area subsahariana, al transito nel deserto, alla detenzione nei centri di "smistamento" sulle coste della Riva Sud del bacino, all'imbarco su gommoni o, in talune circostanze, su navi "madre" dalle quali i migranti sono poi trasbordati su piccole imbarcazioni fatiscenti dirette verso le coste dei paesi europei, fino all'"assistenza" nel momento in cui essi hanno bisogno di raggiungere, una volta a terra, la destinazione finale prescelta. I "corridoi" comunemente attraversati da queste imbarcazioni sono: il Canale di Sicilia, il Mar Ionio, lo Stretto di Gibilterra. Il Mediterraneo costituisce quindi il principale "muro" naturale di ostacolo alle migrazioni, al quale si aggiungono i muri che governi di alcuni Stati europei hanno di recente costruito per ostacolare, dopo il "collasso" della Siria, l'utilizzazione della "via di terra" attraverso Turchia, Grecia, Macedonia, Serbia Ungheria, Croazia.

Come gestire questo fenomeno? La sfida, per i paesi della riva Nord e in particolare per l'Unione europea, che da qualche tempo ha deciso di dotarsi di una politica migratoria comune, dovrebbe essere quella di non rinnegare se stessa e i suoi principi fondanti, dando quindi attuazione al dettato del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. Ne consegue che anziché costruire "muri" (materiali e non), occorrerebbe conciliare gli aspetti umanitari, da ritenere sempre prioritari, con le esigenze di controllo delle frontiere e di prevenzione e repressione di reati, uscendo dalla logica dell'emergenza, anche perché, sia detto per inciso, la vera emergenza è quella "Sud-Sud", con, ad esempio, quasi quattro milioni di profughi siriani in Libano e Giordania, vale a dire in un territorio notevolmente più contenuto di quello dei 28 paesi dell'Unione. Fondamentale è innanzitutto agire sulle cause che spingono i migranti a partire. In secondo luogo ogni decisione circa la gestione dei flussi migratori non potrà negare gli imperativi collegati alla "solidarietà" e al rispetto dei diritti umani. Infine, la cooperazione tra gli Stati è indispensabile ai fini della prevenzione e repressione dei reati collegati al traffico di migranti, gestito da organizzazioni criminali transnazionali.

Sul piano strettamente umanitario, l'esempio più notevole d'intervento resta l'operazione Mare Nostrum, *lanciata dall'Italia in conseguenza della tragedia avvenuta al largo di Lampedusa il 3 ottobre 2013, incidente che causò più di 350 morti. Si è trattato quindi di un'operazione, durata fino alla fine del 2014, squisitamente nazionale, benché del tutto conforme ai principi dell'Unione europea in materia. Mezzi e uomini di varie amministrazioni, in una porzione molto ampia del Mediterraneo (fino alle coste libiche) sono stati impiegati, e davvero ingente è stato il numero d'interventi effettuati e di vite umane salvate. Il costo elevato di tale operazione e le critiche di molti* partners *nell'Unione, hanno condotto alla cessazione dell'operazione. Il principale rilievo mosso sia dalle opposizioni politiche interne sia dai Governi europei (in particolare da Spagna e Grecia), consiste in un presunto effetto d'incentivo* ("calling effect") *alle partenze, a ragione dell'alta possibilità di essere intercettati in un'area molto vasta, "salvati" dalle motovedette italiane e accompagnati nei porti della penisola. È il caso di smentire subito, alla luce purtroppo delle tragiche evenienze dei mesi successivi alla fine dell'operazione* Mare Nostrum*, la fondatezza di tali critiche. L'incentivo alla partenza via mare, e lo dimostrano appunto i numeri e le tragedie dei primi mesi del 2015, è solo determinato dalle condizioni socio-politiche dei Paesi di provenienza e di transito, cui vanno aggiunte alcune iniziative contingenti, quali la costruzione di muri di contenimento al confine, di cui si è detto. L'operazione* Mare Nostrum *è stata sostituita dall'operazione* Triton*, che presenta caratteristiche molto diverse. Innanzitutto è un'operazione che, pur svolgendosi in spazi marini prossimi alle coste italiane (con un limite di 30 miglia), è gestita e finanziata dall'Unione europea, in particolare con il coinvolgimento dell'Agenzia* Frontex *("Agenzia europea per la gestione della cooperazione internazionale alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea"). In secondo luogo, scopo precipuo di quest'operazione è la sorveglianza delle frontiere, pur nel rispetto delle esigenze di tutela della vita umana in mare. Ne consegue che, presumibilmente (e come in parte già dimostrato dagli eventi del 2015), il soccorso in mare dei migranti resta ancora demandato principalmente alle autorità degli Stati costieri,* in primis *quelle italiane.*

L'obbligo di soccorso riguarda tutti i migranti, a prescindere dalle motivazioni del "viaggio".

Alla luce del diritto internazionale, i migranti irregolari hanno il diritto di essere trattati umanamente e non come criminali. Se si trovano in pericolo in mare, i migranti irregolari hanno il diritto di essere soccorsi e trasportati in un luogo sicuro. Se sono anche rifugiati, essi hanno il diritto di non essere respinti verso un luogo dove possano subire persecuzioni, e di essere messi in condizione di presentare una domanda d'asilo. Come tutti gli esseri umani, anche i migranti irregolari hanno diritto di non essere respinti verso uno Stato dove corrono il rischio di essere torturati. Il quadro giuridico internazionale è tuttavia tutt'altro che adeguato e richiederebbe di essere meglio definito, soprattutto per quanto riguarda il luogo dove migranti e richiedenti asilo devono essere sbarcati e la tutela del diritto di presentare domanda d'asilo.

L'Unione europea ha adottato il 26 giugno 2013 il cd. "pacchetto asilo", composto da due direttive e due regolamenti (detto anche "sistema di Dublino"). Ai sensi del regolamento di Dublino, se una persona che aveva presentato istanza di asilo in un paese dell'Unione, o comunque identificata all'atto dell'ingresso in tale paese, entra in un altro paese membro, deve essere rimandata al primo Stato. Il meccanismo si regge quindi sulla fiducia tra gli Stati membri, che si considerano reciprocamente "sicuri" ai fini dell'applicazione dei principi e delle norme dell'Unione in materia di asilo, principi che si rifanno alla Convenzione di Ginevra del 1951 sul rifugiato e quindi, innanzitutto, al cd. principio di "non-refoulement" *(non respingimento). L'applicazione del criterio del "primo ingresso" ha tuttavia prodotto una pressione sproporzionata sugli Stati di frontiera, i quali hanno peraltro mostrato di non essere sempre in grado di rispondere adeguatamente alle esigenze di accoglienza e di esame delle richieste di asilo. Infine, la presunzione secondo la quale gli Stati membri debbano considerarsi sempre reciprocamente sicuri ai fini dell'accoglienza è stata smentita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e anche – seppur in maniera più circoscritta – dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.*

Insomma, non è una sorpresa, soprattutto alla luce degli eventi dell'estate del 2015, il ripensamento generale in atto del sistema di Dublino, oggetto di numerose critiche da parte della stessa Commissione europea, oltre che da parte della dottrina e delle associazioni attive nella difesa dei diritti umani. Nel momento in cui scriviamo la situazione è ancora fluida, anche se notevoli cambiamenti sembrano preannunciarsi, in sede europea ma anche nazionale. La crisi europea dei migranti del 2015 ha visto ancor più netta, rispetto al passato, la divisione tra gli Stati membri circa l'atteggiamento complessivo e le misure da adottare. L'Ungheria, a partire dal 23 giugno 2015, ha iniziato a

respingere i migranti alla frontiera con la Serbia. Il 24 agosto 2015 la Germania ha invece deciso di derogare al regolamento di Dublino per quanto riguarda i profughi siriani e di elaborare direttamente le loro domande d'asilo, annunciando di garantire accoglienza a tutti i profughi di quel paese che la chiedessero. Quest'ultima posizione, pur apprezzabile dal punto di vista umanitario, pone però il problema della cosiddetta "accoglienza selettiva". *Non c'è dubbio che esistano situazioni gravi ed improvvise che hanno bisogno di risposte immediate, ma è difficile diversificare, in base alla nazionalità, persone che hanno gli stessi diritti. Ciò, peraltro, si pone in contrasto con la Convenzione di Ginevra del 1951 sul riconoscimento dello status di rifugiato, che vieta qualsiasi discriminazione nel beneficio dei diritti garantiti.*

Finalmente, in sede europea, si sta facendo strada la convinzione della necessità di elaborare un meccanismo per il ricollocamento negli altri paesi, principalmente in Germania, Francia e Spagna, di parte dei richiedenti asilo presenti in Italia, Grecia e Ungheria. Secondo le proposte presentate dalla Commissione il 9 settembre 2015, un sistema di ricollocamento permanente automatico, che scatterebbe nel momento in cui si verificassero aumenti improvvisi e cospicui degli arrivi, potrebbe essere introdotto. La quota assegnata a ogni paese dipenderà dal Pil, del livello di disoccupazione, dal numero di abitanti e dalla domande di asilo già processate. Le nazioni che si rifiuteranno di accogliere i migranti dovranno pagare delle sanzioni economiche. Il sistema delle quote presenta tuttavia l'inconveniente di non tener conto delle aspirazioni dei richiedenti asilo, che hanno conoscenze, legami e desideri che non necessariamente collimano con le destinazioni loro assegnate. Occorrerà inoltre scongiurare rischiosi viaggi per mare, senza però impedire a chi fugge di raggiungere luoghi sicuri.

Un'ultima osservazione riguarda l'Italia, paese che, all'art. 10, terzo comma, ha una disposizione costituzionale sul diritto d'asilo tra le più avanzate in Europa, stabilendo l'accoglienza per chi non gode dei diritti fondamentali, e quindi non soltanto per chi è perseguitato, come dispone la Convenzione di Ginevra del 1951. È noto tuttavia che, a tutt'oggi, manca una legge organica in materia che dia attuazione al principio costituzionale, e solo la "supplenza" del giudice ha talvolta ovviato a questa mancanza (si veda in particolare la decisione della Corte di Cassazione, Sez. unite civili, 26 maggio 1997, n. 4674). Il 26 maggio 2015 è stata presentata alla Camera una proposta di legge (n. 3146, d'iniziativa dei deputati Marazziti e altri), concernente la "disciplina organica del diritto di asilo e di altre forme di protezione internazionale". Non è questa la sede per soffermarsi su questo testo, composto di ben 45 articoli. Preme rilevare però che, per la prima volta, nell'art. 25, si prospetta l'ipotesi, interessante e foriera di positivi sviluppi (sebbene anch'essa non priva di controindicazioni), per cui «la domanda di protezione internazionale può essere presentata anche nello Stato d'origine del richiedente, previo colloquio presso l'ACNUR o altri organismi e ONG nazionali e internazionali presenti nello Stato che, a seguito dell'esito positivo di tale colloquio, provvedono a inviare la domanda per via telematica all'ambasciata o al consolato italiano competente per territorio». La creazione di canali legali d'ingresso, attraverso l'esame della domanda nello Stato d'origine, sicuramente è idonea a prevenire quei "viaggi della speranza" che, soprattutto via mare, si sono mostrati così pericolosi per la vita umana.

Dopo l'aspetto umanitario e quello concernente il controllo delle frontiere, l'altro aspetto qualificante della "questione migranti" riguarda la prevenzione e repressione del traffico di questi esseri umani. I trafficanti sono senza dubbio criminali e contro di essi va applicato il diritto penale degli Stati interessati, nell'ambito in particolare del Protocollo contro il contrabbando di migranti per terra, mare e aria, che integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale (Palermo, 2000), e favorendo la cooperazione internazionale delle forze di polizia e della magistratura. È tuttavia troppo semplice concludere che i migranti sono le vittime di trafficanti senza scrupoli che lucrano sui viaggi che organizzano per migliaia di disperati. In realtà, i migranti irregolari sono soprattutto le vittime di una frontiera o, per essere più precisi, di chi si ostina a non capire che una frontiera e i respingimenti che ne sono la conseguenza non potranno mai essere strumenti utili a far fronte a un dramma umano collettivo che sta assumendo dimensioni sempre più imponenti a causa della disperazione, che porta queste persone a partire comunque, anche a rischio della vita, per sfuggire a situazioni create con il concorso dei governi occidentali. Il trafficante, per quanto criminale egli sia, è un elemento naturale di una situazione complessiva dove, mentre merci e capitali passano sempre più regolarmente e liberamente le frontiere, gli esseri umani o, meglio, i più sfortunati tra di loro non lo possono fare. Non basta davvero osservare che la situazione nel Mediterraneo è una "tragedia", come si è riconosciuto nella dichiarazione finale del Vertice europeo straordinario di Bruxelles del 23 aprile

scorso, convocato su richiesta dell'Italia. Ed è ipocrita affermare che, per ridurre le vittime in mare, la strada principale sia cercare accordi di cooperazione con i paesi di origine e transito. I tempi di queste trattative sono lunghi, ed intanto le persone potrebbero continuare a morire, e la maggior parte dei migranti fugge da dittature e da guerre alimentate proprio da quei paesi con i quali l'Unione Europea vorrebbe trattare. Dire che queste trattative verso la stipula di nuovi accordi bilaterali costituiscono una "priorità immediata", significa riconoscere che occorre la collaborazione di paesi come il Sudan, l'Eritrea, il Niger, la Nigeria, il Chad, il Gambia ed il Mali per fermare e detenere i migranti, prima che possano arrivare in Europa.

La storia ci insegna che le civiltà che hanno opposto muri all'arrivo di popolazioni migranti sono state presto travolte, mentre l'apertura e il "melting pot" *hanno favorito lo sviluppo sociale, economico e civile degli Stati. L'Europa moderna è figlia della "via della seta" e cioè degli scambi tra culture stanziali e nomadi attraverso un corridoio aperto in cui fluiva la vita. È da circa un decennio, inoltre, che la ricerca sottolinea il nesso esistente tra migrazione e sviluppo locale non solo nei territori di accoglienza ma anche in quelli di origine grazie all'attivismo transnazionale che le diaspore, una volta integrate nel tessuto economico-sociale dei paesi di accoglienza giocano a favore dei loro paesi. L'Europa ha scelto di fondare un'Unione sovranazionale abbattendo i muri. I cittadini stranieri residenti in Europa sono circa 35 milioni, l'8,4% della popolazione. In vent'anni, tra il 1990 e il 2010, l'Europa ha attratto 28 milioni di migranti, tre volte il numero di quelli arrivati tra il 1970 e il 1990. Lo sviluppo, la crescita dell'Europa è avvenuta grazie ad essi. Ma qual è il futuro, in questo tempo di crisi, di ritorno a nazionalismi e muri? Il futuro, in un'Europa che crolla demograficamente e vede la crescita nei prossimi vent'anni del 30% di anziani e il calo del 29% di giovani, è l'accoglienza di nuovi migranti; non come dovere sociale ma come progetto inevitabile per costruire il futuro della "casa comune" europea. L'Europa, con il suo coefficiente di crescita demografica dovuto, per tre quarti, all'apporto migratorio, può essere salvata insomma solo dai migranti.*

Diritto e procedura civile

Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle "*res*" e amministratori volontari delle persone giuridiche 10
di Francesco Fimmanò e Roberto Ranucci

La responsabilità da contatto sociale tra medicina difensiva e riduzione della spesa sanitaria eccessiva 30
di Gianluca Cascella

Il diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento degli aspiranti docenti con vecchio diploma magistrale 50
di Elia Scafuri

La mancata celebrazione della vita: *excursus* giurisprudenziale sulle sentenze più significative in tema di danno tanatologico dal 1925 al 2015 60
di Vittorio Sabato Ambrosio

Rassegna di legittimità 66

Rassegna di merito 69

In evidenza
Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile. *Sentenza del 30 giugno 2015, n. 13328* 72

In evidenza
Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili. *Sentenza del 15 giugno 2015, n. 12307* 77

In evidenza
Tribunale di Napoli, Sezione XII Civile. *Sentenza del 1 giugno 2015, n. 9440* 87

Francesco Fimmanò - Roberto Ranucci
Ordinario di Diritto Commerciale Università del Molise - Direttore Scientifico Università Telematica Pegaso
Ricercatore di Diritto Commerciale Università Telematica Pegaso

Sequestro penale dell'azienda e rappresentanza legale della società: la convivenza "di fatto" di amministratori giudiziari delle *"res"* e amministratori volontari delle persone giuridiche

abstract

The paper has the scope to analize the effects of sequestrations (especially antimafia sequestration) of equity holdings and firm. Often judges state that the justiciar of the equity holding and/or firm seized is also the legal representative and director of the company whose participation or firm has been seized.

The Authors explain the justiciar of the equity holdings or of the firm does not become the legal representative of the company; in case of seizure of equity holdings, the justiciar has the right to excercise all right incorporated in the quotas or shares. While, in case of seized firm, the justiciar must administrate it. In this last case, the company's directors are suspended like during the insolvency procedure, therefore they have restricted powers.

keywords

Criminal seizure of the firm and the legal representative of the company: the coexistence of the administrators of the goods and directors of company.

abstract

L'articolo ha lo scopo di analizzare gli effetti dei sequestri (soprattutto del sequestro antimafia) delle partecipazioni e società. Spesso i giudici affermano che l'amministratore giudiziario della partecipazione azionaria e/o di società sequestrate è anche il rappresentante legale e direttore della società la cui partecipazione o impresa è stata sequestrata.

Gli autori evidenziano che l'amministratore giudiziario delle partecipazioni o della società non diventa il rappresentante legale della società; in caso di sequestro di partecipazioni, l'amministratore ha il diritto di esercitare tutti i diritti incorporati nelle quote o nelle azioni. Mentre, in caso di sequestro dell'azienda, l'amministratore giudiziario deve amministrarla. In quest'ultimo caso, gli amministratori della società sono sospesi come durante la procedura di insolvenza, quindi subiscono una restrizione dei poteri.

parole chiave

Sequestro – Azienda – Partecipazioni sociali.

sommario

1. I sequestri penali di "*res* produttive". – **2.** Il sequestro antimafia. – **3.** L'(in)efficacia del sequestro antimafia sull'organo amministrativo della società. – **4.** (*segue*) e sull'organo di controllo. – **5.** I poteri dell'Amministratore Giudiziario. – **6.** La iscrivibilità rafforzativa della *sospensione* degli amministratori e gli effetti dello spossessamento.

1. I sequestri penali di "*res* produttive"

Negli ultimi anni si è registrato un ricorso sempre più frequente ai sequestri di natura penale aventi ad oggetto l'azienda, le partecipazioni sociali ed altre "res produttive", spesso in via cumulativa e non alternativa. Le ragioni di tale diffusione vanno ricercate nello spostamento dell'asse dell'ordinamento verso l'area penalistica, con una espansione dell'alveo delle misure cautelari reali. D'altra parte, la scelta, in materia di diritto dell'impresa, di accentuare le forme di tutela risarcitoria dei soci, dei creditori, dei terzi e degli *stakeholders* in genere, in luogo degli strumenti di tutela reale, ha prodotto questa risultanza indiretta in cui il diritto penale da *extrema ratio* diventa una forma di reintegrazione complementare.

A tale fenomeno si è aggiunta la circostanza che economia e criminalità finiscono sovente con l'intrecciarsi, dunque, finalità illecite possono affiancare o sostituire quelle lecitamente perseguite da una realtà produttiva. Invero, sempre più spesso le organizzazioni criminali esercitano attività economiche formalmente lecite e, addirittura, operano sul mercato nel rispetto formale della legge. Le ragioni dell'illegalità devono allora essere rinvenute: nell'origine dei capitali utilizzati, nel metodo della intimidazione mafiosa con cui viene svolta l'attività, nella compressione dei diritti sindacali e salariali[1]. Tali attività, evidentemente, si differenziano dalla tradizionale impresa illecita[2],

[1] F. Cassano, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, *Cass. pen.,* 2005, p. 2156.

[2] Sull'impresa illecita v., *ex multis*, V. Panucci, *Impresa illecita,* in *Enc. giur. Treccani,* vol. XVI, Roma, 1989, p. 5. Sull'impresa mafiosa v. F. Cassano, *Impresa illecita e impresa mafiosa. La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni prevista dagli artt. 3-quater e 3-quinques legge n.575/65,* in *Quaderni CSM,* Milano, 1998, p. 377 ss.; S. Alagna, *Impresa illecita e impresa mafiosa,* in *Contr. impr.,* 1991, p. 141; A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale,* Padova, 2001,

ossia quella in cui è l'oggetto dell'attività in sé ad essere *contra ius*. Pertanto, al fine di contrastare la criminalità organizzata e non, le misure patrimoniali risultano spesso essere più efficaci di quelle personali e da strumento di *extrema ratio* divengono un approccio efficace ed efficiente.

A ciò si aggiunga il crescente rilievo applicativo del sequestro preventivo per equivalente disciplinato dall' art. 19, comma 2, d.lgs. n. 231/2001 nei confronti della persona giuridica responsabile di illecito amministrativo dipendente da reato[3].

In sintesi, come si è già avuto modo di rilevare, si sta assistendo «all'emersione di una nuova categoria di "crisi dell'impresa", che è la crisi di legalità»[4]. Per contrastare il fenomeno criminale è diventato necessario aggredire l'attività economica attraverso le *res* produttive strumentali alla stessa, visto che l'attività, in quanto tale, non è assoggettabile a sequestro. È, infatti, quasi superfluo precisare che l'imprenditore è il soggetto che esercita l'attività economica organizzata per produrre beni e servizi per il mercato (art. 2082 c.c.), l'impresa è tale attività economica, la società è il soggetto (persona giuridica se di capitali) imprenditore collettivo che esercita l'attività. Lo strumento per esercitare l'attività d'impresa è l'azienda (art. 2555 c.c.) che non è l'imprenditore individuale o collettivo, non è la società, non è l'impresa, ma è un bene complesso, *rectius* il complesso dei beni e dei rapporti utilizzati dall'imprenditore individuale o dalla *società* per l'esercizio dell'impresa[5].

Fin dalla *taberna* di diritto romano (antesignano storico) e ripercorrendo l'elaborazione dottrinale in tema di azienda, che ha impegnato per lustri la dottrina[6], si è affermato che l'azienda è qualificabile come una pluralità di beni unificati dalla unitaria destinazione produttiva, ed in quanto tale, oggetto di rapporti di diritto pubblico e di diritto privato. Si badi bene oggetto e non soggetto come è invece l'imprenditore individuale o l'imprenditore collettivo (come la società), che è soggetto autonomo di diritto e, quando società di capitali, vera e propria persona giuridica.

Il soggetto di diritto, in quanto persona, non può essere l'oggetto dello spossessamento, del sequestro, della vendita o dell'espropriazione (a differenza dei beni e dei rapporti che ne costituiscono il patrimonio) e, pertanto, il provvedimento cautelare non può riguardare la sostituzione dell'imprenditore e, in ultima analisi, la *governance* della società ma tutt'al più la gestione dell'impresa[7], se non ancora meglio dell'azienda[8].

Le quote e le azioni, invece, sono dei beni materiali o dematerializzati, in quanto consistono in entità patrimoniali. Infatti, le azioni possono essere incorporate in un titolo materialmente apprendibile, mentre, le quote di S.r.l. sono assimilate, pur non senza con-

p. 847 ss.; sul concetto di impresa mafiosa v. anche l'approccio problematico di G. Fiandaca, voce *Le misure di prevenzione (profili sostanziali),* in *Dig. pen.,* vol. VIII, Torino, 1994, p. 108 s.; A. Galasso, *L'impresa illecita mafiosa,* in *Le misure di prevenzione patrimoniale. Teoria e prassi applicativa,* Bari, 1998; P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice,* Bologna, 1983. Per un'impostazione interdisciplinare, Aa.Vv., *Mafie e antimafie. Rapporto '86,* a cura di L. Violante, Bari-Roma, 1996.

[3] Cfr. G. Saccone, *Le Sezioni Unite penali intervengono per "regolare" i confini tra sequestro per equivalente e fallimento*, in *Gazzetta Forense,* 2015, 2, p. 42 ss.

[4] Così F. Fimmanò, *Il difficile "incontro" tra diritto commerciale, diritto penale e diritto pubblico sul terreno dell'impresa in crisi,* in F. Fimmanò (a cura di), *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, Milano, 2012, XXXVIII.

[5] Nella *Ley concursal* spagnola, il richiamo alle misure cautelari della *Ley de enjuiciamiento civil* consente la nomina, *ex* art. 727 n. 2 di un amministratore [giudiziario] di beni produttivi. Il § 22 della *InsolvenzOrdnung* tedesca contempla la nomina di un curatore provvisorio con il compito di adottare misure conservative sul patrimonio del debitore, continuare l'esercizio dell'impresa, valutare l'opportunità di dichiarare aperto il procedimento di insolvenza (al riguardo M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare,* Torino, 2009, p. 61; F. De Santis, *Il processo di primo grado e le misure cautelari,* in A. Jorio (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma,* Bologna, 2010, p. 82).

[6] I primi riferimenti all'azienda o meglio alla c.d. *taberna* si ritrovano addirittura nel diritto romano, dopo di che bisogna aspettare sino alla metà del XIX secolo e lo sviluppo del capitalismo industriale e commerciale per trovare nuove elaborazioni in materia. Le teorie formulate nell'ultimo secolo sulla natura giuridica dell'azienda sono numerosissime, tuttavia è possibile raggrupparle in alcune concezioni principali (al riguardo G.E. Colombo, *L'azienda e il mercato*, in F. Galgano (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Padova, 1979, p. 5 s.; e per una esposizione delle diverse teorie prima e dopo il codice del 1942, A. Vanzetti, *Trent'anni di studi sull'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 32 s.; M. Rotondi, *Trattato di diritto dell'industria*, I, Padova, 1929, p. 32 s.).

[7] Autorevole dottrina proprio al fine di evitare confusioni concettuali e terminologiche ha criticato la formulazione dell'ottavo comma dell'art. 15 l. fall. nella parte in cui fa riferimento all'impresa, invece che, più correttamente all'azienda (G.B. Portale, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in G. Olivieri - P. Piscitello (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Napoli, 2007, p. 11).

[8] Nello stesso senso ampiamente M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimento,* cit., 62 secondo cui la soluzione percorribile è la nomina di un custode dell'azienda (o dell'impresa) o di un amministratore giudiziario se del caso con l'attribuzione dei poteri del curatore provvisorio tedesco o dell'*administrator* della procedura inglese di *administration*; M. Ferro, *Istruttoria prefallimentare e misure cautelari patrimoniali,* in M. Fabiani - A. Patti (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare,* Milano, 2006, p. 30, parla invece di "curatore speciale". Sul tema dell'affidamento dell'amministrazione dell'impresa ad un terzo, cfr. anche M. Fabiani, *Le misure cautelari fra tutela del credito e nuovo fallimento come tecnica di conquista dell'impresa insolvente,* in G. Palmieri (a cura di), *Temi del nuovo diritto fallimentare*, Torino, 2009, p. 53, che prospetta tanto la designazione di un custode giudiziario dell'impresa che possa stipulare un contratto di affitto d'azienda, allo scopo di evitare un aggravamento delle passività nel regime di continuità imprenditoriale, quanto il semplice affidamento ad un custode o ad un esperto dell'incarico di 'stabilizzare' le passività, in funzione di agevolare gli scenari che si possono aprire dopo il fallimento.

trasti[9], a beni immateriali[10], nel senso di non materialmente apprendibili[11], non essendo incorporate in un supporto fisico[12]. In generale, le partecipazioni sociali rappresentano, da un punto di vista dinamico, l'investimento soggetto a rischio[13] e il grado di coinvolgimento del socio nelle sorti dell'impresa societaria[14]. Infatti, «la quota esprime il complesso dei diritti e dei doveri derivanti dalla partecipazione alla società e ciò significa per il socio la titolarità di una serie di facoltà che si identificano in altrettanti poteri dispositivi o disponibilità»[15].

Pertanto, oggetto della tutela cautelare può essere l'azienda, come complesso di beni destinati allo svolgimento dell'impresa, o le partecipazioni sociali della società[16].

La netta distinzione teorica appena esposta molto spesso non si trasferisce nell'applicazione pratica. Talora i provvedimenti di sequestro confondono i diversi livelli o addirittura mettono sullo stesso piano l'intera partecipazione azionaria con la persona giuridica, altre volte ancora "fanno di tutta l'erba un fascio" aggiungendo al sequestro dell'azienda, quello delle quote, quello dei conti correnti e persino del "patrimonio sociale". Il patrimonio è un complesso unitario di entità suscettibili di costituire oggetto di posizioni giuridiche attive[17], come tali espropriabili al cospetto dell'ina-

[9] Cfr. Cass. civ., 21 ottobre 2009 n. 22361, in *Giur. comm*., 2010, II, p. 1112, con nota di S. Parmigiani, N*atura e pignoramento della quota di s.r.l.,* cui si rimanda per una panoramica sulle diverse opinioni sulla natura della quota di s.r.l. e in *Fallimento*, 2010, p. 565 con nota di M.P. Gasperini, *Espropriazione di quote e fallimento della s.r.l. terzo pignorato: inapplicabile l'art. 51 l. fall.*; il tema della natura della quota di s.r.l. è stato oggetto di numerosi contributi non solo in Italia, *cfr.* su tutti G.C.M. Rivolta, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p.7 ss., ma anche nelle esperienze giuridiche straniere, in Germania *cfr.* H. Wiedemann, *Die* Übertragung *und Vererbrung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, Münich-Berlin, 1965; U. Huber, *Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des Handelsrechts*, Heidelberg, 1970; M. Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft*, in *AcP*, 1980, p. 84 ss.; M. Habersack, *Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges' Recht*, Tübingen, 1996.

[10] Cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, M. Campobasso (a cura di), VIII Ed., tomo II, Torino, 2011, p. 576; v. anche G.C.M. Rivolta, *La società a responsabilità limitata*, in A. Cicu - F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XXX, tomo I, Milano, 1982, p. 188 ss.; P. Revigliono, *Il trasferimento della quota di società a responsabilità limitata: il regime legale*, Milano, 1998, p. 45 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. civ., 23 aprile 1956, in *Foro it*, 1956, I, c.1431; Cass. civ., 12 dicembre 1986, n. 7409, De Malgazzi, in *Foro it.*, 1987, I, c.1101 e in *Giur. comm*., 1987, II, p. 741; Cass. civ., 23 gennaio 1997, n. 697, in *Giur. it.*, 1997, I, p. 720 con nota di P. Revigliono; Cass. civ., 4 giugno 1999, n. 5494 in *Giur. it.* 2000, p. 101; Cass. civ., 21 ottobre 2009 n. 22361, *cit.*

[11] Vedi G. Ferri, *Le società*, in F. Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile*, III Ed., vol. X, tomo III, Torino, 1987, p. 519 ss., secondo il quale «la quota è un'entità oggettiva che ha un suo valore economico, che normalmente può formare oggetto di scambio e che quindi può essere considerata un bene e precisamente un bene immateriale».

[12] Ad avviso di G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, VIII ed., tomo II, *cit.*, p. 576, «l'eventuale certificato di quota rilasciato dalla società costituisce semplice documento probatorio della qualità di socio e della misura della partecipazione sociale, non uno strumento per la circolazione della stessa»; nello stesso senso v. G. Santini, *Società a responsabilità limitata: art. 2472-2497bis*, IV ed., Bologna-Roma, 1992, p. 17, nt. 2; O. Cagnasso - M. Irrera, voce *Società a responsabilità limitata*, in *Dig. comm*., vol. XIV, Torino, 1997, p. 191.

[13] Cfr. P. Ferro - Luzzi, *Riflessioni sulla riforma, I: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm*., 2005, I, p. 690; G.P. La Sala, *Principio capitalistico e voto non proporzionale nella società per azioni*, Torino, 2011, p. 101.

[14] *Ibidem*, p. 102.

[15] Così Cass. pen. 11 luglio 1994, Molino, in *Arch. nuova proc. pen*., 1995, p. 108 e in *Giust. pen.*, 1995, III, 406; nello stesso senso Trib. S.M. Capua Vetere – sez. fall. (ord.), 20 aprile 2001, in www.ilfallimento.it secondo cui la quota di s.r.l. rappresenta «la misura della partecipazione del socio a tutti i diritti e doveri di natura amministrativa e corporativa che caratterizzano lo status di soci»; le medesime considerazioni valgono anche per le azioni, infatti, secondo Cass. civ. 26 maggio 2000, n. 6957 in *Società*, 2000, 1331, con nota di F. Collia, *Sequestro giudiziario di quote di società a responsabilità limitata* e in *Giur. it.*, 2000, p. 2309, le quote sociali «esprimono tutti i diritti e i doveri del socio, non diversamente da quanto avviene per le azioni»; come opportunamente evidenziato da V. De Stasio, *Trasferimento della partecipazione nella s.r.l. e conflitto tra acquirenti*, Milano, 2008, p. 1, nt. 1, il termine "quota" ha un significato ambiguo in quanto può far riferimento sia alla frazione del conferimento iniziale del socio (*Einlageanteil* o *Stammanteil*), sia alla frazione del capitale attribuito al medesimo (*Kapitalanteil*), sia alla misurazione del complesso dei diritti e dei doveri del socio nell'organizzazione sociale, sia all'oggetto degli atti dispositivi (*Geschäftsanteil*); *cfr.* anche A. Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, vol. III, Milano, 1950, p. 121; G.C.M. Rivolta, *La partecipazione sociale*, cit., p. 7; S. Pescatore, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano,1974, p. 417 ss.; G. RAcugno, voce *Società a responsabilità limitata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 1055; G. Ferri Jr, *Investimento e conferimento*, Milano, 2001, p. 122 ss.; M. Callegari, *Il pegno su titoli dematerializzati*, Milano, 2004, p. 146, nt. 99; nella dottrina tedesca cfr. Neukamp, *Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, in ZHR, 1906, p.1 ss.; U. Huber, *Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesell-schaften des Handelsrechts*, *cit*. Nel corso della trattazione si farà spesso ricorso al concetto di "partecipazioni sociali", in quanto, le quote di s.r.l. e le azioni di S.p.A. sono la specificazione del genere "quota di partecipazione", sul punto *cfr.* A. Brunetti, *Trattato del diritto delle società*, cit., 122.

[16] Il rapporto tra impresa, società e azienda sembra essere colto anche da alcuna attenta dottrina la quale, pur trattando della confisca dell'impresa, coglie come oggetto del sequestro possano essere solamente i beni, cfr. F. Cassano, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, cit., p. 2156 s.

[17] Il patrimonio sul piano generale costituisce il complesso dei rapporti giuridici attivi e passivi nella loro consistenza economica, comprensivo anche dei rapporti personali, riferiti ad una certa persona fisica o giuridica, pur non essendo un centro di imputazione autonomo, né una c.d. universalità di diritto (quale è ad esempio l'eredità, anche se pure nel compendio ereditario possono nascere distinti patrimoni). Al riguardo si è osservato che si configura un'universalità di diritto solo nei casi in cui espressamente la legge stabilisce l'unità di un complesso di rapporti giuridici. Viceversa il patrimonio può essere in senso lato considerato un'universalità di fatto. Il patrimonio assume il carattere dell'unitarietà solo con la morte del titolare, quando si verifica il fe-

dempimento delle obbligazioni gravanti sulla società[18] e, dunque, finalizzate ad assicurare il soddisfacimento degli altrui diritti di credito[19]. A differenza però dei singoli elementi che lo costituiscono, esso non può circolare mediante un singolo atto, così come avveniva nel diritto romano classico mediante la *bonorum venditio* e l'aggiudicazione ad un singolo acquirente. Ciò trova conferma nella distinzione tra capitale sociale[20] e patrimonio: è possibile trasferire l'intera partecipazione azionaria od elementi del patrimonio aventi valore oggettivo, ma non il patrimonio stesso, riferito necessariamente ad un soggetto di diritto.

La citata confusione solleva non pochi problemi in quanto viene accompagnata spesso dalla nomina di un soggetto "spurio" collegato all'insieme e che gli operatori hanno difficoltà ad individuare nelle specifiche attribuzioni ed identità. Ed in alcuni casi la confusione è persino voluta, in modo da evitare la nomina di amministratori "volontari" ad opera dei custodi giudiziari delle partecipazioni, in quanto non dotati di "copertura giurisdizionale" e come tali più esposti ad eventuali azioni risarcitorie dei prevenuti.

La giurisprudenza di merito ha talora ritenuto sequestrabile la società, sulla base anche della formulazione (non propriamente rispettosa dell'ordinamento societario) dell'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.[21], il quale statuisce la necessaria nomina di un amministratore giudiziario da parte dell'autorità giudiziaria «nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto […] società». Peraltro, si deve ritenere che l'atecnica previsione del "sequestro di società" sia idonea, al più, a descrivere, da un punto di vista fenomenologico, il sequestro della totalità delle partecipazioni sociali congiuntamente all'azienda societaria[22].

A voler applicare (erroneamente) il modello della sostituzione gestoria del soggetto titolare dell'impresa a norma, od a guisa, dell'art. 2409 c.c. (inapplicabile per analogia), si creerebbe, peraltro, una disparità tra impresa individuale ed impresa collettiva: all'imprenditore non potrebbe che applicarsi la tecnica dello spossessamento, visto che un amministratore giudiziario non può certo sostituirsi fisicamente al titolare dell'attività economica (salvo improbabili "metempsicosi")[23] ed, invece, in caso di società, si verificherebbe

nomeno della successione universale che riguarda non la somma dei rapporti ma un'unità complessiva. La sua caratteristica, come quella degli elementi costitutivi, è l'attitudine a soddisfare bisogni economici e ad essere suscettibile di valutazione come valore economico mediante negozi di scambio e come valore d'uso mediante la sua diretta utilizzazione. Si è affermato che l'emersione di una dimensione dinamica in senso sostanziale in una nozione di patrimonio incentrata sul profilo della responsabilità si coglie nello stesso art. 2740 c.c. ed, in particolare, nel riferimento ai "beni futuri" che vengono equiparati ai "beni presenti", quanto all'operatività del meccanismo della responsabilità patrimoniale e della garanzia patrimoniale: la considerazione dei beni futuri, ed ancor più l'equiparazione degli stessi ai beni presenti, indicano che quello in questione è un nesso tendenzialmente permanente, cioè, in termini descrittivi, che il patrimonio è idoneo a durare, ossia a restare lo stesso pur nello scorrere del tempo.

[18] Il patrimonio è tutto ciò che è oggetto di esecuzione così F. Ferrara, *La teoria della persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 669. È stato poi individuato nella soddisfazione del creditore lo scopo pregnante del patrimonio, sul punto v. L. Bigliazzi Geri, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici,* Milano, 1998.

[19] Il patrimonio è stato definito, anche ai nostri fini, come complesso dinamico (cioè internamente variabile) di situazioni giuridiche soggettive attive, aventi ad oggetto interessi giuridicamente rilevanti, unificati dal diritto secondo criteri determinati. Tale definizione è propria sia dei patrimoni dei soggetti di diritto, sia dei c.d. patrimoni separati. Nei primi rileva l'appartenenza ad un unico soggetto di diritto, nei secondi la destinazione allo scopo, quale elemento di unificazione (P. Iamiceli, *Unità e separazione di patrimoni,* Padova, 2003, p. 13 s.). Nell'ambito dell'ordinamento in alcuni settori il rilievo della funzione di garanzia del patrimonio è maggiore e ciò tanto in relazione al momento esecutivo quanto alla fase di assunzione dell'obbligazione. In particolare tale circostanza assume determinante peso all'interno dei patrimoni di impresa ed a quelli delle società di capitali (A. Nervi, *La responsabilità patrimoniale dell'imprenditore. Profili civilistici*, Padova, 2001).

[20] Il concetto di *patrimonium* va ricondotto al *pater*, unico soggetto al quale, in diritto romano, i beni potevano appartenere ed al quale dovevano ritornare in una sorta di espropriazione patriarcale di *pater familias* in *pater familias* «quasi che ciò derivasse da una osmosi per diritto naturale (sembra quasi di mettere in evidenza le caratteristiche peculiari di una società *holding*), anche se questo modello conosceva l'eccezione dell'istituto del *peculium*, che è arrivato fino a noi sotto forma di costituzione di beni in dote e poi di fondo patrimoniale» così F. Fimmanò, *Patrimoni destinati e tutela dei creditori nella società per azioni*, Milano, 2008, p. 35 (v. anche V.M. De Sanctis, *Società unipersonali o patrimoni dedicati?*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, tomo I, Milano, 2005, p. 2344, secondo il quale non vi sarebbe differenza di ambiente culturale fra il nostro sistema e quello germanico aperto allo *Zweckvermogen* o al *Sondervermogen* o a quello anglosassone che prevede il *trust*). Ben presto si è identificato con i beni posseduti ed aggregati, sempre provenienti dal *pater* e menzionati come *pecunia* (E. Becchetti, *Riforma del diritto societario. Patrimoni separati, dedicati e vincolati,* in *Riv. not.*, 2003, 53). I romani definivano *extra patrimonium* le cose che non appartenevano a nessuno e che, tuttavia, avrebbero potuto appartenere a qualcuno in virtù del valore economico di cui esse erano portatrici. Parallelamente qualificavano *res extra commercium* le cose che non appartenevano ad alcuno e che mai sarebbero potute appartenere ad alcuno in forza della loro destinazione.

[21] Cfr. Trib Napoli (ord.) 28 dicembre 2009, n. 529, in *red. giuffré.*

[22] Trib. S.M. Capua Vetere provvedimento del 26-29 maggio 1995, *ined.*, reso nel procedimento di prevenzione n. 39/93 e richiamato da Trib S.M. Capua Vetere – sez. fallimentare (ord.) 20 aprile 2001, in www.ilfallimento.it.

[23] Si è opportunamente evidenziato che l'amministratore giudiziario non potrebbe mai sostituirsi al debitore con riferimento a tutti i rapporti, posto che residuerebbero quelli di natura personale (art. 46 l.fall.) Se l'amministratore viene stato revocato a tutti gli effetti il destinatario del procedimento per dichiarazione di fallimento diviene l'amministratore giudiziario con l'effetto, paradossale, che prima del fallimento il processo dovrebbe proseguire nei confronti dell'amministratore giudiziario e poi una volta dichiarato il fallimento, tutti i residui effetti personali dovrebbero gravare sul soggetto nominato dal tribunale (M. Fabiani, *Tutela cautelare e rapporti fra imprenditore e amministratore*

una sostituzione dell'amministratore e legale rappresentante del soggetto di diritto.

L'art. 2908, c.c., sancisce inequivocabilmente che solo «nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa». Il sequestro – come la dichiarazione di fallimento – non determina, né è in grado di determinare, la modificazione del contratto di società o la sostituzione degli organi della persona giuridica (come avviene nel solo caso eccezionale di cui all'art. 2409 c.c.), la quale rimane in vita e viene semplicemente spossessata del patrimonio. Il custode delle quote o dell'azienda – così come il curatore fallimentare – non è certamente il legale rappresentante della società interessata dal sequestro (analogamente a quella fallita), né è il suo nuovo amministratore[24].

Ed invero, la sostituzione d'imperio dell'organo amministrativo deve essere espressamente prevista dalla legge, non potendosi applicare analogicamente l'art. 2409 c.c. In tal senso depone anche la recente introduzione del comma 6 all'art. 185 l.fall. che ha riconosciuto al Tribunale il potere di revoca e contestuale nomina dell'amministratore della società, ammessa alla procedura del concordato preventivo[25]. Peraltro, si deve evidenziare come l'Amministratore Giudiziario nominato, ai sensi dell'art. 185, comma 6, l.fall. ovvero dell'art. 2409 c.c., non possa essere equiparato all'organo amministrativo della società quando si consideri che i poteri che possono essere conferiti non coincidono con quelli degli amministratori ordinari. Infatti, possono essere più ristretti (ove il Tribunale attribuisca i soli poteri di ordinaria amministrazione) ovvero più estesi, sino ad invadere la stessa competenza funzionale dell'assemblea (art. 92, comma 5, disp. att. c.c.)[26]. Inoltre, entrambi traggono la propria legittimazione, non dall'assemblea dei soci ma *iure proprio*[27]. Infatti, «la sua amministrazione (*ndr* dell'amministratore giudiziario nominato *ex* art. 2409 c.c.) è originaria e trae i poteri e la sua stessa giustificazione dalla nomina da parte del giudice, che mira a conseguire le finalità dell'art. 2409»[28].

Nel caso di sequestro di partecipazioni sociali, invece – come si vedrà di seguito – l'amministratore giudiziario, mediante l'esercizio dei diritti sociali incorporati nella partecipazioni sequestrata, può determinare, la revoca e la nomina dell'organo amministrativo ovvero, in particolar modo nella S.r.l., controllare l'operato dell'amministratore volontario della società, esercitando i diritti sociali spettanti al socio (sequestrato), restando sempre nel perimetro delle leggi che regolano la società.

giudiziario dell'impresa, in *www.ilcaso.it).*

[24] In tal senso già F. Fimmanò, *L'esercizio provvisorio «anticipato» dell'impresa «fallenda»* tra spossessamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società, in *www.ilcaso.it* e in *Nds,* 2010, n. 8, p. 29; Id., *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali,* in A. Jorio (diretto da) e M. Fabiani (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare (novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma). Commentario*, Bologna, 2010, p. 484 s. Si è rilevato che ogni forma di anticipazione della gestione sostitutiva fallimentare, anche con modalità diverse dal tipico esercizio provvisorio, riguarderebbe effetti che non sono «automatici» dello spossessamento e quindi della sentenza dichiarativa di fallimento, ma ulteriori e diversi, in quanto riconducibili ad attività, iniziative e scelte valutative che rientrano nell'esclusiva competenza degli organi fallimentari e che vanno esercitate secondo le regole, i controlli ed i limiti previsti dalla legge fallimentare. L'anticipazione dell'esercizio provvisorio dovrebbe necessariamente presupporre un'adeguata valutazione prognostica circa la necessità di disporre la continuazione dell'attività di impresa con la sentenza di fallimento, e, di conseguenza, una delibazione congruamente motivata, seppur nei limiti consentiti dalla cognizione sommaria propria di tale procedimento, delle relative condizioni di ammissibilità (P. Marzocchi, *I provvedimenti cautelari nell'istruttoria prefallimentare: i limiti agli effetti anticipatori*, in *Fallimento,* 2010, p. 1187, secondo cui perciò è più coerente privilegiare una funzione di stampo conservativo, sia per quanto riguarda la tutela del patrimonio, sia dell'impresa o comunque dell'azienda come accede con la misura tradizionale del sequestro).

[25] Il d.l. n. 83/2015 (convertito con modifiche dalla l. 6 agosto 2015, n. 132) ha introdotto il comma 6 all'art. 185 l.fall. il quale prevede: «il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore e il commissario giudiziale, può revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, e nominare un amministratore giudiziario stabilendo la durata del suo incarico e attribuendogli il potere di compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta, ivi incluso, qualora tale proposta preveda un aumento del capitale sociale del debitore, la convocazione dell'assemblea straordinaria dei soci avente ad oggetto la delibera di tale aumento di capitale e l'esercizio del voto nella stessa»; sulle novità introdotte alla legge fallimentare dal d.l. 83/2015, si veda F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: un primo commento,* in ilfallimentarista, 2015; l'art. 185 l.fall. si riferisce alla fase esecutiva del concordato nel quale gli organi della procedura hanno solo un potere di controllo sull'esecuzione del piano omologato ma non anche poteri inerenti la gestione che spetta unicamente all'imprenditore (salvo ovviamente la nomina di un liquidatore ai sensi dell'art. 182 l.fall.), sul punto si veda in maniera esemplificativa, recentemente, Trib. Monza 13 febbraio 2015, in www.ilcaso.it.

[26] Così afferma V. Salafia, *Il controllo giudiziario a norma dell'art. 2409 c.c. nell'esperienza del Tribunale di Milano*, in *Il controllo del funzionamento delle società per azioni*, Napoli, 1974, p. 70; in giurisprudenza Trib. Milano, 26 febbraio 1953, in *Giur. it.*, 1953, I, 2, p. 804; Cass. 18 luglio 1973, n. 2113, in *Mon. trib.*, 1974, I, p. 10; App. Bologna, 19 marzo 1988, in *Società*, 1988, p. 753; v. anche altresì, in tema, D. Pettiti, *Sul procedimento di denuncia al Tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, p. 283, il quale afferma che all'amministratore giudiziario spettano tendenzialmente gli stessi poteri dell'organo amministrativo ordinario, salvo il limite conseguente alla necessità di autorizzazione per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

[27] V. Cerami, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Milano, 1954, p. 134; F. Galgano, *Sull'amministratore giudiziario di società personali*, in *Giur. it.*, 1967, I, 2, p. 640; A. Patroni Griffi, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, p. 301.

[28] Così G.U. Tedeschi, *Il controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali*, Padova, 1965, p. 182.

Nella prassi operativa, invece, si registra sovente «l'errore concettuale di confondere il custode giudiziario dell'azienda con l'amministratore giudiziario/legale rappresentante della società»[29].

Tale confusione è legata alla circostanza che, alla diffusione del sequestro di azienda e di partecipazioni sociali, non ha fatto seguito un inquadramento sistematico da parte del legislatore. Invero, la particolarità dei beni di cui si discorre avrebbe suggerito un intervento specifico da parte del legislatore nazionale[30]. La latitanza di quest'ultimo ha determinato la necessaria supplenza della dottrina e della giurisprudenza[31], con risultati non sempre condivisibili, in quanto non rispettosi del diritto dell'impresa. Per questa ragione tale errore va segnalato con forza al fine di evitare che si consolidi a valle una prassi giurisprudenziale destinata a produrre provvedimenti assai opinabili[32]. Come vedremo più avanti, la necessità di distinguere i diversi piani ed i diversi fenomeni, anche nella interpretazione della lettera (talora atecnica ed approssimativa) delle norme speciali, risponde all'esigenza di tutela di diritti fondamentali della parte (a cominciare dall'inviolabile diritto di difesa).

2. Il sequestro antimafia

All'interno della categoria dei sequestri penali un ruolo rilevante assume il c.d. sequestro antimafia. Infatti, questa tipologia di sequestro, anche a seguito della riforma intervenuta con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia), presenta una disciplina organica anche con riferimento al sequestro di azienda e di partecipazioni sociali.

Il sequestro c.d. antimafia era disciplinato dall'art. 2-*ter* della l. 31 maggio 1965, n. 575 e succ. mod., come misura cautelare reale di carattere patrimoniale, prodromica all'eventuale confisca. Il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia[33]) ha riorganizzato integralmente le misure personali e patrimoniali contro la criminalità organizzata, sostituendo ed abrogando la l. 31 maggio 1965, n. 575 e succ. mod.[34]

Il sequestro di prevenzione patrimoniale antimafia era stato introdotto con la l. 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. legge Rognoni-La Torre)[35] con l'intento di colpire in maniera maggiormente efficace le organizzazioni criminali di tipo mafioso prevedendo – unitamente a misure personali – anche misure di carattere economico-patrimoniale. L'allargamento della *prospettiva* costituiva la presa di coscienza, da parte del legislatore, della tendenza – iniziata negli anni '70 – della criminalità organizzata di investire, in attività lecite, proventi di attività illecite[36].

Va evidenziato come la considerazione esplicita delle partecipazioni e dell'azienda, quale oggetto di sequestro, sia una conquista abbastanza recente del legislatore antimafia. Infatti, l'assetto originario della normativa antimafia in tema di sequestro venne disegnato avendo a riferimento le "cose"[37] piuttosto che i beni in senso giuridico; pertanto, gli oggetti del seque-

[29] Così F. Fimmanò, *Il difficile "incontro" tra diritto commerciale, diritto penale e diritto pubblico sul terreno dell'impresa in crisi,* cit., XXVI.

[30] In realtà, l'errore concettuale (voluto o meno che sia) di confondere il custode giudiziario dell'azienda o delle quote con l'amministratore giudiziario\legale rappresentante della società, è divenuto in realtà ricorrente, persino nella legislazione di settori diversi dal diritto commerciale Ciò è stato, ad esempio, correttamente eccepito con riferimento al nuovo istituto del "congelamento" (d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109 contenente "*Misure per prevenire contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo e l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, in attuazione della direttiva 2005/60/CE*"), cioè del provvedimento di carattere amministrativo che, per finalità di lotta al finanziamento del terrorismo, comporta il divieto di utilizzazione e di disposizione di beni e risorse economiche (A. Bassi, *Il "congelamento" di imprese, aziende e società*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 208, che evidenzia come il congelamento sia stato previsto, senza eccessivi approfondimenti, con riferimento sia ad imprese *ex* art. 11 co. 2, sia ad aziende *ex* art. 12, comma 3, sia a società *ex* art. 11 comma 2, e che l'utilizzo di questa terminologia atecnica ripropone tutti gli interrogativi ancora irrisolti, che si agitano sul terreno dei provvedimenti di sequestro e confisca previsti ed applicati con riferimento ai beni e risorse della criminalità organizzata. Anche per il congelamento si porrà la necessità di distinguere tra provvedimenti che riguardano l'intero organismo produttivo, e provvedimenti destinati ad incidere, viceversa, sulle partecipazioni all'organismo produttivo. In particolare, mentre il sequestro, e oggi il congelamento di società, è espressione polivalente, che potrebbe avere diversi significati pratici, il congelamento di azienda appare invece un istituto dotato di significato più specifico. Il congelamento, come il sequestro, riferito alla intera azienda dovrebbe comportare la impossibilità e il divieto di esercizio della attività di impresa; mentre invece, in caso di società, che non abbiano oggetto direttamente illecito, gli interventi del legislatore tendono solo a separare l'impresa dalla proprietà).

[31] Trib. Napoli, 24 aprile 2015, *ined.* «un diritto societario-penale, nell'ambito del quale l'intrusività, a volte disordinata, dell'aggressione ai patrimoni, deve trovare strade non descritte per rispettare, nel momento dell'amministrazione, le regole di un diritto societario che questa intrusione non ha previsto, se non per regolarne i rapporti con la situazione abbastanza "analoga" delle procedure concorsuali».

[32] Esprime preoccupazioni in ordine alle relazioni fra gestione dell'impresa e della società anche M. Ferro, Sub *art. 15*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2007, p. 123, pur in un contesto in cui si riconosce la possibilità di nominare un mandatario che agisca secondo le direttive del tribunale.

[33] Emanato in attuazione della l. 13 agosto 2010, n. 136.

[34] L'abrogazione è espressamente prevista dall'art. 120, comma 1, lett. *b)* codice antimafia.

[35] Sui fini del legislatore e sulla *ratio* della normativa cfr., *ex multis,* F. Bricola, *Premessa al commento delle legge 13 settembre 1982, n. 646,* in *Legislaz. Pen.,* 1983, 237 ss.; Aa.Vv., *Strumenti legislativi e giudiziari di intervento contro la criminalità mafiosa,* in *Foro it.,* 1984, V, 245 ss.; E. Amodio, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia,* in *Giust. pen.* 1985, III, 632 ss.

[36] Sul fenomeno della mafia imprenditrice V. Geraci, *L'associazione di tipo mafioso nella legge 13 settembre 1982, n. 646,* in *Legislaz. pen.,* 1986, 572 ss.; E. Saccà, *Contributo allo studio del contenuto e dei limiti della nozione di neutralità dell'attività di impresa,* Milano, 2005, 23 ss., cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

[37] Il termine "cosa" è utilizzato dal legislatore del c.p.p.

stro, considerati nella loro staticità, non erano posti in relazione alle dinamiche economiche, contabili e patrimoniali proprie delle aziende, delle imprese, delle società[38]. Infatti, con riferimento all'art. 2-*quater* della l. 31 maggio 1965, n. 575, la dottrina aveva rilevato come il legislatore avesse preso in considerazione soprattutto il patrimonio in senso tradizionale, nella sua dimensione statica[39] trascurando gli aspetti dinamici dell'attività imprenditoriale, vale a dire l'azienda e le partecipazioni sociali[40]. La transazione da custodia ad amministrazione dei beni sequestrati è stata compiuta dal legislatore antimafia solo con il d.l. 14 giugno 1989 n. 230[41]. Infine, il legislatore, nel riformulare l'art. 2-*undecies* della l. 31 maggio 1965, n. 575[42], ha preso in considerazione i beni strumentali all'esercizio dell'attività di impresa costituiti in azienda. Ben prima dell'intervento del legislatore, in virtù dell'art. 2-*quater* della l. 31 maggio 1965, n. 575, la giurisprudenza – sulla base anche, più in generale, del contesto delle norme della l. 31 maggio 1965, n. 575 – aveva tratto il principio di diritto secondo cui «ogni tipo di bene può essere sottoposto a sequestro: i beni immobili, i mobili, i mobili registrati, i crediti, le quote di società, l'azienda, l'universalità di beni, i diritti reali, le azioni etc.»[43]. La Suprema Corte, infatti, aveva osservato come – dal contesto delle norme della l. 31 maggio 1965, n. 575 – emergesse il principio di generale estensibilità oggettiva del sequestro di prevenzione, sicché una mancata specifica previsione di alcuni tipi di beni non potesse indurre alla conclusione che questi fossero esclusi dal sequestro. Ne discendeva che oggetto di sequestro e confisca potesse essere qualsiasi bene, salvo espressa previsione di legge contraria[44]. Beni considerati, pertanto, come lo scopo, sotto il profilo dell'accumulo di ricchezza, e, nel contempo, quale strumento adoperato dai sodalizi di tipo mafioso per espandersi ulteriormente[45].

L'attuale codice antimafia prende in considerazione espressamente il sequestro di azienda e di partecipazioni sociali (art. 41) – con disposizioni per lo più ricognitive degli abrogati artt. 2-*sexies* e ss. della l. 31 maggio 1965, n. 575 – mentre non può costituire oggetto di sequestro, l'attività economica in sé e, quindi, l'impresa[46].

Assai dibattuta è stata la natura giuridica del sequestro di prevenzione antimafia nella disciplina previgente[47]. Un primo orientamento sosteneva che il sequestro antimafia, quanto alla funzione, fosse simile al sequestro preventivo penale, mentre, da un punto di vista sostanziale e processuale, fosse assimilabile al sequestro conservativo civile, sia per l'identità di oggetto sia per le modalità esecutive. Pertanto, il sequestro antimafia avrebbe avuto una natura conservativa cautelare, in quanto diretto ad evitare la dispersione dei beni dell'indiziato e la sottrazione degli stessi, in vista dell'eventuale successivo provvedimento di confisca[48]. Tra gli studiosi che hanno ricercato in ambito

[38] Per tale considerazione v. F. Cassano, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi,* cit., 2156.

[39] L'originaria formulazione dell'art. 2-*quater* (introdotto dalla legge 13 settembre 1982 n. 646 e modificato dal d.l. 14 giugno 1989 n. 230 14 giugno 1989 n. 230, successivamente sostituito dall'art. 2, 10° comma l. 15 luglio 2009 ed infine abrogato dall'art. 120, 1° comma lett. *b* del D.Lgs. 6 settembre 2011 n. 159) nell'indicare i beni oggetto di sequestro faceva riferimento esclusivamente ai mobili, i crediti, gli immobili registrati senza alcun riferimento alle universalità di beni, alle aziende ed alle partecipazioni sociali.

[40] A. Gialanella, *L'art. 2-quater della l. n. 575/1965: il punto sull'oggetto e l'esecuzione del sequestro e della confisca di prevenzione,* in *Cass. pen.,* 2004, 364; A. Ruggiero, *Amministrazione dei beni sequestrati e confiscati,* cit., 42; nonostante ciò, il legislatore non *dimenticava* di considerare le attività economiche in altre disposizioni antimafia, quale, ad esempio, la misura interdittiva prevista dall'art. 10 della l. 31 maggio 1965, n. 575 ovvero la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni utilizzati per lo svolgimento di attività economiche soggette ad intimidazione ed assoggettamento mafioso, disciplinata dall'art. 3-*quater* della l. 31 maggio 1965, n. 575 (introdotto con il d.l. 8 giugno 1992 n. 306).

[41] Convertito con legge 4 agosto 1989 n. 282.

[42] Con la legge 7 marzo 1996 n. 109.

[43] Così Cass. pen., 1 febbraio 1985, Labata, in *Cass. pen.,* 1986, 999.

[44] A. Gialanella, *L'art. 2-quater della l. n. 575/1965: il punto sull'oggetto e l'esecuzione del sequestro e della confisca di prevenzione,* cit., p. 369.

[45] In dottrina cfr. F. Cassano, *La tutela dei diritti nel sistema antimafia,* in *Riv. dir. proc.,* 2005, 168; in giurisprudenza Cass. pen. 9 febbraio 1989, Nicoletti, in *Cass. pen.,* 1990, I, p. 674 (s.m.).

[46] Secondo A. Balsamo - C. Maltese, *Il codice antimafia,* in *Officine del diritto,* Milano, 2011, p. 47, sull'attività economica si può intervenire solo con il provvedimento della sospensione dell'amministrazione.

[47] Le osservazioni compiute con riferimento al sequestro di prevenzione prima della riforma devono ritenersi valide anche per il sequestro di prevenzione come riformato, nei limiti in cui la normativa pre-riforma sia *confluita* nel codice antimafia.

[48] P. Comucci, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia",* in *Riv. dir. it. proc. pen.,* 1985, p. 92; V. Macrì, *Le nuove misure di prevenzione patrimoniali,* in *Quaderni del CSM,* 1982, p. 99 ss.; D. Siracusano, *Commenti articolo per articolo, l. 13.9.1982, n. 646 (antimafia), art. 14,* in *Legislaz. pen.,* 1983, p. 308; G. Bongiorno, *Le misure patrimoniali della legge La Torre ed i diritti dei terzi*, Milano, 1985, p. 24 ss.; Id., *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *Riv. dir. proc.,* 1988, p. 466; C. Taormina, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988, p. 297 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Trapani (ord.), 22 novembre 1984, *ined.*; in senso critico A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1281, il quale ritiene che, nonostante le affinità con il sequestro conservativo civilistico, quest'ultimo determini la mera indisponibilità giuridica mentre il sequestro antimafia comporti la perdita della disponibilità materiale; sul punto in senso contrario a quello appena esposto A. Ruggiero, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, cit., p. 41 ss.; R. Alfonso, *La confisca nel procedimento di prevenzione*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi - A. Cisterna, t. II, Torino, 2011, p. 828, secondo l'A. le due figure di sequestro hanno in comune soltanto le modalità di esecuzione mentre le finalità sono differenti, infatti, il sequestro di prevenzione è finalizzato alla confisca, ossia all'acquisto dei beni da parte dello Stato, mentre il gravame civilistico tende all'espropria-

civilistico la natura del sequestro di prevenzione antimafia, taluni hanno assimilato la misura in questione al sequestro giudiziario; infatti, il bene verrebbe spossessato nelle more del procedimento di prevenzione, in attesa di accertare a chi spetti, ossia allo Stato ovvero al sequestrato[49]. Appare ovvio, peraltro, come permangano differenze tra le due figure, in quanto il sequestro giudiziario civile si instaura nell'ambito di un conflitto tra privati, mentre quello antimafia è dettato da ragioni di politica criminale[50].

Secondo altra opinione, invece, sarebbe da escludere ogni affinità con i sequestri civilistici, in quanto la funzione del sequestro antimafia sarebbe unicamente quella di sottrarre i beni dalla disponibilità dell'indiziato in vista della confisca; pertanto, il sequestro di prevenzione costituirebbe l'anticipazione della confisca, mutuandone la funzione sanzionatoria e preventiva[51]. Dal canto proprio, le sezioni unite della Cassazione, intervenute sul tema, con riferimento alla disciplina ormai previgente, hanno affermato che la confisca di prevenzione rappresenti un *tertium genus,* costituendo una sanzione amministrativa equiparabile, per contenuto ed effetti, alla misura di sicurezza dell'art. 240 c.p. e non avendo, pertanto, né il carattere sanzionatorio di natura penale, né quello di provvedimento di prevenzione[52]. Anzi hanno ritenuto che l'attributo di misura di prevenzione, riferito alla confisca, costituisca un'improprietà lessicale e, dunque, non modificativo della natura ablatoria della confisca stessa, atteso che solamente il sequestro ha una finalità di misura preventiva, data la sua natura cautelare. La Corte Costituzione ha affermato che la confisca si differenzia nettamente dal sequestro di prevenzione, in quanto la prima ha conseguenze ablatorie definitive, mentre il secondo costituisce una misura cautelare temporanea[53]. Le Sezioni Unite della Cassazione – intervenute successivamente al Giudice delle Leggi – hanno affermato che il sequestro antimafia rappresenta una misura di prevenzione patrimoniale, con natura cautelare e provvisoria, che produce l'effetto di sottrarre materialmente e giuridicamente i beni alla disponibilità dell'interessato e costituisce presupposto necessario per l'adozione del provvedimento di confisca[54]. Da tale ultima pronuncia, emerge una natura ibrida del sequestro antimafia. Infatti, da un lato, presenta affinità con il sequestro preventivo penale per le modalità di esecuzione e per la circostanza che costituisce un provvedimento prodromico alla confisca. Dall'altro è paragonabile al sequestro giudiziario civile, poiché determina la sottrazione all'indiziato del possesso materiale delle cose, la cui amministrazione e disponibilità è attribuita provvisoriamente all'amministratore giudiziario[55], nelle more che venga stabilito a chi spetti la proprietà dei beni, ossia allo Stato ovvero al sequestrato.

zione forzata per la soddisfazione di un diritto di credito; nello stesso senso G. Monteleone, *Effetti «ultra partes» delle misure patrimoniali antimafia*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1988, p. 577 ss. il quale evidenzia le differenze tra il sequestro di prevenzione e i sequestri civilistici.

[49] Cfr. A. Ruggiero, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati,* cit., p. 47; M. Fabiani, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali,* cit., p. 329 ss. Una simile ricostruzione era stata condivisa anche dall'Agenzia delle Entrate che, con circolare del 7 luglio 2000, n. 156/E, aveva assimilato il sequestro dei beni disposto a carico dei soggetti indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso (art. 2-*ter* della legge 31 maggio 1964, n. 575) all'eredità giacente, affermando che «i beni sequestrati in attesa della confisca o della restituzione al proprietario configurano un patrimonio separato, assimilabile per analogia all'eredità giacente disciplinata dall'articolo 131 (*ndr* oggi 187) del T.U.I.R. e dall'articolo 19 del d.P.R. 4 febbraio 1988, n. 42 (*ndr* oggi articolo 5 ter del d.P.R. n. 322 del 1998). In entrambi i casi, infatti, l'amministratore esercita in via provvisoria l'amministrazione di un patrimonio, nell'attesa che lo stesso sia devoluto ad un soggetto che attualmente non è individuato a titolo definitivo e che pertanto non ne ha la disponibilità». Successivamente, l'Agenzia delle Entrate con risoluzione n. 62/E del 2007, in tema degli obblighi posti a carico del soggetto nominato custode giudiziario di una parte delle quote di una società a responsabilità limitata, affermava che «l'incertezza nell'individuazione del soggetto proprietario e la conseguente indisponibilità dei beni si verificano anche nei casi di sequestro giudiziario e, pertanto, simile deve essere la soluzione da adottare ai fini degli obblighi gravanti sul custode e dell'imputazione del reddito prodotto dall'azienda oggetto del provvedimento cautelare. In questo senso, già con la risoluzione 195/E del 13 ottobre 2001 l'Amministrazione ha riconosciuto l'assimilabilità del sequestro giudiziario al c.d. "sequestro antimafia" ai fini dell'applicazione, anche in quel caso, delle disposizioni dell'articolo 187 del T.U.I.R. Nei casi di sequestro giudiziario di azienda, dunque, il custode opera in veste di rappresentante *in incertam personam* curando la gestione del complesso aziendale per conto di un soggetto non ancora individuato. Pertanto, nell'ipotesi prospettata trovano applicazione le regole dettate in materia di eredità giacente dall'articolo 187 del T.U.I.R.».

[50] L'osservazione è di G. Monteleone, *Effetti «ultra partes»* delle misure patrimoniali antimafia, cit., p. 580.

[51] Cfr. *Ibidem*, p.574 ss.; G. Conte, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.,* V, 1984, p.261 s.; in giurisprudenza v. Cass, pen., 15 febbraio 1988, Molè e altro, in *Giur. it.,* 1988, II, p. 360.

[52] Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli, in *Foro it*., 1997, II, c. 18, e in *Cass. pen.,* 1996, p. 3609, con nota di P.V. Molinari, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem,* in cui l'A. critica la separazione concettuale operata dalla Corte fra il sequestro, al quale viene riconosciuta natura di misura di prevenzione, e la confisca, a cui si attribuisce natura di sanzione amministrativa; Cass. pen., 31 gennaio 2005, n. 19914, *cit.*

[53] Cort. Cost. 8 ottobre 1996, n. 335, in *Cass. pen.,* 1997, 186, 334.

[54] Cass. pen., sez. un., 13 dicembre 2000, n. 36, Madonia, in *Ced Cass. pen.,* rv. 217666; secondo F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto,* III ed. Roma, 1951, 25 s., il sequestro costituisce l'indispensabile provvedimento cautelare per l'applicazione della confisca penale.

[55] Recentemente v. L. Salvato, *Profili problematici del coordinamento della disciplina del sequestro di prevenzione e del fallimento,* in F. Fimmanò (a cura di) *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare,* Milano, 2012, p. 530 s.; G. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'impresa,* in *www.appinter.csm.it/incontri*, 2.

Con riferimento specifico, poi, al sequestro di prevenzione, così come disciplinato, da ultimo, dagli artt. 20 e ss. del codice antimafia, recente dottrina ha ritenuto di poter affermare pacifica «la natura preventiva del sequestro»[56], poiché la *ratio* sarebbe da ravvisarsi nell'esigenza di neutralizzare la situazione di pericolosità derivante dal nesso tra il bene e il soggetto[57].

Qualunque sia la finalità del sequestro, il vincolo autoritativo ha come effetto lo spossessamento dei beni. Infatti, il sequestrato perde la disponibilità dei beni e, nel caso necessitino di essere amministrati, vengono affidati ad un pubblico ufficiale: l'amministratore giudiziario[58]. Invero, la procedura dettata in tema di sequestro antimafia presenta affinità con il fallimento – tanto da far parlare di "fallimentarizzazione" della prevenzione antimafia[59] – atteso che vi è addirittura una fase di "ammissione allo stato passivo" in cui i creditori chiedono il riconoscimento dei propri crediti nei confronti del sequestrato; crediti che dovranno essere soddisfatti mediante la liquidazione del compendio sequestrato, in caso di confisca.

3. L'(in)efficacia del sequestro antimafia sull'organo amministrativo della società

Come già anticipato, nella prassi si era arrivati sovente, in forza del sequestro delle partecipazioni sociali e/o dell'azienda sociale, a sostituire l'organo amministrativo della società con l'amministratore giudiziario, il quale diveniva, quindi, legale rappresentante della società[60].

In realtà – come affermato anche da una recente giurisprudenza[61] – il sequestro antimafia delle partecipazioni sociali e/o dell'azienda sociale non è idoneo ad incidere sull'organizzazione capitalistico-corporativa propria delle società. Pertanto, gli organi societari restano in carica quand'anche sia sequestrata la totalità delle partecipazioni sociali e l'azienda sociale.

L'assunto è confermato dal codice antimafia e, in particolare dall'art. 41, comma 6, a tenore del quale «nel caso di sequestro di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze necessarie per legge, l'amministratore giudiziario può, previa autorizzazione del giudice delegato: a) convocare l'assemblea per la sostituzione degli amministratori». La conclusione non solo è avallata dal dato normativo ma anche da un'interpretazione storica. Infatti, la Commissione di esperti, istituita con d.P.R. 19 gennaio 2001, per studiare modifiche alla legislazione antimafia, propose la modifica dell'art. 2-*octies* della l. n. 575/1965 e la sua riformulazione nel seguente modo: «nel caso di sequestro di quote sociali ed azioni che assicurino le maggioranze previste dall'art. 2359 c.c., sono sospesi gli organi sociali; tuttavia gli amministratori sospesi conservano la rappresentanza della società nel procedimento di prevenzione. Il Giudice delegato nomina nuovi amministratori della società e ne determina i poteri»: la modifica non fu recepita.

Con riferimento specifico al sequestro di partecipazioni sociali si deve ritenere che l'amministratore giudiziario, in quanto custode, sia legittimato ad esercitare tutti i diritti sociali incorporati nella partecipazione medesima[62]. L'art. 2352 c.c. attribuendo poteri generali di amministrazione, ha fatto venire meno la rilevanza della distinzione tra assemblea ordinaria e straordinaria[63] spettando, comunque, il diritto di voto all'amministratore giudiziario, indipendentemente dalla tipologia di assemblea[64]. Ciò sempre salvo che dal provvedimento di sequestro non risulti diversamente, con la individuazione espressa, da parte dell'autorità giudiziaria, di condizioni, limiti e/o termini dell'esercizio dei diritti amministrativi.

Invece, la disposizione dell'art. 41, comma 6, del Codice antimafia, sembrerebbe individuare alcuni poteri che si potrebbero definire *straordinari*, poiché l'intervento dell'amministratore giudiziario è sottoposto a preventiva autorizzazione. Infatti, l'amministratore

[56] Così R. Garofoli, *Manuale di diritto penale – Parte generale,* Roma, 2012, p.1496.

[57] G. Fiandaca, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali),* in *Dig. pen.,* vol. VIII, Torino, 1994, p. 122.

[58] L'art. 35, comma 5, del Codice antimafia prevede espressamente che l'amministratore giudiziario è un pubblico ufficiale.

[59] G. Minutoli, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia,* in *Fallimento,* 2011, 1271 ss.

[60] Cfr. Trib Napoli (ord.) 28 dicembre 2009, n. 529, cit.; Trib. Napoli (ord.), 29 dicembre 2009, *ined.*; Trib. Napoli 20-22 gennaio 2010, *ined.*

[61] Trib. Napoli, 24 aprile 2015, *cit.*; si permetta di rinviare anche a R. Ranucci, *Sequestri penali di partecipazioni sociali, d'azienda (ma non di società)*, in *Gazzetta Forense,* 4, 2014, p. 75 ss.

[62] Sul tema si permetta di rinviare a R. Ranucci, *Sequestri penali di partecipazioni sociali, d'azienda (ma non di società)*, cit., p. 58.

[63] Cfr. U. Morera, *sub* art. 2352 c.c., in G. Niccolini - A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, vol. I, Napoli, 2004, p. 316.

[64] Cfr. Cass. civ. 18 giugno 2005, n. 13169, in *Foro it.* 2006, I, c. 2864 e in *Società*, 2006, p. 983 e in *Corr. giur.*, 2006, p. 541, ad avviso della Corte, la distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione non è idonea ad individuare il limite entro il quale l'amministratore può esercitare i diritti sociali, dovendosi avere a riferimento, piuttosto, la corrispondenza funzionale tra il voto e le finalità per cui il sequestro è stato apposto; v. anche in dottrina R. Bocca, *sub* art. 2352 c.c., in G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, *D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.6*; *D. Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*; *D. Lgs. 11 aprile 2001 n.61 (art.1). Commentario*, vol. I, Bologna, 2004, p. 340; D.U. Santosuosso, *La riforma del diritto societario: autonomia privata e norme imperative nei DD. lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003, p. 86; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, 2003, p. 126; U. Morera, *Contributo allo studio del sequestro di azioni e quote di società*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I, p. 537, l'A. sottolinea «la ben nota difficoltà di operare convincenti distinzioni tra delibere concernenti l'ordinaria e la straordinaria amministrazione»; nello stesso senso D. Galletti, *Appartenenza all'organizzazione, vincoli sulla quota ed esercizio dei diritti sociali: ancora sulle «gestioni straordinarie»*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 151.

giudiziario delle partecipazioni sequestrate, ai sensi dell'art. 41, comma 6, Codice antimafia, può convocare l'assemblea dei soci al fine di revocare gli amministratori in carica e nominare se stesso[65] ovvero altro soggetto individuato, previa autorizzazione dell'Autorità giudiziaria.

In tale ipotesi, l'amministratore giudiziario può assumere, nella diversa e contemporanea qualità di amministratore volontario nominato da sé medesimo, tutte le funzioni proprie della carica, senza la necessità di ulteriori autorizzazioni da parte del giudice della procedura[66]. Si deve, quindi, ritenere che l'eventuale atto posto in essere dall'amministratore giudiziario quale amministratore della società, in contrasto con le indicazioni del giudice delegato, sia comunque valido ed efficace non potendosi stravolgere la disciplina societaria e le connesse esigenze di tutela dei terzi, ipotizzando l'integrazione della normativa civilistica con quella propria delle misure di prevenzione di natura penale[67]. Ne discende che l'amministratore giudiziario, assumendo la carica per nomina assembleare, sia soggetto agli obblighi e ai regimi di responsabilità previsti dalla normativa civile, penale e societaria in tema di amministratori di società[68].

La sostituzione di diritto dell'organo amministrativo, eventualmente conseguente al sequestro di partecipazioni sociali e/o di azienda – ammessa da taluna giurisprudenza[69] – può legittimamente avvenire soltanto a norma e per gli effetti dell'art. 2409 c.c.[70], ovvero del recente comma 6 dell'art. 185 l.fall., in caso di concordato preventivo.

Invero, il presupposto applicativo che legittima l'intervento del Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c., è rappresentato dal «fondato sospetto di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori e dei sindaci». Il controllo giudiziario, in questo caso, verte sulla regolarità della gestione e, dunque,

[65] In giurisprudenza *cfr.* Cass. 29 maggio 2014, n. 12072, in *Foro it.,* Rep. 2014, voce *Fallimento,* n. 81 secondo cui «il custode giudiziario delle quote sociali, designato in sede di sequestro preventivo penale, può assumere, in qualità di rappresentante della proprietà del capitale ed in mancanza di una norma di legge che lo vieti, la funzione di amministratore della società, dovendosi escludere il conflitto d'interessi».

[66] In giurisprudenza v. Cass. civ., 16 settembre 2009, n. 19983, in *Ced. Cass. civ.*, rv. 610562; in dottrina cfr. A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1292.

[67] A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1292; nello stesso senso Cass. pen., 2 marzo 2000, Frascati, in *Banca borsa tit. cred.,* 2001, II, p. 21, che ha ritenuto compatibile col procedimento di prevenzione l'omologazione giudiziaria della delibera assembleare adottata su iniziativa dell'amministratore giudiziario, sotto la direzione e con l'autorizzazione del giudice delegato; contra Trib. Bari (decreto), 24 novembre 1995, Cavallari, *ined.*, che, nell'autorizzare l'amministratore giudiziario a revocare gli amministratori della società in carica e a nominare sé stesso, ha precisato che «la normativa civilistica va integrata con quella propria delle misure di prevenzione, con la conseguenza che l'attività di controllo sull'operato dell'amministratore compete non già all'assemblea dei soci, ma al giudice delegato ed al tribunale».

[68] In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 6 agosto 2009, in *Notariato*, 2010, p. 519; Trib. Bologna (ord.), 3 agosto 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 111; Cass. civ., 16 settembre 2009, n. 19983, *cit.*; in dottrina v. F. Volpe, *Sequestro preventivo antimafia, esercizio del diritto di voto e omologazione di delibere assembleari: le competenze di intervento giudiziale e gli interessi economici*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 21 ss.; F. Cassano, *L'amministrazione dei beni in sequestro e la tutela dei diritti dei terzi*, in *Quaderni del CSM*, Milano 1998, p. 150; A. Ruggiero, *Amministrazione di beni sequestrati e confiscati*, *Quaderni del CSM*, Milano, 1988, p. 49; M. Fabiani, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, in *Fallimento,* 1998, p. 333.

[69] Trib. Napoli (ord.) 29 dicembre 2009, *ined.*; Trib. Napoli 20-22 gennaio 2010, *ined.*; Trib Napoli (ord.) 28 dicembre 2009, n. 529, *cit.*

[70] Seppur in ambito prefallimentare si permetta di rinviare a F. Fimannò, *L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare*, cit., p. 37, nt. 110, l'A., criticando la tendenza delle corti di merito, parla di "affinità concettuale" con l'art. 2409 c.c.; in giurisprudenza v. Trib. Novara 24 febbraio 2010, n. 40, in *Fallimento,* 2010, 1180. In applicazione della misura patrimoniale antimafia della c.d. *amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*, attualmente disciplinata dall'art. 34 codice antimafia e precedentemente prevista dall'art. 3-*quater* della legge 575/1965 (introdotto l'art. 24 d.l. 8 giugno 1992 n. 306 convertito nella l. 7 agosto 1992 n. 365), la giurisprudenza, seppur in applicazione della disciplina oramai previgente, ha ritenuto che, quando l'attività economica è esercitata da persone giuridiche, la misura riguarda, le prerogative degli organi societari, *cfr.* Trib. Trapani (decr.) 11 gennaio 1994, Tre Noci S.r.l., *cit.*, secondo il giudice la misura *ex* art. 3-*quater* l. 575/1965 nei confronti di una società determina «la sostituzione dell'organo amministrativo di s.r.l. con un amministratore nominato dal collegio, con forme analoghe a quelle previste dagli artt. 2409 e ss. c.c.»; in senso conforme v. Trib. Palermo (decr.) 03 giugno 1999, soc. Sicilconcrete S.r.l., *ined.*; Trib. Palermo (decr.) 14/28 novembre 2006, Central Gas S.p.A. + altri, *ined.*; Trib. Palermo 29 ottobre 2011, *ined.*, secondo cui la misura in questione è «finalizzata ad espungere dal sistema l'impresa in quanto risulta di per sé illecita». Sulla misura dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche, in dottrina *cfr.* recentemente, seppur con riferimento alla disciplina previgente, F. Licata, *La sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinques, l. n. 575/1965. L'agevolazione incolpevole delle attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, in A. Bargi - A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, t. II, Torino, 2011, p. 1083 ss.; A. Balsamo - G. Nicastro, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, in A. Balsamo - V. Contrafatto - G. Nicastro, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 210 ss.; B. Castagnoli - L. Perina, *Le misure di prevenzione e la normativa antimafia*, Roma, 1992, p.81 ss.; G. Di Chiara, *Commento all'art. 24 d.l. 8 giugno 1992 n. 306*, in *Legislaz. pen.*, 1993, p. 241 ss.; A. Mangione, *La "contiguità" alla mafia fra "prevenzione" e "repressione": tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Riv. dir. pen. e proc.*, 1996, p.708; P. Celentano, *Il sequestro, la confisca e la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni*, in *Quaderni del CSM*, Milano, 1998, 13; P. Grillo, *Gli artt. 3 quater e 3 quinques della l. n. 575/1965: nuove misure di prevenzione nella lotta contro la criminalità organizzata* [parte prima], in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, I, p. 130; G. Nanula, *La lotta alla mafia: strumenti giuridici, strutture di coordinamento, legislazione vigente*, IV ed., Milano, 1999, p. 102 ss.

può essere compiuto solo in presenza di irregolarità gravi inerenti l'operato degli amministratori e potenzialmente dannose per la società ovvero per le società controllate[71]. È evidente, dunque, che la *ratio* della disposizione abbia una rilevanza esclusivamente societaria[72] e non sovrapponibile con le ragioni pubblicistiche sottese ai sequestri penali, soprattutto quando l'attività di impresa sia lecita e lecitamente svolta. La norma, avendo carattere eccezionale, non può essere oggetto di applicazione analogica in ipotesi differenti come, appunto, il sequestro penale delle partecipazioni sociali e/o dell'azienda di pertinenza della società[73]. Invero, gli artt. 2364, comma 1, n. 2 c.c., nelle S.p.A., e 2479, comma 2, n. 2 c.c., nelle S.r.l., attribuiscono inderogabilmente all'assemblea il potere di nomina e revoca dell'organo amministrativo[74].

Per quel che concerne il potere di denuncia *ex* art. 2409 c.c. in pendenza di sequestro, già prima della riforma, seppur con riferimento ai sequestri civilistici, l'orientamento maggioritario era nel senso di attribuire la legittimazione al custode[75], in quanto si riteneva che tale diritto rientrasse tra gli atti di custodia volti a preservare il valore del bene[76]. In effetti, l'esercizio di tale diritto da parte dell'amministratore giudiziario, che sembra pacifico anche alla luce dell'ultimo comma dell'art. 2352 c.c.[77], in ambito penale, potrebbe assumere una connotazione differente. Infatti, in tale sede, il diritto di controllo potrebbe rappresentare lo strumento attraverso cui l'amministratore giudiziario possa ottenere la sostituzione dell'organo amministrato, qualora non disponga delle maggioranze necessarie per sostituirlo in sede assembleare. Nonostante la differente finalità che l'istituto potrebbe assumere, sembra corretto ritenere che il rimedio *ex* art. 2409 c.c. debba essere, comunque, esercitato con le modalità e nei limiti stabiliti dalla disposizione medesima (ad esempio, possesso del minimo di azioni richieste dalla legge ovvero dallo statuto, presupposti applicativi) non potendosi prevedere delle deroghe alla legge in ragione della differente declinazione che l'istituto potrebbe assumere in pendenza di sequestro penale. Pertanto, l'amministratore giudiziario potrà invocare il controllo giudiziario ai sensi dell'art. 2409 c.c. ma nel rispetto della relativa disciplina. Dunque, l'istanza non potrà essere compiuta argomentando, ad esempio, sulla provenienza illecita dei capitali investiti dal socio, non essendo rilevante la circostanza ai fini della gestione societaria[78].

Come noto, a seguito della riforma, le disposizioni di cui all'art. 2409 c.c. non sono più applicabili alle S.r.l.[79], contrariamente a quanto avveniva in prece-

[71] G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, tomo II, cit., p. 444.

[72] Secondo Trib. Saluzzo 18 maggio 1999, in *Società*, 1999, p. 1475, «la *ratio* propria del procedimento attraverso cui si attua il controllo del Tribunale *ex* art. 2409 c.c. deve ravvisarsi nell'intento di salvaguardare l'interesse generale (con schietta valenza pubblicistica, oltre che privatistica) al corretto svolgimento dell'attività societaria e alla regolare osservanza da parte degli amministratori dei doveri inerenti la gestione della società».

[73] F. Fimmanò, *L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare*, cit., 37 - 43 ss.

[74] Come noto, invece, nelle società che fanno ricorso al modello di amministrazione e controllo c.d. dualistico, la competenza alla nomina assembleare è in capo al consiglio di sorveglianza *ex* art. 2409-*novies*, comma 3, c.c. Cfr. Trib. Napoli, 6 agosto 2009, cit.

[75] App. Milano 26 ottobre 1979, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 745; App. Firenze 8 maggio 1981, in *Società*, 1982, p. 422; Trib. Milano 21 dicembre 1988, in *Società*, 1989, p. 610; Trib. Milano 30 marzo 1988, *id*, 1988, p. 857; Trib. Milano 19 febbraio 1999, *id.*, 1999, p. 972; v. anche App. Torino 23 aprile 1952, in *Foro pad.*, 1954, I, p. 281; App. Milano 21 dicembre 1953, *id.*, 1954, I, p. 280; App. Brescia 1 dicembre 1965, in *Giust. civ.*, 1966, p. 1208.

[76] *Contra* Trib. Como (decretp) 13 novembre 1999, in *Società*, 2000, p. 731, con commento di M. Tassi, *Sequestro giudiziario di quote di s.r.l. e legittimazione alla denuncia ex art 2409 c.c.*

[77] Cass. civ. 18 giugno 2005, n. 13169, *cit.*; Trib. S.M. Capua Vetere 7 dicembre 2004, *ined.*; Trib. Milano 19 febbraio 1999, *cit*; Trib. Milano 30 marzo 1988, *cit.*; *contra* Trib. Como 13 novembre 1999, *cit*.

[78] A. Ruggiero, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, cit., p. 47; A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1292 s.

[79] Si sono pronunciati per l'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. alla s.r.l., *ex multis* Cass. civ., 13 gennaio 2010, n. 403, in *Giur. it.*, 2010, p. 595, con nota di R. Weigmann; Trib. Messina, 14 aprile 2004, in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 489; Trib. Roma, 16 gennaio 2008, in *Riv. not.*, 2009, p. 668, con nota di Torroni; Trib. Firenze (ord.), 25 ottobre 2011, in *Società*, 2012, p. 5, con commento critico di V. Salafia, nel provvedimento il collegio affronta *ex professo* l'inapplicabilità analogica dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l.; Trib. Macerata (ord.), 27 febbraio 2006, in *Società*, 2007, 58, con commento di G. Cappelletti; Trib. Roma, 31 marzo 2004, in *Riv. not.*, 2005, p. 768; Trib. Roma, 30 luglio 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 309, con nota di O. Cagnasso, *Diritto di controllo dei soci e revoca dell'amministratore per gravi irregolarità: primi provvedimenti in sede cautelare relativi alla "nuova" società a responsabilità limitata*; Trib. Catania, 14 ottobre 2004, in *Vita not.*, 2005, p. 1001; App. Trieste, 13 ottobre 2004, *ivi*, 2005, p. 1021; App. Trieste, 5 novembre 2004, in *Società*, 2005, p. 355; Trib. Palermo, 16 aprile 2004, *id.*, 2005, p. 70, con commento di V. Tripaldi; Trib. Napoli, 4 giugno 2004, *ivi*, 2004, p. 69; Trib. Isernia, 7 maggio 2004, in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 822, con nota di A. Penta; Trib. Lecce, 16 luglio 2004, in *Società*, 2005, p. 358; Trib. Bologna, 21 ottobre 2004, *ivi*, 2005, p. 357. In dottrina *cfr.* G. Arieta - F. De Santis, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 578; C. Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 134; F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 306; N. Abriani, *Diritto delle società – Manuale breve*, Milano, 2004, p. 314; O. Cagnasso, *Diritto di controllo dei soci e revoca dell'amministratore per gravi irregolarità: primi provvedimenti in sede cautelare relativi alla "nuova" società a responsabilità limitata*, in *Giur. it.*, 2005, p. 316; R. Rordorf, *I sistemi di amministrazione e di controllo nella nuova S.r.l.*, in *Società*, 2003,p. 672; G. Racugno, *L'amministrazione della S.r.l. e il controllo legale dei conti*, ivi, 2004, 16; R. Ambrosini, *La responsabilità degli amministratori nella nuova S.r.l.*, ivi, 2004, 293; Id., *Il problema del controllo giudiziario nella S.r.l., tra tentazioni correttrici degli interpreti e dubbi di costituzionalità*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 378; C. Ruggiero, *La revoca dell'amministratore nella nuova S.r.l.*, in *Società*, 2004, p. 1090; R. Weigmann, *La revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, P. Abbadessa - G.B. Portale (diretto da), vol. III, Torino, 2007,

denza, in forza del richiamo compiuto dall'art. 2488, comma 4, c.c. pv., quanto meno per quel che concerne i soci e fermo restando che, anche ad avviso della giurisprudenza recente, la legittimazione spetta, comunque, ai sindaci di s.r.l. nominati obbligatoriamente ai sensi dell'art. 2477 c.c.[80]. Nonostante il venir meno di tale disposizione nell'impianto normativo delle s.r.l., il legislatore ha comunque previsto uno strumento di tutela in forma specifica e di natura conservativa[81] simile, ma meno invasivo, rispetto a quello disciplinato dall'art. 2409 c.c. Nella disciplina vigente, l'art. 2476, comma 3, c.c. riconosce a ciascun socio di S.r.l. il diritto di esperire l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e di richiedere, in via cautelare, la revoca «in caso di gravi irregolarità nella gestione della società». Secondo l'orientamento preferibile[82], seppur non maggioritario, la revoca giudiziale può essere richiesta anche senza promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore[83]. Pertanto, il giudizio di merito, successivo alla fase cautelare, verterà esclusivamente sulle gravi irregolarità[84]. In tal modo, si sopperisce alla mancata previsione del controllo giudiziario sulla gestione previsto dall'art. 2409 c.c.[85]. Sulla base delle considerazioni svolte con riferimento all'art. 2409 c.c., deve ritenersi che l'amministratore giudiziario di quote di s.r.l. sia legittimato ad esperire il rimedio di cui all'art. 2476, comma 3, c.c., in presenza dei presupposti previsti dalla disciplina societaria, fermo restando che, una volta intervenuta la revoca dell'amministratore, diversamente da quanto previsto nell'ipotesi di cui all'art. 2409 c.c., la nomina del nuovo organo amministrativo sarà rimesso all'assemblea dei soci[86].

4. *(Segue)* e sull'organo di controllo

Se il sequestro delle partecipazioni sociali (o dell'azienda sociale) non ha effetto sull'organizzazione corporativistica del tipo "società di capitali", ne discende come corollario che l'organo di controllo, qualora costituito, continui ad operare vigilando sulla "vita" della società[87]. Invero, il problema pregnante (nonché sintomo di un difficile coordinamento tra misure penali e diritto societario) è rappresentato dalla funzione che l'organo di controllo dovrebbe assolvere in pendenza di sequestro. Un simile vuoto normativo si rinviene anche in ambito concorsuale, in quanto non è espressamente previsto il ruolo dell'organo di controllo delle società in crisi[88].

p. 543 ss. A dirimere la controversia sorta è intervenuta la Corte Costituzionale (Corte Cost., 29 dicembre 2005, n. 481 in *Giur. it*., 2006, p. 2077, con nota di E. Desana) che ha respinto i dubbi sull'incostituzionalità della mancata previsione del rimedio di cui all'art. 2409 c.c. per le S.r.l. Parte della dottrina ritiene che l'esercizio del diritto *ex* art 2409 c.c. debba essere riconosciuto quantomeno al collegio sindacale se costituito, in tal senso v. P. Benazzo, *I controlli nelle società a responsabilità limitata: singolarità del tipo od omogeneità della funzione*, in *Riv. soc*., 2010, p. 39; G.C.M. Rivolta, *Profilo della nuova disciplina della società a responsabilità limitata*, cit., p. 691 s.; Trib. Roma, 6 luglio 2004, in *Foro it*., 2005, I, c. 868; Trib. Napoli, 14 maggio 2008, in *Società*, 2009, p. 1019, con nota di De Angelis; Trib. Milano, 26 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, 3025. In senso conforme sembrerebbe essersi pronunciata anche la Corte Costituzione intervenuta successivamente sulla questione di costituzionalità, respingendola nuovamente, v. Corte Cost. (ord.) 7 maggio 2014, n. 116, in *Notariato,* 2014, p. 393 con nota di R. Ranucci, *La Corte Costituzionale difende nuovamente l'art. 2409 c.c.*

[80] Recentemente Trib. Bologna 4 febbraio 2015, in *red. giuffré,* secondo cui «il controllo giudiziario di cui all'art. 2409 c.c. deve ritenersi ammissibile anche per le s.r.l., in caso di proposizione del ricorso da parte del collegio sindacale di nomina obbligatoria *ex* art. 2477 c.c. Non si deve ritenere, infatti, che la nuova disciplina delle s.r.l. di cui al d.lg. 17 gennaio 2003 n. 6 sia incompatibile, in virtù dell'estensione dei poteri di controllo dei soci prevista dai commi 2 e 3 dell'art. 2476 c.c., con la previsione di forme di intervento del giudice, quale il controllo *ex* art. 2409 c.c.»; v. anche nt. precedente.

[81] Trib. S.M. Capua Vetere, 8 maggio 2007, in *Società*, 2009, p. 1146; Trib. Siracusa 31 gennaio 2007, in *Vita not*., 2007, p. 753; Trib. Agrigento 1 agosto 2006, in *Dir. fall*., 2007, II, p. 299; Trib. Treviso 7 febbraio 2005, in *Giur. it*., 2005, p. 2107; in dottrina v. G. Arieta - F. De Santis, *Diritto processuale societario*, cit., p. 412; M.G. Paolucci, *La revoca cautelare dell'amministratore di s.r.l*., in *Giur. comm*., 2009, I, p. 1182; M. Comastri - F. Valerini, *Natura conservativa e funzione inibitoria della revoca cautelare dell'amministratore di S.r.l*., in *Riv. dir. civ*., 2007, II, p. 451.

[82] G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, tomo II, cit., p. 592.

[83] Sul punto *cfr*. O. Cagnasso, *La società a responsabilità limitata*, in G. Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. V, tomo I, Padova, 2007, p. 261 s.; in giurisprudenza v. Trib. S.M. Capua Vetere, 15 novembre 2004, in *Società*, 2005, p. 477, con nota di M. Sandulli, *Azione di responsabilità e di revoca verso gli amministratori di S.r.l*.; Trib. Roma, 30 luglio 2004, *cit*.; Trib. Milano, 30 agosto 2006, in *Corr. merito*, 2007, p. 170. Secondo altro orientamento la revoca giudiziale e l'azione di responsabilità sarebbero avvinti da un nesso di strumentalità necessaria, *cfr*. G.U. Tedeschi, *Responsabilità e revoca degli amministratori di S.r.l*., in *Contr. impr*., 2008, p. 1269 ss.; in giurisprudenza v. Trib. Torino, 20 maggio 2010, in *Società*, 2010, p. 1381.

[84] In dottrina v. R. Weigmann, *La revoca degli amministratori di società a responsabilità limitata*, cit., p. 545; R. Teti, *La responsabilità degli amministratori di S.r.l*., in P. Abbadessa - G.B. Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. III, Torino, 2007, p. 652 ss.; R. Rordorf, *La revoca cautelare dell'amministratore di S.r.l*., in *Società*, 2009, p. 19 ss.; F. Briolini, *La responsabilità degli amministratori di S.r.l*., in *Riv. dir. comm*., 2008, I, p. 748; G. Scognamiglio, *La revoca giudiziale degli amministratori*, in A.A. Dolmetta - G. Presti (a cura di) *S.r.l.: Commentario dedicato a G.B. Portale*, Milano, 2011, p.675; in giurisprudenza v. Trib Salerno, 4 luglio 2006, in *Corr. giur*., 2007, p.703, con nota di Pellegrini; Trib. Lucca, 13 settembre 2007, in *Giur. comm*., 2009, II, p.216; Trib. Napoli, 5 maggio 2008, in *Società*, 2009, 1525; Trib. Pavia, 25 agosto 2008, in *Giur. comm*., 2009, II, p. 1218; Trib. S.M. Capua Vetere, 15 novembre 2004, *cit*.; Trib. Milano, 30 agosto 2006, *cit*.

[85] G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, t. II, cit., p. 592.

[86] Cfr. G.U. Tedeschi, *Responsabilità e revoca degli amministratori di S.r.l*., cit., p. 1280; Trib. Roma, 30 giugno 2004, in *Giur. it*, 2005, p. 309; Trib. Macerata, 27 febbraio 2006, *cit*.

[87] Cfr. Trib. Napoli (ord.), 28 dicembre 2009, n. 529, *cit*.; Trib. Napoli, II Uff. G.i.p., 11 maggio 2009, *cit*.

[88] Sul ruolo del collegio sindacale in pendenza delle procedure

Secondo un isolato orientamento, l'organo di controllo potrebbe aggiungere valutazioni di opportunità a quelle di legalità. Pertanto, tale organo subirebbe una sorta di mutazione genetica in organo della procedura deputato a vigilare sull'operato dell'amministratore giudiziario e con il compito di riferire al giudice procedente nei casi di non conformità dell'operato dell'amministratore giudiziario nominato rispetto alle indicazioni emanate dall'autorità giudiziaria[89]. In buona sostanza il controllo della legalità si estenderebbe all'applicazione del provvedimento di sequestro.

Una simile ricostruzione non è affatto condivisibile poiché la legge non prevede quale organo della procedura l'organo di controllo della società che, peraltro, non sarebbe neanche di nomina giudiziale. A conferma di tale conclusione depone la circostanza che le modalità di esercizio del voto da parte dell'amministratore giudiziario non abbiano rilevanza per l'ordinamento societario, attenendo, piuttosto, al vincolo sulle partecipazioni[90].

Da ciò, sembra doversi far discendere che l'organo di controllo continui a svolgere le funzioni che gli sono proprie e non si "converta" in organo del procedimento. Conseguentemente, non avrà il potere di censurare eventuali condotte dell'amministratore giudiziario che violino i limiti posti dal giudice all'esercizio dei diritti derivanti dalle partecipazioni sociali, stante – si ripete – l'irrilevanza, per l'ordinamento societario, del vincolo apposto. Peraltro, qualora l'amministratore giudiziario compia atti in violazione della normativa societaria, l'organo di controllo avrà l'obbligo di censurare il comportamento, come, ad esempio, nel caso in cui l'amministratore giudiziario delle partecipazioni sociali svolga attività gestoria senza essere stato investito dei relativi poteri dalla società ed agendo, quindi, come amministratore di fatto[91].

5. I poteri dell'amministratore giudiziario

In definitiva il sequestro penale[92] dell'azienda ovvero delle partecipazioni sociali, non è idoneo ad incidere sull'organizzazione corporativo-capitalistica propria delle società di capitali. Pertanto – si ribadisce – l'amministratore giudiziario non diviene certo amministratore e legale rappresentante della società. Piuttosto, l'amministratore giudiziario, in quanto custode dei beni sequestrati, avrà il dovere di amministrare tali beni al fine di preservare e, se possibile, aumentarne il valore.

L'amministratore giudiziario potrà solamente esercitare i diritti incorporati nella partecipazione sociale o amministrare l'azienda oggetto di spossessamento in una gestione "funzionalmente e contabilmente separata". L'amministratore della società, quand'anche destinatario del provvedimento di sequestro delle partecipazioni, resta in carica, seppure, in caso di sequestro dell'azienda, sostanzialmente sospeso dalle funzioni gestionali del patrimonio, a guisa di quanto accade all'amministratore di società fallita, che mantiene prerogative limitatissime, quali il diritto di difesa, la proposizione del concordato fallimentare etc.

Con riferimento al sequestro d'azienda, giova ricordare come il complesso di beni di cui si avvale l'imprenditore per l'esercizio dell'impresa non necessariamente deve essere di proprietà. Peraltro, è proprio l'insieme, l'organizzazione e l'«unitaria destinazione produttiva»[93] dei beni che caratterizzano l'azienda. Pertanto, per aversi sequestro di azienda, dovranno costituire oggetto del provvedimento cautelare non i singoli beni ma tutti quei beni che siano funzionalmente destinati all'esercizio dell'attività di impresa[94]. Inoltre, la natura *dinamica* dell'azienda comporta che la custodia sia declinata in amministrazione e che, dunque, anche in pendenza di sequestro, continui ad essere esercitata l'impresa cui l'azienda sequestrata è destinata[95]. Deputato all'amministrazione è l'amministratore

concorsuali si veda, F. Cossu, *Collegio sindacale ed obblighi di garanzia nelle s.r.l.,* Milano, 2013, p. 263 ss.

[89] A. Burzo, *Il concorso di norme civili, penali e tributarie nella gestione di società di capitali sottoposte a sequestro preventivo antimafia*, in A. Bargi - A. Cisterna (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, tomo II, Torino, 2011, p. 1219; in giurisprudenza v. Cass. pen., 8 novembre 1993, Chamonal e altro, in *Riv. pen. econ.,* 1995, p. 77.

[90] R. Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea delle S.p.A. – Profili procedimentali*, in G.E. Colombo - G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, vol. III, tomo I, Torino, 1994, p. 446.

[91] Trib. Napoli 6 agosto 2009, cit.

[92] Il riferimento più proprio è al sequestro antimafia, ma le stesse considerazioni si devono ritenere valide per il sequestro preventivo disciplinato dall'art. 321 c.p.c.

[93] Così F. Fimmanò, *L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare*, cit., p. 40.

[94] Cfr. G. Palmieri, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, p. 373; in giurisprudenza v. Cass. pen., 30 gennaio 2009, n. 17988, Baratta e altri, *Ced Cass. pen*., rv. 244802, secondo cui la confisca «di un complesso aziendale non può essere disposta, in ragione del carattere unitario del bene che ne è oggetto, con limitazione alle componenti di provenienza illecita, specie nel caso in cui l'intera attività d'impresa sia stata agevolata dalle cointeressenze con organizzazioni criminali di tipo mafioso».

[95] In giurisprudenza v. Cass. pen. 18 dicembre 2014, n. 18777, in *red. giuffré*; Cass. pen., 6 ottobre 2010, n. 35801, in *Ced Cass. pen.,* rv. 248556 (s.m.); in dottrina cfr. F. Volpe, *Sequestro preventivo antimafia, esercizio del diritto di voto e omologazione di delibere assembleari: le competenze d'intervento giudiziale e gli interessi economici*, cit., p. 27 ss.; G. Fidelbo, *La nuova normativa sulla gestione dei beni sequestrati e sulla destinazione dei patrimoni confiscati (L. 7 marzo 1996, n. 109)*, in *Legislaz. pen*., 1997, p. 848 s.; F. Cassano, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede*, in *Fallimento*, 1999, p. 1359; Id., *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni. Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 88; A. Ruggiero, *Amministrazione dei beni sequestrati o confiscati*, cit., p. 59; M. Lorenzetti, *Sui poteri dell'amministratore giudiziario di aziende sottoposte a sequestro, nominato dal Tribunale delle misure di prevenzione*, in *Nuovo dir.*, 1998, II, p. 620. L'unica ipotesi, peraltro puramente teorica, in cui si potrebbe ritenere sufficiente la custodia dell'azienda è il caso in cui il possessore dell'azienda ne abbia dismesso

giudiziario nominato dal Tribunale. Pertanto, si determina uno spossessamento dei beni facenti capo all'imprenditore e l'affidamento degli stessi ad un custode[96], *rectius,* in caso di sequestro preventivo e antimafia, ad un amministratore giudiziario che, ai sensi degli artt. 104-*bis* disp. att. c.p.p. e 42 e ss. del Codice antimafia, è deputato ad amministrarli.

Nel caso in cui il sequestrato sia una persona fisica, l'azienda è sottratta al sequestrato/imprenditore (ovvero al suo prestanome) e l'amministrazione è affidata ad un soggetto esercente una pubblica funzione. Dunque, l'amministratore giudiziario si sostituisce all'imprenditore sequestrato senza assumere la qualità di imprenditore in quanto il potere gestorio è esercitato in funzione della custodia dell'azienda[97].

Più complesso è il rapporto tra il sequestro di azienda e il sequestro di partecipazioni sociali, in particolare quando la prima venga sequestrata unitamente alle seconde, in quanto bene appartenente a soggetto terzo di cui il sequestrato abbia comunque la disponibilità[98]. Infatti, il legislatore non ha chiarito in quale rapporto si ponga il sequestro di partecipazioni sociali e di azienda[99], nonostante la tendenza dell'autorità giudiziaria penale a procedere al sequestro contestuale di partecipazioni sociali e dell'azienda della società cui si riferiscono[100], concludendo – come oramai noto – per la sostituzione d'imperio dell'organo amministrativo con l'amministratore giudiziario[101].

Peraltro, si verifica spesso che il destinatario del provvedimento sia un socio (di norma unico o, comunque, titolare di un pacchetto di maggioranza) ovvero l'amministratore della società, indagato del delitto di partecipazione ad associazione mafiosa, e il sequestro sia esteso dall'autorità giudiziaria all'azienda sociale[102]. Infatti, in tale caso, i beni costituenti l'azienda sono di proprietà[103] o quantomeno nella disponibilità della società, che è un soggetto terzo ed estraneo rispetto alla persona del socio destinatario del provvedimento[104]. Si rammenta, infatti, come imprenditore sia la

l'esercizio per la sua oggettiva antieconomicità. Sul punto cfr. G. Palmieri, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 373; D. Pettiti, *Il trasferimento volontario di azienda*, Napoli, 1975, p. 155 ss.

[96] A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1281 ss.

[97] In dottrina v. G. Palmieri, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 374 ss.; recentemente in giurisprudenza Trib. Napoli, II Uff. G.i.p., 11 maggio 2009, *cit*. Per rassegna sulle problematiche inerenti il sequestro antimafia di azienda cfr. A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1281 ss.

[98] Ad avviso di Cass. pen., 20 giugno 2001, n. 29797, Paterna, in *Cass. pen*., 2002, p. 3174, «oggetto del sequestro preventivo (art. 321 c.p.p.) può essere qualsiasi bene – a chiunque appartenente e, quindi anche a persona estranea al reato – purché esso sia, anche indirettamente, collegato al reato e, ove lasciato in libera disponibilità, idoneo a costituire pericolo di aggravamento o di protrazione del- le conseguenze del reato ovvero di agevolazione della commissione di ulteriori fatti penalmente rilevanti. Ne consegue che è legittimo il sequestro di una intera azienda allorché vi siano indizi che anche taluno soltanto dei beni aziendali sia, proprio per la sua collocazione strumentale, utilizzato per la consumazione del reato, a nulla rilevando che l'azienda in questione svolga anche normali attività imprenditoriali».

[99] Cfr. F. Menditto, *Proposte essenziali di modifica ai Libri I, II, IV, e V dello schema di decreto* legislativo *del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione presentato dal Governo il 15 giugno 2011, 72,* in *www.penalecontemporaneo.it*; A. Balsamo - C. Maltese, *Codice Antimafia*, cit., 61.

[100] Fenomeno rilevato da *ibidem.*

[101] Trib. Napoli (ord.), 28 dicembre 2009, n. 529, *cit*.; Cass. pen., 10 aprile 1995, n. 2038 in *Ced Cass. pen*., rv. 201658.

[102] In realtà, in tale ipotesi potrebbe trovare applicazione anche l'istituto dell'*amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche* disciplinato attualmente dall'art. 34 del codice antimafia, sul punto v. nt 66; sui presupposti per l'estensione del sequestro all'azienda sociale, recentemente, *cfr.* Cass. pen. 20 gennaio 2014 n. 6766, in *Foro it.* Rep. 2014, voce *Ordine pubblico (reati)*, n. 56 «ai fini del sequestro funzionale alla confisca del patrimonio di un'azienda amministrata da un soggetto indagato del delitto di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, occorre dimostrare una correlazione, specifica e concreta, tra la gestione dell'impresa alla quale appartengono i beni da sequestrare e le attività riconducibili all'ipotizzato sodalizio criminale, non essendo sufficiente, di per sé, il riferimento alla sola circostanza che il soggetto eserciti le funzioni di amministrazione della società»; Cass. pen. 24 ottobre 2013 n. 47080, in *id.,* Rep. 2014, voce *cit.,* n. 79 «ai fini del sequestro funzionale alla confisca dei beni di un'azienda amministrata da un soggetto indagato del delitto di partecipazione ad associazione di tipo mafioso, occorre dimostrare una correlazione tra i cespiti e l'ipotizzata attività illecita del soggetto agente»; *conf.* in dottrina taluni autori (G. Bongiorno, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, in *Riv. dir. proc*., 1988, p. 445, nt. 5; A. Gialanella, *Genesi dell'amministrazione giudiziaria dei beni: oggetto ed esecuzione del sequestro*, cit., p. 205; F. Cassano, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni. Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1998, p. 89) pur rilevando opportunamente come il sequestro delle partecipazioni non comporti il sequestro dell'azienda, ha però precisato che il sequestro dell'azienda sociale resta possibile, non solo quando tutti i soci siano indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa e sottoposti al relativo procedimento di prevenzione, ma anche quando risulti la disponibilità in capo all'unico proposto di tutte quante le quote o azioni della società (si pensi al caso della società a responsabilità limitata unipersonale oppure alle società di comodo, nelle quali i sottoscrittori delle azioni e delle quote siano dei semplici prestanomi dell'effettivo unico titolare del capitale sociale), nonché nelle ipotesi del c.d. socio tiranno, che, secondo la nota definizione bigiaviana (W. Bigiavi, *Responsabilità illimitata del "socio tiranno"*, in *Foro it*., 1960, I, c.1180) «usi la società come cosa propria», degradandola a mero strumento, trascurando le regole del diritto societario e quindi confondendo il patrimonio sociale con quello personale; A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1291, ha però evidenziato come un sequestro che cada direttamente sui beni e sul patrimonio della società, perché ritenuti, di fatto, nella disponibilità dell'indiziato, rischia di determinare non facili problemi di coordinamento con le norme ed i principi che regolano la vita e l'attività della società-persona giuridica ed i suoi rapporti con i terzi.

[103] App. Firenze, 12 gennaio 1979, in *Giur. comm*., II, 1980, p. 243.

[104] Cass. civ., 24 maggio 2012, n. 8238, in *Foro it.,* Rep. 2012, voce *Fallimento,* n. 216; Cass. pen., 12 dicembre 1997, n. 5115,

società e l'amministrazione del compendio aziendale competa all'organo amministrativo della società stessa. Pertanto, riconoscere il potere di gestione dell'azienda all'amministratore giudiziario comporterebbe, di fatto, la sostituzione degli amministratori sociali, mentre il sequestro di azienda non può avere effetti sull'organizzazione societaria, nel senso di sostituzione ovvero revoca dell'organo amministrativo[105], né può determinare un vincolo di indisponibilità sulle partecipazioni stesse, né ancora il blocco dell'iscrizione del mutamento di cariche sociali[106]. La sostituzione dell'amministratore giudiziario all'imprenditore persona giuridica, nella gestione dell'azienda sequestrata, significherebbe sostituire, di fatto, gli amministratori sociali, determinando una violazione dell'organizzazione corporativa della società e ponendosi, in ultima analisi, in contrasto con l'ordinamento societario che è volto a tutelare i terzi, nonché i soci estranei alle condotte illecite.

Accogliendo una simile ricostruzione, gli amministratori della società conserverebbero il diritto/dovere di amministrare l'azienda[107], mentre l'amministratore giudiziario avrebbe la legittimazione all'esercizio dei poteri diretti solamente all'attività di custodia *statica,* quale, ad esempio, evitare il depauperamento del patrimonio della società e, con esso, delle partecipazioni sociali sottoposte a sequestro[108]. Una simile conclusione non appare condivisibile. Infatti, il sequestro dell'azienda determina un'indisponibilità giuridica ed anche fisica dei beni costituenti l'azienda[109]. L'estensione del sequestro all'azienda sociale è dettata anche dall'esigenza di sottrarre la disponibilità all'amministratore della società, finalità che può essere perseguita solo se la gestione del bene viene attribuita all'amministratore giudiziario.

Analizzando i poteri degli amministratori sociali, è possibile cogliere due tipologie differenti di poteri dell'organo amministrativo. La prima, attinente alla gestione dell'impresa sociale, consiste nell'amministrazione dell'azienda; nella seconda tipologia, invece, sono ricompresi i poteri, seppur amministrativi, che non ineriscono direttamente con la gestione dell'azienda, ma riguardano la società quale soggetto[110]. Atteso che l'amministratore giudiziario dell'azienda sociale «prende il posto del titolare dell'azienda, pur non assumendo, ovviamente, la qualifica di imprenditore»[111], acquisendo, quindi, il potere di gestione dell'azienda[112], questi avrebbe il potere di gestione dell'impresa sociale, in quanto custode dell'azienda, mentre gli altri poteri inerenti l'attività della società resterebbero in capo agli amministratori sociali. In altri termini, così come avviene in ambito fallimentare, in ragione dello spossessamento[113], l'azienda sequestrata costituirebbe un patrimonio separato[114] la cui gestione sia demandata all'amministratore giudiziario[115], affinché non solo continui l'attività imprenditoriale ma riporti anche a legalità la condotta illecita[116].

Pertanto, gli amministratori della società titolare dell'azienda sequestrata restano in carica ma i poteri sono sospesi come avviene nel caso di fallimento. Gli amministratori sociali, pur se sospesi in ragione dello spossessamento dell'azienda in danno dell'imprenditore-società, restano in carica per svolgere le funzioni compatibili con questo stato. Sono, quindi, legittimati a proporre reclamo avverso l'istanza di fallimento[117]

Greco, in *Giust. pen*., 1999, III, p. 125 (s.m.); in dottrina v. G. Bongiorno, *Tecniche di tutela dei creditori nel sistema delle leggi antimafia*, cit., p. 445; F. Cassano, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni. Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 89 ss.

[105] Cfr. F. Fimmanò, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, cit., p. 484; nello stesso senso C. Cavallini, *sub* art. 15, in *Commentario alla legge fallimentare*, in C. Cavallini (diretto da), vol. I, Milano, 2010, p. 331; I. Pagni, *Nuovi spazi per le misure cautelari nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2011, p. 862; M. Fabiani, *Tutela cautelare e rapporti fra imprenditore e amministratore giudiziario dell'impresa*, in *www.ilcaso.it*; *contra* S. Pacchi, *Provvedimenti cautelari e conservativi su richiesta del debitore in attesa di un accordo di ristrutturazione*, in *Dir. fall*., 2011, II, p. 348.

[106] *Contra* Cass. pen., 22 ottobre 2009, n. 44906, in *Ced. Cass. pen*., rv. 245249; Cass. pen., 2 marzo 2000, n. 1032, Frascati, *cit*.

[107] Trib. Bologna (ord.), 3 agosto 1999, *cit*.; v. anche Trib. Benevento, 24 settembre 1991, in *Dir. giur*., 1993, p. 343, secondo cui «è inammissibile il sequestro giudiziario della titolarità delle quote di partecipazione di una società in accomandita semplice, in modo da realizzare surrettiziamente il sequestro dell'azienda sociale».

[108] Cass. pen., 9 febbraio 2012, n. 19219, *cit*., la corte ha ritenuto lecita la vendita di un ramo di azienda di una società le cui partecipazioni sociali erano sottoposte a sequestro conservativo civile; Pret. Torino, 31 maggio 1997, n. 1252, in *Nuovo dir*., 1998, II, 614, con nota di M. Lorenzetti, *Sui poteri dell'amministratore giudiziario di aziende sottoposte a sequestro, nominato dal tribunale delle misure di prevenzione*, secondo il giudice, l'amministratore giudiziario in sede di sequestro antimafia ha il compito di conservare l'azienda in vista della successiva confisca.

[109] L. Ponti, *Cessione di partecipazioni sociali e di aziende. Analogie e differenze*, in *Società*, 1993, p. 332 ss.

[110] F. Vassalli, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 80, nt. 5, il quale distingue «fra un'attività di amministrazione in senso proprio ed un'attività, anch'essa espressione dei poteri direttivi sull'impresa, ma che non possa considerarsi come attività di governo di un patrimonio o, comunque, a tale governo collegata»; v. anche V. Calandra Bonaura, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea della società per azioni*, Milano, 1985, p. 112, l'A., seppur in termini dubitativi, traccia un confine tra attività della società e attività dell'impresa sociale; F. Fimmanò, *L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare*, cit., p. 60.

[111] Così G. Palmieri, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 374.

[112] *Ibidem*, 373; v. anche D. Pettiti, *Il trasferimento volontario d'azienda*, cit., p. 156 ss.

[113] Parla di spossessamento in caso di sequestro antimafia di azienda, Trib. Napoli, 24 aprile 2015, cit.

[114] F. Cassano, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni*, cit., p. 252.

[115] A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1282.

[116] Cass. pen. 2 luglio 2010, n. 35801, *cit*.

[117] In dottrina, si permetta di rimandare a F. Fimmanò, *L'impre-*

ovvero a reclamare il provvedimento di sequestro emesso nei confronti della società, esattamente come avviene nel fallimento, in quanto, in entrambi i casi si verifica lo spossessamento del complesso aziendale. Nel senso che lo spossessamento dell'azienda derivante dal sequestro antimafia sia rapportabile a quello fallimentare depone anche l'art. 37, 2° comma del codice antimafia che attribuisce all'amministratore giudiziario l'onere di acquisire le scritture contabili e i libri sociali.

A ben vedere, il sequestro penale di azienda presenta, per effetti, molte affinità con l'esercizio provvisorio disciplinato dall'art. 104 l.fall. Infatti, la gestione dell'azienda sequestrata, esattamente come l'esercizio provvisorio in ambito fallimentare, rappresenta «una sorta di gestione pubblica processuale in cui viene sostanzialmente dissociato l'esercizio dell'attività economica dalla responsabilità e dal rischio, normalmente concentrati nello stesso soggetto, normalmente concentrati nello stesso soggetto»[118], con funzione essenzialmente conservativa. Ed, infatti, se l'esercizio provvisorio non può avere la funzione del risanamento dell'impresa dell'imprenditore fallito, essendo estranea alla procedura fallimentare[119], così l'amministratore giudiziario gestisce l'azienda in vista dell'assegnazione della stessa al prevenuto ovvero allo Stato, pur avendo un obiettivo di conservazione ma anche di incremento della redditività[120]. Peraltro, la gestione dell'azienda sequestrata deve essere autorizzata dal Tribunale quando rilevi «concrete prospettive di prosecuzione dell'impresa», così come stabilito dall'art. 41, comma 1, Codice antimafia[121]. Infatti, qualora non sussistano tali *prospettive* il Tribunale provvede alla messa in liquidazione dell'"impresa". Addirittura, qualora venga accertato lo stato di insolvenza, su istanza del P.M., l'imprenditore cui accede l'azienda può essere dichiarato fallito, ai sensi del combinato disposto degli artt. 41 e 63 Codice antimafia.

L'amministratore giudiziario di azienda, al pari del Curatore in sede di esercizio provvisorio, dovrà tenere una contabilità separata (art. 37, comma 5, Codice antimafia) idoneo a rappresentare cronologicamente i fatti di gestione e i risultati di periodo raggiunti e all'esito della procedura è tenuto a sottoporre al giudice delegato il conto della gestione (art. 43 Codice antimafia) nel quale sono esposti in modo completo e analitico le modalità e i risultati della gestione. Differentemente da quanto statuito dalla legge fallimentare, in particolare dall'art. 104, comma 5, l.fall., non vi sono obblighi di relazione periodici sull'andamento della gestione per l'amministratore giudiziario. Peraltro, un simile onere potrebbe ben essere introdotto dal Tribunale nel provvedimento di nomina dell'amministratore giudiziario, anche al fine di valutare l'economicità della continuazione dell'attività di impresa. Invero, mutuando dall'esperienza fallimentare, si può ritenere che il Tribunale oneri l'amministratore giudiziario di presentare un rendiconto semestrale ovvero alla conclusione del periodo di sequestro che potrebbe assumere – così come sostenuto da alcuni autori con riferimento all'esercizio provvisorio – i connotati di un vero e proprio bilancio d'esercizio, da redigersi secondo i principi legali e tecnici che regolano la formazione del bilancio d'esercizio ed accompagnato da una relazione dell'amministratore giudiziario sulle principali operazioni compiute nel periodo di riferimento e sulla prevedibile evoluzione economica della gestione futura, al fine di offrire le informazioni ne-

sa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare, cit., p. 60 ss.; in giurisprudenza, Cass. civ. 4 novembre 2014 n. 23461, in *Giust. civ.,* Mass. 2014, «Il sequestro preventivo penale dei beni di una società di capitali non rende il custode giudiziario di tali beni contraddittore necessario nel procedimento per dichiarazione di fallimento, per la validità del quale è sufficiente la convocazione dell'amministratore della medesima società, che resta nella titolarità di tutte le funzioni non riguardanti la gestione del patrimonio. D'altronde, la stessa dichiarazione di fallimento non comporta l'estinzione della società, ma solo la liquidazione dei beni, con conseguente legittimazione processuale dell'organo di rappresentanza a difendere gli interessi dell'ente nell'ambito della procedura fallimentare, né reca alcun pregiudizio alla procedura di prevenzione patrimoniale diretta alla confisca dei beni aziendali (sia quando il fallimento sia stato pronunciato prima del sequestro preventivo, sia quando sia stato dichiarato successivamente), dovendo essere privilegiato l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia rispetto all'interesse meramente privatistico della "*par condicio creditorum*" perseguito dalla normativa fallimentare»; *conf.* Cass. civ., 30 maggio 2000, n. 7147, in *Giust. civ.,* 2001, I, 215; *contra* Cass. civ. 3 novembre 2011 n. 22800, in *red. giuffré* «l'amministratore giudiziario, nominato in sede di sequestro assunto ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., è legittimato a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento della società i cui beni siano stati affidati dal provvedimento di sequestro alla sua gestione».

[118] Id., *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali,* cit., p. 487.

[119] *Ibidem,* 489; in senso difforme L. Mandrioli, *sub* art. 104 l.fall. in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma,* Torino, 2010, p. 1337, descrive l'istituto quale forma di risanamento oggettivo dell'impresa, capace di prescindere dal risanamento del soggetto economico assoggettato ad esecuzione collettiva.

[120] Cfr. art. 35, comma 5, Codice antimafia a tenore del quale: «5. L'amministratore giudiziario riveste la qualifica di pubblico ufficiale e deve adempiere con diligenza ai compiti del proprio ufficio. Egli ha il compito di provvedere alla custodia, alla conservazione e all'amministrazione dei beni sequestrati nel corso dell'intero procedimento, anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi».

[121] Si deve, peraltro, evidenziare come la prosecuzione dell'attività possa essere piuttosto difficile poiché all'azienda viene meno il sostegno derivante dal suo collegamento con l'associazione mafiosa e, quindi, non può più beneficiare di liquidità di provenienza illecita, né avvalersi del potere d'intimidazione del proposto per condizionare il mercato o ad altri fini, in termini v. A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1293; A. Stea, *Le misure di prevenzione patrimoniali. L'esperienza applicativa*, in AA.VV. *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, p. 315.

cessarie per valutare la convenienza della prosecuzione della gestione[122].

In conclusione, il provvedimento cautelare avente ad oggetto l'azienda di pertinenza della società, non ha l'effetto di attribuire all'amministratore giudiziario la carica di amministratore della società, ma attribuisce a costui il diritto/dovere di amministrare l'azienda sequestrata[123]. Tale spossessamento determina, esattamente, come in ambito fallimentare la sospensione dell'organo amministrativo. Pertanto, il titolare dell'azienda – sia esso persona fisica o giuridica – ne perde la sola disponibilità. Ne discende la permanenza in capo allo stesso titolare della legittimazione attiva e passiva investita da azioni connesse alla stessa, dovendo invece ritenersi che le azioni concernenti la conservazione e l'amministrazione dei beni oggetto di sequestro, fino al momento della cessazione del sequestro spettano all'amministratore giudiziario[124]. Il quale, in quanto custode dell'azienda, non ha il potere di proporre ovvero di compiere atti modificativi della struttura organizzativa, capitalistica e finanziaria della società[125].

In definitiva, qualora l'amministratore giudiziario sia chiamato a gestire l'azienda sequestrata dovrà tenere una gestione separata, in quanto, come affermato dall'amministrazione finanziaria, «i beni sequestrati, in attesa della confisca o della restituzione al proprietario, configurano un patrimonio separato, assimilabile per analogia […] all'eredità giacente»[126], mentre in caso in cui l'amministratore giudiziario delle partecipazioni sociali venga nominato, o nomini in assemblea, un amministratore volontario della società, la gestione sociale proseguirà normalmente, e non vi sarà, pertanto, alcuna discontinuità di carattere contabile, gestionale e fiscale.

Invero, l'amministratore giudiziario che diventi anche amministratore volontario della società, per effetto di una delibera assembleare, è soggetto – come visto – agli obblighi e ai regimi di responsabilità previsti dalla normativa civile, penale e societaria in tema di amministratori di società e non è tenuto a soggiacere ad alcuna autorizzazione da parte dell'Autorità giudiziaria, e, d'altro canto, successivamente al dissequestro delle partecipazioni, il socio prevenuto potrebbe deliberare l'azione di responsabilità, sussistendone i presupposti. Differentemente, l'amministratore giudiziario del patrimonio aziendale – come massa separata – sarà soggetto al controllo dell'Autorità giudiziaria e, pertanto, non sarà soggetto all'azione sociale di responsabilità, anche se appare corretto ritenere che la società ovvero i singoli soci siano legittimati ad attivare il rimedio risarcitorio[127] qualora l'amministratore giudiziario, con comportamento doloso ovvero colposo, operando in contrasto con gli scopi imposti alla sua attività[128], abbia arrecato un danno all'azienda ovvero *de relato* al valore delle partecipazioni sociali[129].

Questione di rilevanza non secondaria sono i poteri di "denuncia" che l'amministratore giudiziario può attivare nei confronti della vecchia gestione. L'amministratore giudiziario/amministratore volontario della società, potendo esercitare i diritti incorporati nella partecipazione sociale di cui è amministratore, sarà legittimato, tra l'altro, ad esperire l'azione di responsabilità sociale nei confronti degli amministratori precedenti, ovvero ad impugnare l'ultimo bilancio approvato, sempre e comunque nel rispetto dell'ordinamento societario.

[122] Nell'ambito dell'esercizio provvisorio *ex* art. 104 l.fall. v. F. Fimmanò, *Prove tecniche di esercizio provvisorio riformato*, in *Giur. comm.,* I, 2007, p. 779; E. Stasi, *L'esercizio provvisorio,* in *Fallimento,* 2007, p. 856.

[123] Cfr. Trib. Napoli, II Uff. G.i.p., 11 maggio 2009, *cit*., «in ogni caso di sequestro di azienda (intero patrimonio aziendale), sia essa gestita sotto forma di ditta individuale, di società di persone o di capitali, ovvero in diversa forma di ente collettivo, grava quindi sul custode/amministratore giudiziario nominato, l'onere della continuazione dell'attività dell'azienda»; Cass. pen., 2 luglio 2010, n. 35801, *cit*., in cui si da atto di un sequestro di azienda appartenente a S.p.A. in cui il custode è stato autorizzato alla gestione dell'azienda per la prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

[124] Recentemente Trib. Napoli, 24 aprile 2015, cit., «il richiamo del secondo comma dell'art.40, d.lgs. 159/11, alla figura del fallito, evidenzia come l'originario amministratore legale (proposto, indagato o meno) di una società, i cui beni aziendali sono totalmente attinti da un provvedimento di cautela reale, è parificabile ad un "fallito temporaneo", la cui "massa attiva"è disponibile solo dall'amministratore giudiziario/curatore fino alla confisca definitiva o alla restituzione e delle cui situazioni" passive" non può né deve rispondere: tanto da doverlo ritenere "sospeso" da poteri e doveri, per tutto il tempo dell'amministrazione temporanea. Con la conseguenza della automatica cessazione di tale sospensione nel caso di dissequestro ovvero di confisca definitiva che comporti l'eventuale subentro di una nuova proprietà»; P. Liccardo, *Sequestro di azienda e custodia giudiziaria: profili ricostruttivi*, in *Quaderni del CSM*, Milano, 1996, p. 4; in giurisprudenza v. Cass. civ. 21 maggio 1984, n. 3127, in *Giust. civ.*, Mass., 1984; Cass. civ. 20 luglio 1979, n. 4348, in *Giust. civ*. Mass. 1979.

[125] Seppur in ambito fallimento si permetta di rinviare F. Fimmanò, *L'impresa in crisi come oggetto "proprio" della tutela cautelare*, cit., p. 61; F. Guerrera - M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di "riorganizzazione",* in *Riv. soc.,* 2008, p. 33.

[126] Così Circolare Ministeriale del 7 luglio 2000, n. 156/E.

[127] Sul punto, seppur con riferimento al sequestro di partecipazioni sociali v. F. Briolini, *Pegno, usufrutto e sequestro di azioni*, in P. Abbadessa - G.B. Portale (diretto da), in *Il nuovo diritto delle società*. *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, vol. I, Torino, 2006, p. 677; U. Morera, *sub* art. 2352 c.c., cit., p. 316; G. Partesotti, *Le operazioni sulle azioni*, in G.E. Colombo, G.B. Portale (diretto da), *Trattato delle società per azoni*, Vol. II, tomo II, Torino, 1994, p. 322; S. Poli, *Il pegno di azioni*, Milano, 2000, p. 449; F. Platania, *Poteri del socio e del custode nel sequestro di azioni*, in *Società,* 2003, p. 990; R. Sacchi, *L'intervento e il voto nell'assemblea della S.p.A. – Profili procedimentali*, cit., p. 375.

[128] Cfr. Cass. civ., 17 luglio 1963, n. 1958, in *Foro it.,* Rep. 1963, voce *Sequestro*, n. 21 e n. 22; Cass. civ. 24 maggio 1997, n. 4635, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Sequestro*, n. 13.

[129] Cfr. Cass. civ. 15 giugno 2005, n. 13169, cit.; Cass. civ. 22 settembre 2005, n. 21858, cit.; Cass. civ. 19 agosto 1996, n. 7614, cit.; Cass. civ. 10 marzo 1999, n. 2053, in *Notariato*, 2000, 242; v. anche R. Cogliandro, *Il sequestro di quote di s.r.l. tra vecchi problemi e soluzioni della "riforma"*, in *Riv. not.,* 2003, p. 529.

Più complessa appare la questione per l'amministratore giudiziario dell'azienda (che, ovviamente, non sia contemporaneamente amministratore volontario della società). Come noto, effetto principale del sequestro è lo spossessamento del prevenuto, il quale è privato dell'amministrazione e della disponibilità dei beni, essendo tali poteri attribuiti per legge all'amministratore. Sul piano processuale, tale regola di carattere sostanziale comporta la perdita da parte del proposto della capacità di stare in giudizio, sia come attore che come convenuto, nelle controversie, anche in corso, relative ai beni oggetto di sequestro[130]. In questo senso, seppur nella vigenza della legge n. 575/1965, si era espressa la giurisprudenza argomentando, oltre che sul tenore letterale dell'art. 2-*septies* l. n. 575 del 1965 (ora riprodotto nell'art. 40, comma 3, Codice antimafia)[131], sulle affinità esistenti fra il sequestro antimafia ed il sequestro giudiziario, che pure comporta per il custode, in quanto amministratore di un patrimonio separato, centro d'imputazione di rapporti giuridici, la legittimazione *ad processum* e cioè il potere di stare in giudizio in rappresentanza del patrimonio stesso[132].

Simili argomentazioni non appaiono decisive nel riconoscere all'amministratore giudiziario dell'azienda la legittimazione attiva a impugnare il bilancio ovvero ad esperire l'azione sociale di responsabilità. Infatti, le azioni non ineriscono direttamente al patrimonio sequestrato ma sono dirette a tutelare, a vario titolo, gli interessi della società e degli *stakeholders*. A ciò sia aggiunga che non si rinviene alcuna norma, all'interno del codice antimafia, che attribuisca all'amministratore giudiziario dell'azienda la legittimazione attiva all'esercizio di siffatte azioni, anzi l'art. 41, comma 4, prevede che «i rapporti giuridici connessi all'amministrazione dell'azienda sono regolati dalle norme del Codice civile, ove non espressamente altrimenti disposto», escludendo, quindi, qualunque possibile apertura.

Diversamente, in sede fallimentare ovvero nell'ipotesi di sostituzione dell'organo amministrativo *ex* art. 2409 c.c., il legislatore ha espressamente attribuito la legittimazione attiva ad esperire l'azione di responsabilità al curatore (art. 146 l.fall.) ovvero all'amministratore giudiziario (art. 2409, comma 5, c.c.). Peraltro, la carenza di legittimazione attiva è compensata dalla sostanziale irresponsabilità – fermo restando quanto sopra rappresentato – dell'amministratore giudiziario dell'azienda, attesa la discontinuità gestionale rispetto alla gestione pre-sequestro e la circostanza che l'attività gestoria è soggetta al controllo e ad autorizzazione dell'autorità giudiziaria.

6. La iscrivibilità rafforzativa della sospensione degli amministratori e gli effetti dello spossessamento

Una recente giurisprudenza di merito[133], accertato che il sequestro dell'azienda sociale comporta la sospensione degli amministratore, ha ritenuto, con statuizione accessoria, di ordinare al conservatore del registro della camera di commercio di *annotare* la sospensione dei poteri degli originari amministratori della società[134], al fine di portare a conoscenza dei terzi l'effetto del sequestro.

A nostro avviso quanto realizzato dal provvedimento con una specifica statuizione giudiziale accessoria, si produce già per effetto del sistema, così come avviene per effetto del fallimento. Mediante la pubblicità commerciale, viene data maggiore forza "esterna" alla situazione, che spesso – nelle misure cautelari antimafia – trova "resistenze" nei prevenuti. Esattamente come la dichiarazione di fallimento è iscritta nel registro delle imprese, portando, quindi, a conoscenza dei terzi, tra l'altro, il "mutamento" del rappresentante della *massa* nella persona del curatore, il giudice nel provvedimento richiamato ha ordinato al conservatore del Registro delle imprese di iscrivere la sospensione degli amministratori, come conseguenza del sequestro. Quindi non una sostituzione del legale rappresentante della società che rimane in carica essendo sospeso nelle funzioni gestorie del patrimonio sociale di cui la persona giuridica viene spossessata, ma l'iscrizione di un amministratore giudiziario della massa, in analogia a quanto avviene col fallimento per il curatore.

Questa scelta pone però un problema di tutt'altra natura. Difatti, si ritiene che il conservatore abbia un potere di controllo di legittimità formale sugli oggetto di iscrizione[135]. Infatti, l'art.11, comma 6, del Regolamento prevede, tra l'altro, che l'ufficio accerti la corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge, il c.d. controllo qualificatorio. La disposizione non attribuisce al conservatore poteri di valutazione circa la legittimità, la validità né tantomeno il merito sull'atto ovvero sul fatto da iscrivere.

Piuttosto, la norma riconosce al conservatore il potere di accertare che il fatto ovvero l'atto di cui si richiede l'iscrizione integri gli estremi della fattispecie per cui è richiesta l'iscrizione: il c.d. controllo di

[130] A. Silvestrini, *La gestione giudiziale dell'azienda oggetto di sequestro antimafia*, cit., p. 1289.

[131] Pret. Torino, 31 maggio 1997, n. 1252, in *Nuovo dir.*, 1998, p. 614.

[132] In questo senso, v. Cass. civ., Sez. I, 28 agosto 1997, n. 8146, in *Foro it.* Rep., 1997, voce *Sequestro conservativo*, 17; Cass. 8 aprile 2013, n. 8483, in *Giust. civ.* Mass. 2013.

[133] Trib. Napoli, 24 aprile 2015, cit.

[134] Cfr. Trib. Napoli, 24 aprile 2015, cit.; Trib. Novara, 29 aprile 2011, in *www.ilcaso.it*, secondo il giudice di merito «nell'ambito dei provvedimenti cautelari o conservativi previsti dall'art. 15, comma, legge fallimentare, il Tribunale può disporre il sequestro giudiziario dell'azienda, nominare il custode giudiziario e conferire altresì a quest'ultimo il potere di compiere gli atti di gestione che spettano all'organo amministrativo; il provvedimento di nomina del custode con la descrizione dei poteri a lui conferiti dovrà essere iscritto nel registro delle imprese».

[135] Sul tema si permetta di rimandare a F. Fimmanò - R. Ranucci, *La pubblicità commerciale e il sindacato del Conservatore del Registro delle Imprese,* in *Notariato,* 2014, p. 479 ss.

tipicità[136]. Tale controllo risulta non essere sempre così agevole, anche in ragione della presenza, nell'ordinamento, di atti di cui l'iscrizione nel registro delle imprese appare opportuna, pur non essendo prevista espressamente dalla legge. Invero, che non tutti gli atti siano iscrivibili nel registro delle imprese e che viga un principio di tassatività, lo si desume dall'art. 2188 c.c. che prevede che il Registro delle imprese è istituito per «le iscrizioni previste dalla legge». Il principio è ribadito dall'art. 7, comma 2, del Regolamento che, con una formulazione estremamente sintetica e per alcuni versi tautologica, sancisce che nel registro delle imprese devono iscriversi «gli atti previsti dalla legge». La *ratio* della tipicità degli atti iscrivibili è da rinvenire nell'esigenza di non rendere la conoscibilità degli atti iscritti meramente teorica. Infatti, mediante la predeterminazione legislativa degli atti la cui opponibilità sia governata dalla pubblicità dichiarativa, si realizza la tutela dei terzi. Ossia, questi ultimi sapendo quali atti debbano o meno essere iscritti sapranno in quali casi consultare il registro delle imprese[137].

Il sequestro antimafia dell'azienda è un "atto tipico", e come tale iscrivibile, in quanto è l'art. 104, lett. *c)*, disp. att. c.p.p. (applicabile all'ipotesi di sequestro antimafia in virtù del richiamo espresso operato dall'art. 21, comma 1, del Codice antimafia) a prevedere espressamente che il sequestro di azienda si effettua, tra l'altro, «con l'iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l'impresa».

L'art. 6 della legge n. 310 del 12 agosto 1993 ha modificato il secondo comma dell'art. 2556 c.c., sancendo che i contratti aventi per oggetto il trasferimento della proprietà di un'azienda, oppure la sua concessione in godimento, quando vengono conclusi tra imprese soggette a registrazione, devono essere depositati, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, per l'iscrizione nel registro delle imprese[138]. Pertanto, nessun dubbio può aversi circa l'iscrivibilità del trasferimento d'azienda nel registro delle imprese. Peraltro, il conservatore, nell'adempimento dei propri compiti, deve accertarsi dell'esistenza di un idoneo titolo di trasferimento[139], senza poter sindacare il contenuto, eccependo, ad esempio, che i beni trasferiti non abbiano una destinazione funzionale all'esercizio dell'impresa. Appare difficile anche riconoscere che il conservatore possa sindacarne la validità ovvero la veridicità, in quanto tale controllo è rimesso al notaio, atteso che l'atto di trasferimento deve essere necessariamente redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata. In tal senso depone anche la circostanza che l'iscrizione dell'atto di trasferimento di azienda nel registro delle imprese non abbia efficacia costitutiva ma dichiarativa[140], né appare idonea a risolvere i conflitti tra più acquirenti. L'iscrizione dell'atto traslativo di azienda ovvero di altri ad essa relativa non ha gli effetti propri dell'iscrizione degli atti inerenti le società[141]. Invero, la pubblicità degli atti traslativi dell'azienda può rappresentare un elemento sintomatico dell'acquisto della qualità di imprenditore di un determinato soggetto. Infatti, fermo restando l'obbligo di iscrizione dell'imprenditore nel registro delle imprese, l'acquisto del bene strumentale all'esercizio dell'attività di impresa – ossia l'azienda – è prova dell'esercizio di un'attività di impresa o, comunque, estrinseca, in maniera inequivocabile, la volontà di iniziare a svolgere un'attività

[136] Cfr. V. Donativi, *I poteri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, Napoli, 1999, pp. 44 ss., 62, 116 s.; M. Irrera, *Il controllo da parte degli organi dell'ufficio del registro delle imprese sugli atti sottoposti ad iscrizione*, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 255; *contra* V. Buonocore, *Le società. Disposizioni generali*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2000, 180; A. Pavone La Rosa, *Il controllo degli atti societari per l'iscrizione nel registro delle imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 186; Trib. Taranto 21 settembre 2009, in *Riv. Notariato,* 2009, p. 1575.

[137] G. Zagra, *Iscrizione di domanda giudiziale di accertamento della proprietà di partecipazioni di s.r.l.*, in *Società*, 2013, p. 30; però vedi anche V. Salafia, *Deposito nel Registro Imprese della citazione per accertamento trasferimento di quote sociali*, *id.*, 2010, p. 831; Giud. Reg. Impr. Trib. Avellino 16 settembre 2011 (decreto), *id.* 2013, p. 659 con commento di T. Marena, *Sull'iscrizione della domanda giudiziale di simulazione del trasferimento di quote di s.r.l.*

[138] Già l'art. 2556, comma 3, c.c., prevedeva, prima della novella, per le imprese soggette a registrazione, e cioè per imprenditori commerciali non piccoli e società, l'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese dei contratti aventi per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda. Tuttavia la norma era *tamquam non esset*, stante la mancata attuazione del registro delle imprese con tutte le conseguenze e le distorsioni del caso. Ad esempio, nel caso di affitto ovvero di usufrutto di azienda, l'assenza di pubblicità collegata all'obbligo del nuovo titolare di esercitarla sotto la ditta del dante causa, per ragioni di conservazione dell'avviamento, aveva addirittura portato una certa giurisprudenza a ritenere che il proprietario dell'azienda fosse responsabile per le obbligazioni assunte dall'affittuario o dall'usufruttuario – v. Trib. Napoli 9 luglio 1953, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, p. 351, con nota di A. Pavone La Rosa, *Affitto di azienda e responsabilità per le obbligazioni contratte dall'affittuario nell'esercizio dell'impresa*.

[139] Trib. Livorno 9 giugno 1997, in *Notariato*, 1998, p. 247.

[140] Sul punto Circolare Notai L. 12 agosto 1993, n. 310, in *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 383 ss. e in particolare, 400 «per accertare quale sia l'effetto dell'iscrizione nel registro delle imprese per la cessione di azienda, occorre rifarsi alle regole generali previste dall'art. 2193 c.c., che traccia una duplice regola così sintetizzabile: l'atto iscritto è opponibile ai terzi senza possibilità di eccezioni (presunzione *iuris et de iure*); l'atto non iscritto non può essere opposto ai terzi a meno che non si provi che ne abbiano avuto conoscenza (presunzione *iuris tantum*)».

[141] Trib. Milano 20 ottobre 2011, in *red. giuffré*, secondo cui «La cancellazione della società dal registro delle imprese ha effetti costitutivi dell'irreversibile estinzione della società e non può essere paragonata alla trasformazione o fusione dell'ente, né alla scissione o cessione di azienda poiché le prime due presuppongono una prosecuzione del soggetto giuridico sotto una diversa forma giuridica e le altre una vicenda modificativa dell'ente che estende le responsabilità per le obbligazioni nascenti dalla sentenza di condanna al cessionario d' azienda, anche nell'ipotesi che quest'ultimo sia un soggetto estraneo alle vicende che hanno determinato la contestazione dell'illecito in capo alla società».

di impresa, con conseguente acquisto della qualità di imprenditore (che come, noto, almeno per le persone fisiche, è retto dal principio di effettività)[142].

Invero, non tutti gli atti che determinano in capo ad un soggetto il potere di amministrare l'azienda comportano l'acquisto della qualità di imprenditore. Si pensi proprio all'ipotesi del sequestro dell'azienda. Infatti, in tale caso, il custode amministra l'azienda senza acquistare la qualità di imprenditore[143]. Probabilmente, in questa fattispecie, la funzione del Conservatore è facilitata in quanto l'atto che trasferisce l'amministrazione promana da un'autorità giurisdizionale. In un simile caso, l'iscrizione del vincolo nel registro delle imprese ha la finalità di evitare che i terzi possano essere considerati acquirenti in buona fede. In altri termini, poiché l'iscrizione nel registro delle imprese di atti relativi all'azienda ha la funzione di rendere opponibile ai terzi l'atto iscritto, l'atto dispositivo dell'azienda sequestrata non sarà opponibile al sequestratario. D'altro canto, neanche in questa ipotesi può essere riconosciuta un'efficacia costitutiva all'iscrizione del vincolo sull'azienda, in quanto il "diritto" a custodire sorge con l'immissione in possesso del custode nell'azienda[144]. Ed, infatti, l'esecuzione del sequestro (ivi incluso, quindi, l'iscrizione del vincolo nel registro delle imprese), così come disciplinato dall'art. 104, comma 1, disp. att. c.p.p., attiene all'opponibilità del sequestro nei confronti dei terzi ma non già al perfezionamento del vincolo sotto il profilo penale[145], tanto che l'eventuale violazione del procedimento applicativo non comporta la nullità del provvedimento[146].

Analizzata l'efficacia dell'iscrizione del provvedimento di sequestro nel registro delle imprese, resta il problema della legittimità della richiesta di iscrizione della statuizione accessoria della sospensione. Come noto, infatti, le iscrizioni nel registro delle imprese sono rette dal principio di tipicità. Peraltro, non è agevole comprendere se la tipicità vada intesa nel senso che possano essere iscritti solamente gli atti espressamente contemplati dalla legge ovvero possano essere iscritti anche altri atti «aventi finalità 'complementare' rispetto agli atti tipici predetti»[147].

Infatti, un'interpretazione restrittiva della "tipicità" degli atti iscrivibili conduce ad escludere l'iscrivibilità degli atti diversi da quelli previsti espressamente dal legislatore[148], cioè sia di procedere ad adempimenti atipici, sia di arricchire l'iscrizione con elementi non tipici[149], con il rischio di non poter fornire ai terzi informazioni utili. D'altro canto un'eccessiva dilatazione del concetto di tipicità rischia di allargare oltre ogni misura gli atti iscrivibili. Tale ultima soluzione condurrebbe al paradossale risultato di non perseguire la certezza e la sicurezza nei traffici giuridici che il Registro delle imprese intende, invece, perseguire[150], ledendo, in ultima analisi, gli interessi dei terzi che, mediante il registro intendono acquisire adeguate informazioni sull'impresa e sul suo assetto.

Tuttavia tipicità non necessariamente è sinonimo di espressa previsione normativa ed in buona sostanza si tratta di una tipicità degli effetti e non degli atti che li determinano[151].

Dunque, sembra potersi concludere che il provvedimento di sospensione possa essere iscritto nel registro delle imprese, avendo un'efficacia meramente descrittiva. Infatti, la pubblicità dell'ordinanza descrive gli effetti che il sequestro d'azienda sociale produce "naturalmente", ossia che l'amministratore giudiziario è il rappresentante di un patrimonio separato (essendo tenuto anche a presentare un rendiconto di gestione ai sensi dell'art. 43 codice antimafia), ma non della società[152], arricchendo, quindi, l'iscrizione del sequestro di ulteriori elementi che possono risultare utili ai terzi, a fronte dei dubbi che spesso nella pratica si pongono.

---

[142] Cass. 28 agosto 2006, n. 18618, in *Fallimento*, 2007, p. 294 (s.m.), con nota di Zanichelli, ha ritenuto sintomatico della cessazione dell'esercizio dell'attività di impresa l'atto traslativo dell'azienda , data da cui è stato fatto decorrere l'anno ai fini dell'applicazione dell'art. 10 l.fall.

[143] G. Palmieri, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, cit., p. 374 s.

[144] Un dato normativo in tal senso è rappresentato dall'art. 104, comma 1, lett. *c*) disp. att. c.p.p.

[145] Cass. pen. 5 maggio 2011, n. 28274, in *Corr. trib.,* 2011, p. 3292, con nota di A. Tomassini; Cass. pen. 27 gennaio 2011, n. 6890, in *Arch. nuova proc. pen.*, rv. 248488; Cass. pen. 25 maggio 2010, n. 22569, in *Arch. giur. circol. sinistri,* 2010, p.1011.

[146] Cass. pen. 29 settembre 2010, n. 37842, Caneva, in *Ced Cass. pen.,* rv. 248488; Cass. pen. 25 maggio 2010, n. 22569, *cit*.

[147] Così Trib. Verona 1 aprile 2012 (decreto), *id.*, 2013, p. 30, con commento di G. Zagra, *Iscrizione di domanda giudiziale di accertamento della proprietà di partecipazioni di s.r.l.*

[148] Trib. Milano 18 ottobre 1999, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 495, con nota di R. Guidotti, *Ancora sul deposito di cui al quarto comma dell'art. 2479.*

[149] Cfr. E. Bocchini, *La pubblicità nelle società commerciali*, Napoli, 1979, p. 184; A. Graziani, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 118; in giurisprudenza v. nt. precedente e Cass. 21 novembre 1972, in *Foro it*., Rep. 1972, voce *Società*, c. 292.; Trib. Cassino 13 aprile 1992, *id.,* 1993, I, c. 260.

[150] G. Ferri, *Imprese soggette a registrazione*, in Scialoja - Branca (a cura di), *Commentario*, Bologna - Roma, 1972, p. 8.

[151] In tema diffusamente: F. Fimmanò - R. Ranucci, *La pubblicità commerciale e il sindacato del Conservatore del Registro delle Imprese,* in *Notariato,* 2014, p. 487 s.; il principio di completezza delle iscrizione è divenuto diritto vivente, infatti, in un parere del Ministero dello Sviluppo Economico (prot. n. 019258 - 18.09.2012) si legge «questa amministrazione […] ha in più occasioni espresso il convincimento che il principio di tassatività delle iscrizioni […] possa cedere il passo al principio di *completezza ed organicità* della pubblicità (art. 8, comma 6, l. n. 580/1993) con conseguente possibilità di iscrizione di atti o fatti per i quali la stessa non è espressamente prevista».

[152] Cass. civ., 30 maggio 2000, n. 7147, cit.; Cass. civ., 19 marzo 1984, n. 1877, in *Mass. Giust. civ.*, 1984; *conf.* Cass. civ., 4 luglio 1991, n. 7354, *ivi*, 1991; Cass. civ., 28 agosto 1997, n. 8146, *ivi*, 1997, p. 1544.

Gianluca Cascella
Professore a contratto di Diritto Processuale Civile nell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" - Dottore di ricerca in Comparazione e Diritto Civile nell'Università degli Studi di Salerno - Avvocato del Foro di Torre Annunziata

La responsabilità da contatto sociale tra medicina difensiva e riduzione della spesa sanitaria eccessiva

abstract

In this article the author tries to analyze the potential effects, in terms of protecting the patient's damaged by actions qualified as medical malpractice, from the point of view of the allocation of the burden of proof, the application of the legislative news introduced by Decree Balduzzi in the light of the relevant judgments of merit and legitimacy that have examined the issue.

keywords

Medical malpractices – civil liability - social contact – burden of proof allocation – defensive medicine.

abstract

In questo articolo l'autore prova ad analizzare i potenziali riflessi, in termini di tutela del paziente danneggiato da azioni mediche qualificabili come malpractice, anche dal punto di vista del riparto dell'onere della prova, dell'applicazione della novella legislativa introdotta dal decreto Balduzzi, alla luce delle più rilevanti sentenze, di merito e legittimità che hanno esaminato la problematica.

parole chiave

Pratiche mediche scorrette – responsabilità civile – contatto sociale – ripartizione dell'onere probatorio – medicina difensiva.

sommario

1. Le fonti delle obbligazioni e la natura della responsabilità. Brevi cenni. – **2.** La responsabilità medica. – **3.** Il nesso causale e la sua prova. – **4.** La teoria del contatto sociale. – **5.** Il decreto Balduzzi e la medicina difensiva. – **6.** Le recenti decisioni del Tribunale di Milano. – **7.** Osservazioni conclusive.

1. Le fonti delle obbligazioni e la natura della responsabilità. Brevi cenni

L'articolo 1173 c.c., come noto, definisce dal punto di vista del codice civile le fonti delle obbligazioni, con una tripartizione che, iniziando con il contratto e proseguendo con il fatto illecito – che secondo alcuni va inteso in senso ampio, quindi esteso anche alle ipotesi di responsabilità speciale previste dal codice civile[1] – si chiude con una definizione senza dubbio molto elastica, da vera e propria norma di chiusura, in quanto affianca a quelle *ex contractu* ed *ex delictu*, anche "*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*".

Tale espressione, come afferma un autore, sta ad indicare che il legislatore ha aderito alla teoria che esclude la rilevanza, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, di tutte quelle condotte umane che la legge non abbia a monte previsto e disciplinato;[2] il che equivale ad affermare, secondo la medesima opinione, che in tanto l'obbligazione assunta dal debitore avrà valore per il diritto, in quanto la stessa rinvenga la propria origine in uno dei casi che la legge espressamente prevede come fonti di esse (e quindi contratto, fatto illecito e/o qualsivoglia altro fatto che l'ordinamento consideri tale, nonché in uno dei modi che la legge medesima prevede (atto pubblico, scrittura privata oppure una mera dichiarazione orale)[3]; anzi, secondo altri, essa non solo costituirebbe una vera e propria regola generale, ma, altresì, si rivelerebbe anche idonea a dimostrare che le fonti dell'obbligazione non sono un catalogo chiuso, insuscettibile di modifica ed ampliamento, bensì esattamente l'opposto, siccome in grado di raccogliere ed affiancare alle fonti c.d. nominate anche quelle c.d. innominate o atipiche[4].

A tanto consegue, allora, che, vista tale suddivisione delle fonti delle obbligazioni, come emergente dalla richiamata previsione del codice civile, anche la natura della responsabilità civile è da ritenersi, parimenti, triplice, articolandosi in contrattuale, extracontrattuale e – se si vuol rimanere coerenti con quanto affermato a proposito della fonte – atipica, o da *tertium genus*, ovvero, ancora, all'anglosassone, *borderline* tra le prime due; categoria, quest'ultima, che, per il fatto di risultare caratterizzata da obblighi di protezione nei confronti della propria controparte, è stata efficacemente definita da autorevole dottrina in termini di categoria cuscinetto tra la responsabilità da contratto e quella da illecito, che permette di colmare i vuoti di tutela di

[1] Rescigno, voce Obbligazioni, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, p. 149 e ss.

[2] Alpa, *Manuale di Diritto Privato*, VI^ ed., Padova, 2009, p. 421 e ss.

[3] Alpa, *op. loc. cit.*

[4] Breccia U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1992, p. 109 e ss.

entrambe[5]; se tanto è indubbio, tuttavia appare condivisibile quell'opinione che, intendendo discostarsi dall'interpretazione tradizionalmente accolta della locuzione "*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*",[6] propone invece una interpretazione più restrittiva, in virtù della quale l'atto ovvero il fatto debbono necessariamente risultare conformi ad una previsione comunque contenuta in una norma di Legge[7], il che porta tale autore ad escludere che il mero fatto di un contatto sociale tra due soggetti possa determinare il sorgere di una obbligazione, in quanto non sussistono previsioni legislative per le quali un'obbligazione possa sorgere già solo per il mero fatto di un qualsiasi contatto tra due soggetti[8].

2. La responsabilità medica

Il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità del medico comporta l'instaurazione, in sostanza, di un rapporto debito/credito tra il medico ed il paziente: in conseguenza, sotto il profilo dell'art. 1218 c.c., la responsabilità del debitore può sorgere secondo due differenti ricostruzioni sistematiche, la prima in termini oggettivi, e la seconda in termini soggettivi.

Dal primo versante, si ritiene infatti che l'unica esimente della responsabilità del debitore sia rappresenta dalla sopravvenuta impossibilità della prestazione, mentre l'aspetto della diligenza – quindi il profilo soggettivo – non costituisce un'eventuale esimente, rilevando, in questa ricostruzione, esclusivamente quale parametro alla luce del quale scrutinare quanto fatto dal debitore per prevenire e/o rimediare eventuali accadimenti successivi astrattamente idonei ad impedire il suo adempimento[9]; ancora, sempre in termini obiettivistici ricostruiscono tale responsabilità coloro che ritengono come il carico economico dell'inadempimento dell'imprenditore debba gravare su quest'ultimo perché la sua organizzazione di impresa non è stata in grado di controllare e neutralizzare il rischio che lo svolgimento della relativa attività produce;[10] dal secondo punto di vista, invece, si pone in rilievo, a fondamento della responsabilità, il difetto di diligenza da parte del debitore della prestazione, sia dal punto di vista dell'attività concretamente compiuta per adempiere, sia da quello dello sforzo posto in essere per individuare, in via preventiva tutto ciò che gli avrebbe potuto impedire di adempiere, di guisa che, ove in concreto si accerti che il debitore abbia fatto tutto quanto da lui pretendibile dai predetti punti di vista, pur se il creditore non sia stato soddisfatto, egli non potrà essere ritenuto inadempiente;[11] il che equivale a ritenere che, secondo tale ricostruzione, l'onere probatorio del debitore, per escludere il proprio inadempimento, è circoscritto alla prova positiva della propria *due diligence* come richiestagli dalle circostanze del caso concreto; infine, altra opinione si colloca in una posizione mediana tra le due impostazioni innanzi richiamate, in quanto se per un verso mantiene il parametro dell'impossibilità della prestazione come unica esimente della responsabilità del debitore, per altro verso tempera la rigidità del ricorso all'elemento oggettivo della mancata esecuzione della prestazione attraverso la verifica di quello che, nel caso concreto, era da ritenersi lo sforzo di diligenza effettivamente pretendibile dal debitore, che pertanto risulterà esonerato da responsabilità nel caso in cui neanche con la *due diligence* avrebbe potuto prevedere e/o rimediare a quell'evento che ha determinato il suo mancato adempimento,[12] ritenendo quindi che la diligenza concorre a stabilire se il debitore abbia avuto o meno, nel caso concreto, ed in caso affermativo in che misura, la possibilità di adempiere[13]; logico corollario di tale ricostruzione, allora, come afferma la richiamata autorevole opinione, consiste nel ritenere che il debitore dispone di due possibilità per liberarsi, la prima – che ben potrebbe definirsi, mutuando l'espressione dal linguaggio forense, come una difesa *in via principale* – consistente nel fornire la prova positiva, rilevante *ex* art. 1218, di ciò che (ovviamente deve trattarsi di un fatto a lui non imputabile) gli ha reso impossibile l'adempimento, e la seconda – quale difesa *in via subordinata*, sempre secondo il linguaggio forense – in virtù della quale egli potrà andare esente dalla responsabilità che gli viene contestata nel caso riesca a fornire una prova che si articola in una duplice prospettiva: i)innanzitutto, la prova dello sforzo di diligenza concretamente da lui profuso nel caso specifico; ii)altresì, la prova che, in relazione alle circostanze del caso concreto, quella impiegata era la diligenza che da lui era legittimo attendersi[14]; il che equivale a dire, secondo tale ricostruzione, che la prova della dovuta diligenza assume al rango di prova liberatoria, con un

[5] Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Rivista Critica Diritto Privato*, II, 1984, 323.

[6] Secondo cui tale locuzione deve essere interpretata in senso ampio, ed in conseguenza un dato atto ovvero un dato fatto deve essere scrutinato sotto il profilo della conformità o meno ai principi fondamentali dell'ordinamento come emergenti dalla Carta Costituzionale e, quindi, della loro idoneità o meno a determinare il sorgere di obbligazioni; in tal senso, Rescigno, *op. ult. cit.*, p. 151 e ss., richiamato anche da Galati, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità,* 2012, 10, 937, nt. 25.

[7] Galati, *op. cit.,* 948

[8] Galati, *op. loc. cit*.

[9] Di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 1997, 58 e ss.

[10] Pardolesi, *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Politica e diritto*, 1978, 706.

[11] Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975, 290, per il quale è la colpa del debitore che determina e fonda l'imputazione dell'inadempimento a suo carico, essendo l'intero sistema della responsabilità debitoria imperniato, con alcune specifiche eccezioni, sulla violazione, da parte del debitore, di una regola di condotta che gli richiede l'adozione di un determinato sforzo di diligenza.

[12] Bianca., *Diritto Civile*, V, Milano, 1994, p. 19 ess.

[13] Bianca, *op. loc. cit.*

[14] Bianca, *op. loc. cit.*

evidente sovrapposizione del profilo oggettivo e di quello soggettivo.

A ben vedere, allora, appare forse preferibile quella ricostruzione intermedia proposta da autorevole studioso che, mutuando dall'impostazione rigidamente oggettiva il fatto dell'inadempimento come unico elemento costitutivo della responsabilità *ex* art. 1218 c.c., e da quella soggettiva la valutazione del profilo della condotta del debitore, e quindi della sua eventuale colpa, per un verso esclude che la condotta colposa di quest'ultimo sia indispensabile per poterne affermare la responsabilità mentre, dall'altro, afferma che l'elemento della condotta, scrutinato sotto il profilo della diligenza, rileva al fine di escludere non l'inadempimento, bensì la sua imputabilità, nel caso in cui si accerti, appunto valutando la diligenza concretamente profusa dal debitore, che egli null'altro avrebbe potuto fare – rispetto a ciò che risulti accertato abbia concretamente fatto – per evitare il verificarsi di quell'evento che gli ha impedito di adempiere[15], ed in tal modo sposta, quindi, la rilevanza ed operatività del profilo soggettivo dall'aspetto dell'inadempimento a quello della sua imputabilità, in modo da evitare sovrapposizioni (ed anche confusioni) tra i due aspetti[16]; sul punto, può allora concludersi condividendo quanto sostiene chi afferma che il criterio della diligenza è venuto ad assumere, progressivamente, una rilevanza sempre maggiore nella valutazione dell'inadempimento, soprattutto nei casi in cui l'obbligazione rientri nell'attività professionale dell'obbligato, il quale è tenuto a rispondere a precise regole tecniche, di guisa che è il tipo di rapporto obbligatorio, e quindi la natura della prestazione, che individua e delimita l'impegno e la diligenza richieste al debitore per adempiere esattamente la propria obbligazione.[17]

Anche la giurisprudenza, di merito e di legittimità, appare concorde sul punto, essendosi di recente affermato, nella prima, che la responsabilità medica, in quanto afferente ad una prestazione d'opera intellettuale, è normalmente regolata dall'art.1176 c.c., in forza del quale il professionista, e dunque la struttura sanitaria della quale eventualmente si avvalga, è tenuto, nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla sua attività, alla diligenza del buon padre di famiglia, con la conseguenza che di regola il medico risponde nei confronti del paziente anche per colpa lieve, mentre nella sola ipotesi in cui la sua prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, la legge prevede un'attenuazione della normale responsabilità di tale prestatore d'opera, nel senso che il professionista è tenuto al risarcimento del danno unicamente per dolo o colpa grave.[18]

Nella seconda, poi, ancora più di recente si è sostenuto che, in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'esecuzione della prestazione professionale implica una diligenza qualificata ai sensi del secondo comma dell'art. 1176 c.c. la quale, secondo la interpretazione della norma che emerge dal diritto vivente palesato dalle decisioni della S.C., impone l'adozione della diligenza richiesta dalla natura dell'attività professionale espletata[19], quindi nel caso di specie, quella tipica del contratto d'opera professionale del medico.

Pertanto, il medico è obbligato a fornire al paziente – che per converso ne diviene creditore – la propria attività professionale secondo i canoni della perizia, prudenza e diligenza[20]; al riguardo, la giurisprudenza di legittimità ha condivisibilmente affermato che risulta configurabile un nesso causale tra il suo comportamento, anche omissivo, e il pregiudizio subito da un paziente, qualora, attraverso un criterio necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del professionista, se correttamente e prontamente svolta, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi.[21]

La ricostruzione della responsabilità in questione, dal punto di vista oggettivo ovvero da quello soggettivo, comporta che, per assolvere l'onere di allegazione dell'inadempimento nelle cause da *malpractice medica*, il danneggiato/attore deve descrivere una condotta che, sulla scorta della letteratura scientifica, possa considerarsi (astrattamente) idonea a provocare il danno lamentato, spettando solo in quel caso (e laddove assolto siffatto onere di allegazione – prova, anche pre-

[15] Mengoni, Responsabilità contrattuale (voce) in *Enciclopedia del Diritto,* XXXIX, Milano, 1988.

[16] Mengoni, *op. cit*.

[17] Lenoci, *I rimedi all'inadempimento e l'attuazione della tutela: il danno risarcibile e la ritenzione della caparra,* in *La responsabilità contrattuale e i rimedi all'inadempimento contrattuale*, Incontro di studio organizzato dal CSM, Roma, 3-5 maggio 2010, *http://www.ircri.it/wp-content/uploads/2011/09/019102_resource1_orig.pdf* , p. 10.

[18] Trib. Taranto, sez. I, 3 giugno 2014, in banca dati *Pluris-cedam. utetgiuridica.it,* voce *Responsabilità professionale*.

[19] Cass, 22 ottobre 2014, n. 22338, in banca dati *Pluris-cedam. utetgiuridica.it,* voce *Responsabilità professionale*.

[20] In relazione ai quali la diligenza viene definita come il parametro che individua il modello di precisione ed abilità tecnica cui il debitore – il medico in questo caso – deve uniformarsi, e concretamente descrive lo sforzo che questi deve attuare per eseguire con esattezza la prestazione cui è obbligato; la perizia, poi, individua da un lato la misura complessiva delle cognizioni tecniche che il medico deve avere acquisito prima attraverso lo studio e successivamente tramite la pratica professionale e l'esperienza, mentre, dall'altro, la concreta capacità di metterle in pratica quando occorre; infine, con la prudenza si individua un profilo della condotta di esso medico/debitore, mediante la quale egli deve essere in grado di solo dopo aver preventivamente valutato le circostanze del caso concreto ed i rischi che l'adottanda condotta può determinare, mediante l'adozione delle precauzioni che esso richiede. In proposito, cfr. Fondazione Istud, *Impatto sociale, economico e giuridico della pratica della medicina difensiva in Italia e negli Stati Uniti*, Programma "Scienziati in Azienda", XII Ed., 2012, a cura di Barresi, Battaglino, Calabrese, Lomastro, Maffione, Natoli, Parente, Quazzico, p. 8.

[21] Cass., 23 settembre 2004, n. 19133, in *Foro amm., CDS*., 2004, 2723.

suntiva, incombente all'attore) al sanitario convenuto di dimostrare l'inesistenza, nel caso concreto, del nesso di causalità tra la propria condotta e l'evento dannoso, il tutto sempre sulla scorta delle conoscenze ed esperienze scientifiche disponibili e offerte allo scrutinio del giudice; inoltre, all'attore incombe, di descrivere, anche se sommariamente, quale è la condotta alternativa lecita non tenuta nel caso concreto e che, laddove tenuta, avrebbe avuto apprezzabili possibilità (50+1%) di scongiurare l'evento di danno, come del resto conferma la giurisprudenza[22]; per converso, sul medico convenuto, quale debitore, grava un onere probatorio che si articola in un duplice versante, in quanto, da un lato, è chiamato a dimostrare, innanzitutto, che, nella sua condotta professionale come posta in essere nel caso specifico, sono assenti profili di imperizia, imprudenza e/o negligenza ovvero, in ogni caso, a fornire la prova della irrilevanza eziologica di un suo eventuale inadempimento[23].

Infatti, al riguardo la S.C. ha affermato che «In materia di responsabilità professionale del sanitario, rilevato che la relazione che si instaura tra la struttura ospedaliera ed il paziente dà luogo ad un rapporto di tipo contrattuale, anche qualora fondato solo sul solo contatto sociale, ai sensi del disposto codicistico di cui all' art. 1218 c.c., il paziente è unicamente gravato dall'onere di allegare la inesattezza dell'inadempimento del professionista, e non già la colpa o la sua gravità, mentre, al contrario, questi, al fine di andare esente da responsabilità, sarà tenuto a dare prova della non imputabilità ad esso dell'addebitatogli inadempimento»[24], e si tratta di un contratto che, per le sue peculiarità, la S.C. ritiene suscettibile di produrre – ove ne sussistano i presupposti nel caso concreto – anche effetti protettivi in favore di terzi, il che espone ed obbliga, la struttura sanitaria, in solido ai suoi ausiliari risarcire ogni conseguenza lesiva dell'inadempimento, secondo i criteri generali di cui agli artt. 1223, 1225 e 1227 c.c., quindi ogni danno che dell'inadempimento risulti conseguenza immediata e diretta in termini di causalità adeguata[25].

3. Il nesso causale e la sua prova

Premesso che, come afferma la dottrina, la responsabilità civile, astretta, da un lato, da esigenze di tutela della vittima, cui va risarcito il danno nella misura corrispondente al pregiudizio effettivamente subìto e, dall'altro, dalla necessità di individuare un sicuro collegamento tra il fatto, doloso e/o colposo, ed il danno ingiusto, rinviene nel nesso causale uno dei suoi elementi più importanti[26], va rilevato come duplice risulta la funzione che la causalità svolge, nel sistema della responsabilità civile, in quanto, tramite la stessa, per un verso si imputa il fatto illecito al soggetto che se ne ritiene responsabile e, per l'altro, si stabiliscono le conseguenze pregiudizievoli del fatto, che si traducono nel danno risarcibile.[27]

In conseguenza, occorre distinguere tra causalità materiale (cui occorrerà far capo ogni volta che bisogna esaminare il collegamento tra gli elementi dell'illecito) e causalità giuridica (cui, invece, occorrerà fare riferimento tutte le volte in cui bisognerà procedere a determinare e quantificare il danno risarcibile)[28], in quanto il nesso di causalità serve non solo a ricostruire gli eventi ed a collegare il danno con il soggetto che di esso si ritiene responsabile, ma anche a delimitare l'area del danno effettivamente risarcibile[29], obiettivo al cui perseguimento nel migliore modo possibile si deve la scomposizione funzionale del nesso causale operata dalla dottrina, nelle due varianti innanzi richiamate, proprio in ragione della indubbia difficoltà di delimitare l'area del danno effettivamente risarcibile.[30]

Appare non seriamente revocabile in dubbio, allora, che la distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica sia quella che meglio consente di modulare la responsabilità – e quindi l'area del danno risarcibile, la misura del ristoro da porre a carico del danneggiante nel caso concreto – in base a quella che risulterà essere l'area della causalità materiale,[31] per cui tanto maggiore ovvero minore risulterà il collegamento tra la condotta del preteso responsabile e le conseguenze derivatene, conseguentemente proporzionale, nell'uno ovvero nell'altro senso, risulterà la misura del risarcimento; quindi, come afferma la giurisprudenza, l'obbligazione risarcitoria aquiliana può ritenersi sussistente nell'ipotesi in cui sussiste non solo un fatto lesivo, retto dalla causalità materiale, ma anche un danno conseguenza di questo, retto dalla causalità giuridica, la cui imputazione presuppone il riscontro di una delle fattispecie di cui all'art. 2043 e seguenti del c.c., trattandosi di fattispecie consistenti tutte nella descrizione di un nesso che lega un evento ad una condotta, a cose o ad accadimenti di altra natura, collegati con una particolare relazione ad soggetto chiamato a rispondere.[32]

Dal punto di vista del nesso eziologico e della sua prova, la ormai consolidata giurisprudenza di legitti-

[22] Trib. Frosinone, 16 marzo 2011, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 1,1,89.
[23] Trib. Frosinone, 16 marzo 2011, *cit.*
[24] Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Resp. civ.*, 2010, 8-9, 852.
[25] Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, *cit.*
[26] Zambrano, *Delimitazione del danno da risarcire e nesso causale*, in Trattato della Responsabilità Civile, a cura di Stanzione, Padova, 2012, II, p. 137 e ss.
[27] Franzoni, *L'illecito*, in Trattato della Responsabilità Civile, a cura di Franzoni, Milano, 2010, p. 67.
[28] Franzoni, *op. loc. cit.*
[29] Alpa, *La responsabilità civile. Parte generale*, a cura di Alpa, Padova, 2010, 316.
[30] Monateri, *Le fonti dell'obbligazione. 3. La responsabilità civile*, in Trattato di Diritto Civile, diretto da Sacco, Torino, 1998, p. 152 e ss., cui *adde* Zambrano, *op. cit.* ,p. 142, *sub* nt. 78.
[31] Capecchi, *Il nesso di causalità*, Padova, 2005, 33.
[32] Trib. Reggio Emilia, sez. I, 31 gennaio 2014, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it,* voce *Responsabilità civile.*

mità ha abbandonato il criterio di matrice penalistica della prova al di là di ogni ragionevole dubbio – quindi molto vicina alla certezza assoluta – aprendo la strada al diverso criterio della preponderanza dell'evidenza, o, come più enfaticamente si afferma, del più probabile che non, facendo riferimento ai parametri della regolarità causale e della certezza probabilistica.

Al riguardo, infatti, la S.C. ha affermato che, in tema di responsabilità civile, il nesso causale è regolato dal principio di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – ad una valutazione "*ex ante*" – del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi,[33] concludendo nel senso che, nell'accertamento del nesso causale in materia civile, vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che non, mentre nel processo penale vige la regola della prova oltre il ragionevole dubbio;[34] prospettiva, questa, che ha suscitato, oltre che consensi, anche critiche in dottrina, essendosi rilevato come la certezza (o quasi) dell'imputazione causale, accolta dal diritto penale, sia stata sostituita, in ambito civilistico, con un mero surrogato di essa, appunto rappresentato dalla preponderanza dell'evidenza.[35]

Da tale ricostruzione, per la Corte ne deriva, con riguardo alla responsabilità professionale del medico, che, essendo quest'ultimo tenuto a espletare l'attività professionale secondo canoni di diligenza e di perizia scientifica, il giudice, accertata l'omissione di tale attività, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione abbia costituito la causa dell'evento lesivo e che, per converso, la condotta doverosa, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito il verificarsi dell'evento stesso[36].

Secondo la dottrina, poi, la sussistenza del nesso causale va verificata scrutinando la condotta inadempiente del medico (commissiva ovvero omissiva), la lesione di una posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento ed infine i danni che si assumono essere conseguenza della predetta lesione, per cui tutelato, e poi procedere a verificare la sussistenza del nesso di causalità giuridica, ossia il legame tra la lesione di tale situazione tutelata ed i danni che si sulla base di tali parametri occorre prima verificare la sussistenza del nesso di causalità materiale, ossia il collegamento tra l'inadempimento e la lesione dell'interesse assumono conseguenza di essa;[37] tale causalità, per la prevalente teoria, è quella definita come causalità adeguata o regolarità causale[38], mentre, in ordine alla struttura del giudizio attraverso il quale deve essere accertata la sussistenza del nesso di causalità, la S.C. ha di recente affermato, in una nota decisione, che «In tema di illecito civile, la ricostruzione del nesso di derivazione eziologica esistente tra la condotta del danneggiante e la conseguenza dannosa risarcibile implica la scomposizione del giudizio causale in due autonomi e consecutivi segmenti, il primo volto ad identificare – in applicazione del criterio del "più probabile che non" – il nesso di causalità materiale che lega la condotta all'evento di danno, il secondo essendo diretto, invece, ad accertare il nesso di causalità giuridica che lega tale evento alle conseguenze dannose risarcibili, accertamento, quest'ultimo, da compiersi in applicazione dell'art. 1223 c.c., norma che pone essa stessa una regola eziologica»;[39] per concludere sul punto, va ricordato che il ricorso alla regola probabilistica trova a maggiore ragione giustificazione in quei casi in cui non può ritenersi che l'ultimo fatto eziologicamente legato all'evento sia stato l'unico a provocarlo, in assenza di una regolarità della serie causale che consenta di imputare a quest'ultimo efficacia esclusivo nel determinismo eziologico dell'evento medesimo, al quale, anche se non esclusiva, andrà riconosciuta una incidenza prevalente, anche se, ove altre condizioni abbiano influito sul modo in cui il fatto si è verificato, le stesse andranno tenute in considerazione dal giudice nella quantificazione del danno, come si afferma da alcuni[40].

Occorre poi una precisazione: se l'orientamento ormai consolidato della S.C. in tema di riparto dell'onere probatorio gravante su creditore e debitore nell'ipotesi di responsabilità contrattuale[41] lascerebbe pen-

[33] Cass., 8 luglio 2010, n. 16123, in *Ragiusan*, 2011, 323-324, 221.

[34] Cass., 8 luglio 2010, n. 16123, *cit.*

[35] Pucella, *Causalità civile e probabilità: spunti per una riflessione*, in *Danno e responsabilità,* 2008, 61.

[36] Cass., 8 luglio 2010, n. 16123, *cit.*

[37] Senza pretesa di esaustività, da ultimo cfr. Coppo, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale*, in *Giur. it*, 2014, 7, 1586.

[38] Alpa, *op .ult. cit.*, p. 320.

[39] Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Corriere Giuridico,* 2014, 4, 489.

[40] Alpa, *op. ult. cit.*, p. 331, il quale formula l'esempio dell'investimento subito, ad opera di un veicolo a motore, da una persona che già *ex ante* si trovava in pessime condizioni di salute, e che muoia dopo l'impatto, paragonandolo al caso, analogo ma non identico, in cui ad essere investita sia stata, invece, una persona in ottime condizioni di salute e di robusta costituzione, che è sopravvissuta all'incidente, il che, tuttavia, non fa certo venire meno la responsabilità dell'investitore, per cui, tramite il criterio probabilistico, secondo l'autore è possibile addivenire ad una soluzione maggiormente adeguata alle circostanze del singolo caso concreto, in quanto, con riferimento all'ipotesi del primo incidente, si individua il responsabile, ma nel contempo si tiene conto delle circostanze specifiche della fattispecie che conducono verso un'attenuazione dell'ammontare del risarcimento riconosciuto ai congiunti della vittima.

[41] *Ex multis*, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e Resp.*, 2008, 8-9, 871, secondo cui «*In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da*

sare che, in sostanza il creditore/paziente/danneggiato risulti praticamente esonerato, o quasi, dall'assolvimento di qualsivoglia onere probatorio nel senso desumibile dall'interpretazione dell'art. 2697 c.c. come emergente dalla sua costante interpretazione da parte della giurisprudenza di legittimità,[42] potendosi egli limitare ad allegare l'esistenza del mancato adempimento da parte del debitore, nonché la idoneità dell'inadempimento medesimo a provocare il danno che egli lamenta quale conseguenza di tale inadempienza, nella realtà che emerge, invece, dalla lettura per esteso delle pronunzie di legittimità, la situazione si appalesa invece differente, potendosi rilevare come l'ipotizzata *relevatio ab onus probandi* in favore del paziente/creditore/danneggiato non sussista; invero, come rilevato da alcuni, il positivo accertamento del nesso causale dovrà comunque formare oggetto di prova da parte del paziente e, solo dopo che questi sarà stato capace di fornire simile prova, si potrà passare alla valutazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, procedendo ad accertare la sussistenza o meno dell'agente che, pur in presenza di un comprovato nesso causale, potrebbe essere autonomamente esclusa secondo i criteri di prevedibilità ed evitabilità.43 In conseguenza, quello che la S.C. intende in termini di mera allegazione del nesso eziologico appare, in realtà, un richiamo improprio, poiché risulta evidente che dall'attore si continua a pretendere la prova del nesso causale medesimo, in quanto, diversamente opinando, nell'ipotesi di controversie contumaciali la domanda dovrebbe essere sempre accolta anche solo sulla base della mera allegazione del nesso causale formulata dal danneggiato, ma senza la prova di esso;[44] prova della idoneità causale dell'allegata inadempienza qualificata che, inoltre, potrà dirsi fornita solo nel caso in cui la ricostruzione del legame causale tra il danno e l'asserita condotta erronea del medico si dimostri assistita da probabilità scientifico-razionali serie e maggiori rispetto ad ogni altra diversa ma comunque probabile ipotesi.[45]

Se quello sopra descritto costituisce l'onere probatorio gravante sul paziente, dal punto di vista del medico che si pretende danneggiante, quindi del debitore, va rilevato che questi, nel costituirsi in giudizio, volendo evitare il riconoscimento della propria responsabilità e subire le relative conseguenze economiche, avrà l'onere di contestare – secondo i criteri emergenti dall'art. 115 c.p.c., quindi formulando una specifica ed analitica contestazione dei fatti costitutivi allegati dal danneggiato a sostegno della sua pretesa risarcitoria, onde evitare l'applicazione, in suo danno, delle conseguenze derivanti dal c.d. principio di non contestazione,[46] il tutto ovviamente in coordinamento con l'altrettanto ben noto principio della vicinanza della prova – la sussistenza del nesso eziologico tra la propria condotta professionale ed i danni lamentati dalla controparte; secondo la richiamata opinione, tale dimostrazione potrà essere fornita in due modi differenti: o nel caso in cui il medico, richiamando le conoscenze scientifiche (*id est*, lo stato dell'arte) al tempo del compimento dell'atto medico contestato, riesca a dimostrare che la ricostruzione fornita dal danneggiato circa la sussistenza del nesso eziologico non raggiunga il livello della preponderanza dell'evidenza, oppure nel caso in cui, pure se il danneggiato sia stato in grado di provare la ragionevolezza, dal punto di vista scientifico, della relativa ricostruzione del nesso causale, il medico sia in grado di provare che, nel caso in esame, per un evento a lui non imputabile, si sia verificata un'interruzione del nesso causale, quindi a dimostrare che nel caso concreto vi è stato il verificarsi di una causa alternativa, nonostante la medesima fosse, a livello astratto, assistita da una minore probabilità di verificazione.[47]

Tale ricostruzione trova, invero, riscontro e conferma in una recente decisione della Cassazione secondo cui, nei giudizi di risarcimento del danno causato da attività medica, l'attore ha l'onere di allegare provare l'esistenza del rapporto di cura, il danno ed il nesso causale, mentre ha l'onere di allegare (ma non di provare) la colpa del medico, mentre quest'ultimo ha, invece, l'onere di provare che l'eventuale insuccesso dell'intervento, rispetto a quanto concordato o ragionevolmente attendibile, è dipeso da causa a sé non imputabile[48]; ne consegue che è il danneggiato che agisce per l'affermazione della responsabilità del medico, che ha l'onere di provare la sussistenza di un valido nesso causale tra fatto del sanitario e danno, e solo ove fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta[49]; da altro punto di

contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante».

[42] *Ex multis*, cfr. Cass., 23 maggio 2001, n. 7026, in *Nuova Giur. Civ.*, 2002, I, 405, ove si è affermato che «*Spetta a colui che agisce per ottenere il risarcimento del danno provare il nesso di causalità tra questo e il comportamento che assume averlo cagionato perchè il rapporto di causalità costituisce fatto costitutivo del diritto al risarcimento e pertanto ai sensi dell'art. 2697 c.c., l'onere della relativa prova incombe sull'attore*».

[43] Masone, *La responsabilità del medico come responsabilità contrattuale,* in *La Nuova Procedura Civile*, 2015, 1.

[44] Masone, *op. cit.*

[45] Masone, *op. cit.*

[46] In ordine al quale, per un'analisi di detto principio e delle sue ricadute applicative anche alla luce della recente riforma di cui alla L. 162/2014, cfr. Cascella, *Prime osservazioni sui rapporti tra onere di specifica contestazione e preclusione delle attività assertive ed asseverative dopo la L. 162/2014*, in *La Nuova Procedura Civile*, 2015, 1.

[47] Masone, *op. cit.*

[48] Cass., 31 luglio 2013, n.18341, in *Contratti,* 2013, 10, 897.

[49] Cass., 31 luglio 2013, n.18341, *cit.*

vista, l'inadempimento del professionista in relazione alla propria obbligazione, e la conseguente responsabilità dell'ente presso il quale egli presta la propria opera, deve essere valutato alla stregua del dovere di diligenza particolarmente qualificato inerente lo svolgimento della sua attività professionale.[50]

4. La teoria del contatto sociale

Secondo autorevole studioso, il contatto sociale, e la relativa responsabilità, si inserisce nel novero di quelle obbligazioni che sorgono in ragione di obblighi di prestazione, che vanno di pari passo, pur conservando la loro autonomia rispetto ai primi, con doveri di comportamento (in questo caso di protezione della controparte nonché di eventuali terzi), che appunto in ragione della conservata loro autonomia, possono dare luogo a fattispecie di responsabilità parimenti autonome, in grado quindi di esistere anche in assenza di un contratto[51].

Il fine perseguito attraverso la ricostruzione di tale ulteriore categoria di obbligazioni è quello, come afferma altra opinione, di porre rimedio al vuoto di tutela per situazioni che si collocano in quella che viene definita come zona grigia tra contratto e torto, situazioni in cui la realtà sembra esibire la presenza di obblighi peculiari, indubbiamente diversi dal generico dovere riconducibile alla previsione di cui all'art. 2043 c.c., e tuttavia non ricollegabili ad autonomi rapporti contrattuali,[52] poiché, una volta sgombrato il campo dall'idea che solo il contratto (e quindi la volontà) ovvero la colpa (e quindi l'illecito) possono originare delle obbligazioni, è legittimo ritenere che in una rilevante casistica l'obbligazione possa trovare la propria origine anche in un contatto qualificato tra soggetti, oppure ancora in ragione di una peculiare posizione che un soggetto assume nei confronti di un altro, in ragione quindi della complessità dei rapporti fra i privati e/o soggetti a questi equiparati, che rende indispensabile l'impiego dell'intero sistema delle fonti delle obbligazioni, per tutelare l'affidamento che da tali rapporti sorge, e la cui delusione può trovare rimedio tramite il risarcimento del danno[53].

Ancora, l'opinione in precedenza richiamata ha avuto modo di evidenziare, altresì, che si tratta di rapporti obbligatori la cui complessità si pone a metà strada tra quelli insorgenti in ipotesi di responsabilità extracontrattuale e quelli che, invece, trovano la loro origine in un inadempimento contrattuale, siccome in possesso di una rilevanza maggiore rispetto ai primi, e tuttavia meno complessi ed articolati dei secondi;[54] per il medesimo autore, la responsabilità da contatto sociale qualificato trova il proprio fondamento in una diversa visione dell'obbligazione, che abbandona la linearità quale carattere peculiare di un rapporto integralmente assorbito dal solo dovere di prestazione, e che, invece, viene ricostruita quale complessa relazione intersoggettiva, i cui protagonisti sono creditore e debitore, caratterizzata dalla presenza, accanto all'obbligo principale di eseguire la prestazione, di ulteriori obblighi di protezione della posizione della controparte del rapporto, obblighi ulteriori il cui fondamento si individua nei doveri di correttezza, diligenza e buona fede cui le parti di ogni rapporto devono improntare la propria condotta.[55]

Dunque, che il contatto sociale costituisca fonte di una responsabilità che, pur in assenza di un rapporto contrattuale tra le parti, sia analoga a quella che sorge ai sensi dell'art. 1218 c.c., con conseguente assimilazione, se non proprio sovrapposizione (il che reca, inevitabilmente, anche il rischio di confusione tra essi) tra la fonte dell'obbligazione ed il regime della responsabilità che da essa si origina, appare allora pacifico in dottrina, ove si tenga presente che altro studioso sostiene che, in sostanza, il contatto sociale è fonte di responsabilità contrattuale pur in assenza di contratto, che determina il sorgere di una obbligazione il cui oggetto non è la prestazione prevista da un dato tipo di contratto, bensì trova il proprio fondamento in quell'obbligo di diligenza nell'applicare le regole di quella specifica attività professionale che il predetto soggetto svolge,[56] rappresentato, nel caso di specie, dal contratto di opera professionale che lega il medico ospedaliero alla struttura.

Si è in presenza, cioè, di quelli che vengono definiti come rapporti contrattuali di fatto – tradotto letteralmente dal tedesco *faktisches Vertragsverhaltnis* - che secondo altro autorevole studioso costituiscono fattispecie eterogenee che, pur in assenza di un formale atto negoziale, rinvengono quale elemento che li accomuna l'esecuzione di una prestazione che rappresenta e giustifica il sorgere di una obbligazione[57]: si tratta, cioè, di rapporti in cui, mentre l'obbligo cui essi danno luogo non trova origine in un accordo – quindi nella relativa manifestazione di volontà – tra le parti, è il loro contenuto che si appalesa, pur senza esserlo, come se trovasse origine in un accordo pattizio.[58]

[50] Cass., 23 settembre 2004, n. 19133, *cit.*

[51] Castronovo, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus,* 1976, 124.

[52] Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corriere Giuridico*, 1999, 4, 448.

[53] Franzoni, *op. cit.*, 1262 e ss.

[54] Castronovo , *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 177 e ss.,

[55] Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato,* 2011, 55 e ss., richiamato da Galati, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità,* 2012, 10, 933, nt. 4.

[56] Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, XIV ed., Napoli, 2009, p. 860 e ss.

[57] Perlingieri P., *Manuale di Diritto Civile*, V ed., Napoli, 2005, p. 231.

[58] Di Majo, *Sub artt. 1173-1176*, in Commentario c.c. a cura di

Per altri ancora, il contatto sociale rileva peculiarmente dal punto di vista del regime applicabile alla relativa responsabilità, consistendo in un illecito contrattuale, pur in assenza di qualsivoglia rapporto contrattuale diretto tra il paziente ed il sanitario, che si assume danneggiante, il quale, di contro, intrattiene un rapporto contrattuale con la struttura sanitaria alle cui dipendenze lavora;[59] secondo ulteriore opinione, sostanzialmente è il venire in contatto tra due soggetti che determina il sorgere, a carico di uno di essi, di un obbligo di condotta e di prestazione analogo a quello che si riscontra nel caso in cui tra due soggetti vi sia una relazione contrattuale, pur se, nello specifico, tale contratto manca, di guisa che il soggetto obbligato risponde dell'inadempimento del proprio obbligo come se un contratto vi fosse, nonostante la sua assenza[60].

Nello specifico settore medico, come da alcuni affermato, tratto peculiare e caratterizzante del contatto sociale è costituito dall'affidamento che il paziente ripone in un soggetto, come il medico, che esercita una delle c.d. professioni protette, e che ha per oggetto la tutela di beni garantiti a livello costituzionale;[61] si tratta di un affidamento che la dottrina assume discendere dal peculiare status professionale da questi rivestito e derivante dal ruolo che il soggetto medesimo svolge, che determina il sorgere di specifiche aspettative di condotta, connotate da un evidente carattere di obbligatorietà per quest'ultimo, che preclude al professionista ogni possibilità di non soddisfare tale affidamento.[62]

Dal versante giurisprudenziale, può brevemente rilevarsi come, oltre ai casi di *malpractice* medica che vedano coinvolti un medico (ovvero l'esercente di altra professione sanitaria) dipendente da una struttura sanitaria – non rileva se pubblica oppure privata – la violazione dei doveri nascenti da un rapporto contrattuale di fatto, e quindi dall'inadempimento di una prestazione pur in assenza della relativa obbligazione, si è ravvisata una responsabilità da contatto sociale qualificato a carico della banca negoziatrice *ex* art. 43 legge assegno (R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736) avente natura contrattuale, e nascente dalla violazione delle specifiche regole dettate dalla legge e poste nei confronti dei soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno, in ragione dell'obbligo professionale di protezione operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso;[63] ancora, anche nel caso di lesioni cagionate dal minore a se stesso, si è ritenuta configurabile, in capo all'istituto scolastico e dell'insegnante, una responsabilità da contatto sociale qualificato, sul rilievo che dal vincolo negoziale sorto in seguito all'accoglimento della domanda di iscrizione dell'alunno all'istituto scolastico e dalla conseguente ammissione dello stesso a scuola sorge, trae origine, a carico del medesimo istituto, l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e la incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che egli procuri un danno a se stesso,[64] di guisa che, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, pertanto, anche l'insegnante assume uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, al fine di evitare che il minore si procuri da solo un danno alla persona;[65] inoltre, anche il rapporto che si instaura tra il mediatore e le parti è stato inquadrato nell'ambito del cd. "contatto sociale" qualificato idoneo a far nascere un rapporto obbligatorio ai sensi dell'art. 1173 c.c. (nel senso di "ogni altro atto o fatto" idoneo a far nascere obbligazioni),[66] mentre con ulteriore pronunzia su tale aspetto, di recente la S.C. ha ricostruito la responsabilità precontrattuale in termini di figura normativamente qualificata di responsabilità da contatto sociale, traendone, quale inevitabile corollario, che la relativa responsabilità possiede natura contrattuale;[67] infine, altra ipotesi di responsabilità da contatto sociale, con conseguente applicazione del riparto dell'onere probatorio previsto dall'art. 1218 c.c. nella sua ormai consolidata interpretazione e ricostruzione come emergente dal diritto vivente palesato dalle decisioni della giurisprudenza di legittimità, è stata ravvisata nell'ipotesi in cui l'ex datore di lavoro fornisca informazioni non esatte sul rapporto di lavoro ormai cessato, al proprio ex lavoratore, giustificando la responsabilità insorgente sulla funzione qualificata spettante al datore – fonte quindi di un dovere di particolare diligenza, da parte di quest'ultimo – da un lato e, dall'altro, sull'affidamento che l'ex lavoratore ripone sul rapporto di lavoro terminato, entrambi ricollegabili e ricollegati al tutela che il lavoro rinviene nella Carta fondamentale, all'art. 35[68].

Scialoja e Branca, Bologna, 1998, 195.

[59] Stanzione, *Manuale di Diritto Privato*, II ed., Torino, 2009, p. 712.

[60] Rolfi, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giurisprudenza di merito,* 2007, II, 555.

[61] Zauli, *Responsabilità professionale da contatto sociale del medico ed inadempimento contrattuale della clinica*, in *La Responsabilità Civile*, 2011, 6, 431.

[62] Thiene., *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale,* I, *Inadempimento e rimedi,* a cura di Visintini, Padova, 2009, 320, richiamata da Galati, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità,* 2012, 10, 934, nt. 9.

[63] Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Danno e Resp.*, 2008, 2, 160.

[64] Trib. Milano, sez. X, 14 febbraio 2013, in banca dati *Pluriscedam.utetgiuridica.it.*, voce *Responsabilità civile.*

[65] Trib. Milano, sez. X, 14 febbraio 2013, *cit.*

[66] Trib. Gallarate, 18 maggio 2012, in *Contratti*, 2012, 7, 598.

[67] Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27468, in *CED*, Cassazione, 2011.

[68] Cass., 21 luglio 2011, n. 15992, in *Foro it.,* 2011, 10, 1, 2636,

5. Il decreto Balduzzi e la medicina difensiva

Come si afferma da parte di alcuni, è ormai molto tempo che l'attività medica ha assunto un carattere poliedrico, dipanandosi concretamente attraverso il compimento di attività sempre più complesse, articolate e diversificate, per cui, in presenza di una evoluzione sociale, quale quella che caratterizza la società attuale, di estrema mutevolezza, anche la configurazione della responsabilità professionale del medico si trova quasi costretta a subire un'altrettanto rapida evoluzione, non sempre in termini positivi,[69] fermo, in ogni caso, l'innegabile dato di fatto dell'aumento del contenzioso generato da veri e/o presunti errori medici; anche perché, rileva la medesima opinione, la complessità delle prestazioni sanitarie offerte attribuisce un rilievo sempre maggiore al ruolo ed all'efficienza delle strutture sanitarie, rispetto alla prestazione del singolo, il che contribuisce, in certi casi, a complicare la corretta individuazione della effettiva riconducibilità eziologica di un danno alla condotta di uno piuttosto che di un altro degli operatori sanitari implicati nella vicenda.[70]

In simile contesto viene ad inserirsi il d.l. n. 158 del 2012, che ha trovato la sua conversione attraverso la l. n. 189/2012, dal punto di vista della responsabilità civile, mediante il formulato richiamo alla norma generale sulla responsabilità aquiliana, ha indubbiamente gettato le basi per la riconduzione in tale alveo delle responsabilità civile dei medici, mirando ad ottenere anche in campo civile una diminuzione dei procedimenti che vedono coinvolti i medici nelle vesti di convenuti, oltre che a contrastare il fenomeno della medicina difensiva.

Tale fenomeno, ben conosciuto e studiato da molti anni in altri paesi, anche extraeuropei, in particolare negli Stati Uniti, è la conseguenza di un radicale cambiamento avvenuto, negli ultimi anni, del rapporto tra medico e paziente, nel quale quest'ultimo è divenuto via via sempre più critico sulla scelte e relative condotte, anche per effetto dell'amplificazione ricevuta, a livello del sentire sociale, di casi clamorosi di *medical malpractice*, la cui prima ricaduta si è verificata in termini di aumento del contenzioso, penale e civile, nei confronti dei medici, e tale aumento del contenzioso produce, a sua volta, un aumento, nel sentire della collettività, della fiducia nella possibilità di ricevere tutela giudiziale per i danni subiti in conseguenza di errori medici: questo produce, come ennesimo effetto, quello di incrementare la medicina difensiva, che a mano a mano tende a sostituirsi a quella tradizionale, per cui l'obiettivo si sposta dalla tutela della salute del paziente attraverso la sua guarigione o, comunque, il miglioramento delle relative condizioni, alla riduzione delle possibilità di contestazioni, nei confronti dei sanitari, di errori compiuti da questi ultimi, con le relative, prevedibili, conseguenze.

Ritornando al fenomeno in questione, va osservato che, con l'espressione medicina difensiva, si individua una pratica medica che si sviluppa in due direzioni, il cui obiettivo è quello, per il medico che la attua, di ridurre il rischio di essere convenuto in giudizio per sua responsabilità da *malpractice*: si parla, in proposito, di medicina difensiva positiva (o attiva)[71] e negativa (o passiva).[72]

La prima si verifica nel caso in cui il medico prescriva test, disponga analisi e procedure in eccesso rispetto a quelli che, sulla base dell'evidenza clinica e dei risultati degli esami da ritenersi indispensabili per ogni singolo caso, la prassi ed i protocolli diagnostici e terapeutici ritengono sufficienti, mentre la seconda viene attuata nel caso in cui il medico eviti pazienti ovvero procedure che presentino un considerevole tasso di rischio; inoltre, secondo autorevole dottrina, ulteriore effetto negativo di tale prassi consiste nel fatto che si ricorre, da parte del personale sanitario, esclusivamente, o quasi, a quelle cure e terapie la cui efficacia è conclamata al pari della loro assenza di rischio per il paziente, relegando nel dimenticatoio, o quasi, altre terapie probabilmente anche più efficaci, ma tuttavia non scevre di rischio per il paziente,[73] con evidente pregiudizio per la salute dei pazienti che, in tal modo, vengono privati della possibilità di avvalersi di terapie che potrebbero rivelarsi utili per la tutela della loro salute; in tal caso, allora, sembra che la tutela del paziente dal rischio del loro utilizzo vada di pari passo con la tutela anche della posizione del medico, sempre contro il medesimo rischio.

L'impatto di tale ormai consuetudinaria prassi dei medici, sulle casse del S.S.N., risulta di notevole rilevanza, essendo stato stimato in un ammontare di circa 13 miliardi di euro all'anno spesi per esami, indagini, visite specialistiche e farmaci che, anche se non dannosi per il paziente, sono in sostanza inutili; una cifra che corrisponde, in pratica, quasi al 12% della spesa sanitaria annuale, come rilevato dalla stampa specializzata.[74]

Si tratta, come appare evidente, di uno stravolgimento della finalità medica degli atti in questione, atteso che il vero beneficiario di essi appare essere, in realtà, il medico che li prescrive e/o compie, in quanto

secondo cui «*In capo all'ex datore di lavoro che abbia fornito all'ex dipendente, dietro sua richiesta, inesatte informazioni attinenti al rapporto di lavoro, è configurabile la responsabilità da contatto sociale, con la conseguente applicabilità del regime probatorio previsto in caso di inadempimento delle obbligazioni contrattuali*».

[69] Guerinoni, *Attività sanitarie e responsabilità civile*, in *Il Corriere giuridico*, speciale 1/2013, 6 e ss.

[70] Guerinoni, *op. loc. cit.*

[71] Definita dagli anglosassoni come *assurance behaviour.*

[72] Invece definita, sempre nella terminologia anglosassone, come *avoidance behaviour.*

[73] Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, p. 128 e ss.

[74] Fonte: *Quotdiano Sanità* del 22.1.15, al link: *http://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=1946*

gli stessi fungono da strumento di autotutela preventiva della relativa posizione, finalizzata allo scopo di evitare ai predetti di ricevere addebiti di responsabilità suscettibili di sfociare in contenziosi giudiziari, con ulteriore effetto negativo, per i professionisti medici, rappresentato dal rilevante aumento dei costi assicurativi; non si può nascondere, tuttavia, che il fenomeno in questione, come afferma la dottrina, invece di essere contrastato ed attenuato dalla riforma del 2012, appare suscettibile, per effetto della stessa riforma, di essere paradossalmente incentivato, proprio attraverso il formulato richiamo, agli operatori sanitarie, al rispetto delle linee guida ed alle buone pratiche, visto che, in sostanza, una applicazione letterale delle stesse, anche ove non ve ne fosse necessità alcuna, da parte degli operatori sanitari, non solo determinerebbe, inevitabilmente, un incremento del ricorso alla medicina difensiva, ma, altresì, produrrebbe anche un effetto premiale in termini di riduzione del risarcimento, in quanto la norma prescrive che la misura del risarcimento decisa dal giudice dovrà tenere conto *debitamente* del fatto che il medico si sia attenuto, o meno, a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica;[75] il che, per la richiamata opinione, equivale a ritenere, secondo buon senso, che la misura del risarcimento dovrà essere diminuita, nel caso in cui il medico abbia rispettato le dette linee guida.[76]

6. Le recenti decisioni del Tribunale di Milano

Il 2014 si è rivelato un anno molto importante dal punto di vista dell'evoluzione giurisprudenziale in termini di ricostruzione della responsabilità del medico ospedaliero, alla luce dell'entrata in vigore del già richiamato decreto Balduzzi, in quanto alcune pronunce in sede civile del Tribunale di Milano, nell'interpretare la recentissima normativa, hanno capovolto la ricostruzione sistematica di tale ipotesi di responsabilità, riconducendola nell'alveo dell'art. 2043 c.c. e quindi (ri)qualificandola in termini di responsabilità extracontrattuale, come era già stata configurata, verso la fine del secolo scorso, dalla S.C.[77]

Invero, il Tribunale meneghino, con due recenti decisioni, ha assunto una posizione di netta contrarietà con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che, esaminando la problematica della qualificazione della responsabilità del medico alla luce del decreto Balduzzi, aveva ribadito come la stessa continuava ad avere natura contrattuale, non avendo apportato la recente normativa alcuna modifica sul punto specifico, secondo la S.C.[78]

Va invero rilevato come, in precedenza, nella giurisprudenza di merito già si registrava qualche decisione in tal senso, in cui si era pervenuti a ricostruire il fine della norma nel contrasto alla censurata prassi della c.d. medicina difensiva, il che aveva portato, sostanzialmente, ad una differente scelta in ordine alla natura della responsabilità civile del medico, scelta di fatto non solo in controtendenza, ma anche rivelatasi capace di neutralizzare quell'orientamento di legittimità, progressivamente radicatosi nell'ultimo ventennio, che aveva ricostruito la responsabilità del medico ospedaliero nei confronti del paziente in termini di responsabilità contrattuale,[79] facendo ricorso, come si è detto, alla figura del *contatto sociale*.

Inoltre, per la richiamata decisione, la conseguenza della riforma è quella di deviare il flusso del contenzioso per errori medici dai sanitari alle strutture ospe-

[75] Scovazzi, *La responsabilità medica dopo la conversione del d.l. sanità: una "novella" esplosiva?* in *Pluris, Quotidiano giuridico,* 1 febbraio 2013.

[76] Scovazzi , *op. cit.*

[77] Cass. civ., sez. III, 13 marzo 1998, n. 2750, in *Giur. It.,* 1999, 2069, secondo cui «In tema di responsabilità extracontrattuale del medico dipendente da ente ospedaliero per i danni subiti da un neonato a seguito di difettosa assistenza al parto, l'addebito al sanitario di grave imprudenza ben può essere correlato alla mancata predisposizione da parte sua, quando egli sia chiamato ad eseguire un intervento non privo di rischi, benchè non implicante particolari difficoltà, delle misure idonee a superare le eventuali carenze organizzative, senza che inoltre l'addebitabilità dell'errore professionale produttivo del danno ad una delle persone che lo coadiuvano valga ad escludere la sua colpa, se egli non abbia predisposto e coordinato i compiti altrui in modo da evitare l'errore e non si sia posto nelle condizioni di poterli tempestivamente superare».

[78] Cass., ord., 17 aprile 2014, n. 8940, in *CED*, Cassazione, 2014, secondo cui «L'art. 3, comma 1, D.L. n. 158/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 189/2012, quando dispone nel primo inciso che "l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività, si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità. scientifica non risponde penalmente per colpa lieve" e, quindi, soggiunge che "in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.", poiché omette di precisare in che termini si riferisca all'esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso solo la responsabilità penale, comporta che la norma dell'inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., dev'essere interpretata "conformemente al principio per cui *in lege aquilia et levissima culpa venit* – nel senso che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve anche in ambito di responsabilità extracontrattuale civilistica. Deve, viceversa, escludersi che con detto inciso il legislatore abbia inteso esprimere un'opzione a favore di una qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità extracontrattuale».

[79] Trib. Enna, 18 maggio 2013, in *Danno e Resp*., 2014, 1, 74, in cui si affermato che «Con l'art. 3 comma 1 del "decreto Balduzzi" (d.l. 158/2012 come convertito dalla l. 189/2012) il Legislatore sembra suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana. È evidente che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità. Pertanto deve ritenersi che il legislatore abbia tracciato una riga orizzontale su tutta la giurisprudenza di Cassazione degli ultimi venti anni, riproponendo un orientamento arcaico risalente al 1979».

daliere, alleggerendo la posizione dei medici e scongiurando il proliferare della c.d. medicina difensiva,[80] anche se, come si proverà ad evidenziare in seguito, potrebbe verificarsi anche un imprevedibile effetto inverso.

Del resto, ancora in precedenza si era sostenuto che l'art. 3 della 189/2012, con il prevedere che, nei casi in cui il medico non risponda penalmente, comunque sia tenuto all'obbligazione civile del risarcimento, ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, suggerisce l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana;[81] una successiva decisione, con l'affermare espressamente che la l. 8 novembre 2012, n. 189 (che ha convertito il decreto Balduzzi) non può trovare applicazione, in sede civile, ai fatti pregressi ed ai processi in corso,[82] lascia intendere che la portata innovativa della disposizione è tale che, venendo a stravolgere la regole del gioco per i processi già introdotti, deve necessariamente essere riservata solo ai fatti accaduti dopo la entrata in vigore della legge medesima, nonché ai processi pendenti dopo tale data, anche se, per converso, nel corpo della decisione medesima si continua a ribadire l'orientamento preesistente e consolidato, in termini di ricostruzione della responsabilità del medico ospedaliero verso il paziente, quello che invece, secondo la precedente decisione, il Legislatore del 2012 aveva inteso cancellare[83].

Già con la prima sentenza, il Tribunale di Milano ha affermato che in assenza di contratto d'opera professionale, che sia con la struttura piuttosto che con il paziente non rileva, il legislatore del 2012 ogni ipotetico danno lamentato quale conseguenza dell'attività del medico ospedaliero e/o di altri esercenti le professioni sanitarie va ricondotto nel perimetro applicativo dell'art. 2043 c.c., con il conseguente riflesso in termini di riparto dell'onere probatorio[84].

Inserendosi in tale scia, la decisione[85] che ha fornito lo spunto per la presente riflessione, associandosi a quella già emessa nel luglio 2014 dal medesimo Tribunale, in applicazione – nonché all'esito di un peculiare iter interpretativo ed argomentativo – del noto decreto Balduzzi, ha inteso scindere il titolo di responsabilità, riportando quella del medico ospedaliero nei confronti del paziente nell'alveo di quella extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., mentre rimane *ex* art. 1218 quella del medico nei confronti della struttura, nonché quella della struttura verso il danneggiato.

Per addivenire a tale statuizione, l'estensore ha innanzitutto valorizzato, in sede interpretativa, i criteri dell'interpretazione letterale nonché quello, finalistico, della *ratio legis*; inoltre, pertinente nonché senza dubbio rilevante, nell'economia complessiva della decisione, appare il richiamo ad un precedente arresto della S.C.[86] che, pur se emanato in relazione ad un contesto parzialmente differente, è pervenuto alla medesima conclusione, non senza un breve ma significativo sguardo in termini comparatistici, concluso con il riscontro che si appalesa sostanzialmente pacifica ed indiscussa, negli altri ordinamenti europei, la ricostruzione in termini extracontrattuali della responsabilità del medico ospedaliero; infine, attraverso il richiamo all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, il giudice afferma che la scelta del Legislatore di ricondurre la responsabilità del medico ospedaliero, al pari degli altri esercenti professioni assimilate, per comportamenti diversi da tutto ciò che costituisce inadempimento di un contratto d'opera professionale, nell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c. si rivela frutto non di una mera svista, ma di una scelta indiscutibilmente volontaria;[87] si è in presenza, allora, ad avviso di chi

[80] Trib. Enna, 18 maggio 2013, *cit.*

[81] Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, est. Buffone, in *Il Caso.it*, 2013, I, n. 8276.

[82] Trib. Cremona, 19 settembre 2013, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 5, 1, 452.

[83] Trib. Enna, 18 maggio 2013, *cit.*

[84] Trib. Milano, sez. I, 17 luglio 2014, n. 9693, in *IlCaso.it*, 2014, I, 11373.

[85] Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 1430, est. Bichi, in *IlCaso.it*, 2015, I, 11908.

[86] Cass., 4 aprile 2014, n. 7909, in *CED*, Cassazione, 2014.

[87] Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 1430, *cit.*, che al riguardo ha affermato «Il tenore letterale dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi e l'intenzione del legislatore conducono a ritenere che la responsabilità del medico (e quella degli altri esercenti professioni sanitarie) per condotte che non costituiscono inadempimento di un contratto d'opera (diverso dal contratto concluso con la struttura) sia stata ricondotta dal legislatore del 2012 alla responsabilità da fatto illecito *ex* art. 2043 c.c. e che, dunque, l'obbligazione risarcitoria del medico possa scaturire solo in presenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (che il danneggiato ha l'onere di provare). Ciò anche a fronte delle debolezze emerse nell'applicazione del cd. contratto da contatto sociale al paradigma del medico ospedaliero. Di tale complessa problematica, tutt'altro che univoca, quasi in maniera didascalica, si trova riscontro nella recente pronuncia n. 7909/2014 dove la Corte di Cassazione, chiamata a dare una qualificazione del termine "contratto" in riferimento ad ipotesi responsabilità sanitaria in relazione all'applicazione dell'art. VIII, paragrafo 5, della Convenzione di Londra del 19 giugno 1951 (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 30 novembre 1955, n. 1335), ha avuto modo di sottolineare, proprio in caso di qualificazione di domanda risarcitoria da errato trattamento medico – ancorché nell'ambito di interpretazione ancorata al diritto internazionale – che essa non può essere ritenuta contrattuale. Infatti, sottolinea la Corte, tale configurazione "contrattuale" opera "allorché la richiesta di indennità trovi la sua ragione giustificativa nell'applicazione di un contratto, da intendere come accordo bilaterale (o plurilaterale) su singole clausole, che vanno adempiute dalle parti contraenti", escludendo che possa assumere tale natura il contratto da "contatto sociale" frutto esclusivo della elaborazione giurisprudenziale italiana, a fronte di una riconduzione, per tutti gli altri stati contraenti, della responsabilità del medico ospedaliero nell'ambito extracontrattuale o per tort. Queste osservazioni valgono ad evidenziare che appare davvero al di fuori dei limiti interpretativi imposti dall'art. 12 delle disposizioni della legge in generale elidere il significato del richiamo all'art. 2043 c.c.

scrive, di una evidente ipotesi di *legislatore consapevole*, all'evidenza giustificata dalla presa d'atto di un differente e ben più complesso contesto, che ha determinato l'intervento legislativo in questione; come dire, in pratica, che il criterio della responsabilità contrattuale da contatto sociale ha dovuto cedere il passo al contrasto al fenomeno della medicina difensiva, che appare, in realtà, il primario obiettivo perseguito dalla l. 189/2012.

Del resto, già altra giurisprudenza aveva mostrato di condividere l'interpretazione accolta dal giudice milanese, con il rilevare che la legge di conversione, ribaltando la norma del decreto legge che aveva fatto una chiara scelta in tema di responsabilità risarcitoria del medico pubblico dipendente, pare riferire quest'ultima ai criteri della responsabilità aquiliana, con ciò sconfessando la ricostruzione della responsabilità del medico sulla base della teorica del contatto sociale;[88] se, infatti, resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c. anche nei casi in cui il medico non risponde penalmente, questo significa che il medico, ove non agisca quale controparte contrattuale, come nel caso in cui sia pubblico dipendente, sarà tenuto al risarcimento del danno ai sensi della detta norma e non, come ritenuto dalla Corte di cassazione, ai sensi della generale norma che scolpisce la responsabilità del debitore contrattuale, cioè dell'art. 1218 c.c.[89]; si afferma, in conseguenza, che l'art. 3 della l. n. 189 del 2012, operando una scelta di campo del tutto chiara – anche se opposta a quella del decreto legge – e congruente con la finalità di contenimento degli oneri risarcitori della sanità pubblica, ha quindi cambiato il *diritto vivente*[90]. Ed invero, secondo tale decisione, ove rimanga fermo obbligo di cui all'art. 2043 c.c. in tutti i casi in cui il medico – espressione che deve intendersi ricomprendente anche la struttura sanitaria in cui il medesimo opera – sia chiamato a rispondere del suo operato, indipendentemente da una sua rilevanza (anche) penale, significa che la responsabilità del medico è extracontrattuale: il che getta alle ortiche la utilizzabilità in concreto della teorica del contatto sociale, riconducendo la lite all'interno della responsabilità aquiliana, con conseguente spostamento dell'onere probatorio tutto a carico della parte attrice.[91]

A fronte di tali arresti e della opzione ricostruttiva del sistema dagli stessi affermata, si registrano, in dottrina, opinioni critiche verso la possibilità, anzi, l'utilità, di fare applicazione del richiamato criterio interpretativo, affermandosi che, in questo caso, esso condurrebbe ad un risultato esattamente opposto, quello cioè di ritenere riaffermata la qualificazione in termini di responsabilità *ex* art. 1218 c.c. della responsabilità del medico ospedaliero.[92]

Il richiamato autore afferma, in sostanza, che il Legislatore sarebbe incorso in una infelice sineddoche, avendo utilizzato il richiamo all'art. 2043 c.c. per esprimere un concetto, quello della responsabilità medica e del relativo regime, più ampio e comprensivo anche del profilo *ex* art. 1218 c.c.,[93] ipotesi questa condivisa anche da chi sostiene che l'art. 3, comma 1 della richiamata novella del 2012 costituirebbe null'altro che un'ultronea precisazione, improduttiva di qualsivoglia modifica alla preesistente situazione di diritto sostanziale;[94] ritengo, tuttavia, che il canone del Legislatore consapevole ben possa trovare applicazione nel caso in esame, innanzitutto in quanto esso, come afferma la S.C., presuppone un Parlamento attento al diritto giurisprudenziale e composto, almeno in parte, da tecnici, trattandosi di un criterio che deve orientare l'interprete verso la scelta ermeneutica più vicina alla volontà sovrana del popolo come rappresentato nelle Camere;[95] inoltre, come del resto rilevato dalla giurisprudenza, il Legislatore del 2012 sembra (consapevolmente e non per dimenticanza) aver suggerito l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana.[96]

Infine, ove si consideri che autorevole dottrina ha sostenuto come, nei fatti, la colpa professionale del medico risulti incamminata, per effetto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, verso la sua oggettivazione, dato che con elevata frequenza si riscontra come il giudizio sulla esistenza o meno del rapporto causale fra la condotta del medico e le conseguenze dannose da essa derivate appaia molto vicino a far gra-

(qualunque portata ad esso voglia attribuirsi) assumendo che il legislatore non può che essersi inconsapevolmente confuso, a fronte di una elaborazione della responsabilità da contatto del medico ospedaliero asseritamente granitica, consolidata e universalmente condivisa. Infatti la situazione su cui è intervenuto il legislatore del 2012 deve essere descritta in termini affatto diversi e ben più problematici».

[88] Trib. Torino, sez. IV, 26 febbraio 2013, in *Danno e responsabilità*, 2013, 4, 373 e ss.

[89] Trib. Torino, sez. IV, 26 febbraio 2013, *cit.*

[90] Trib. Torino, sez. IV, 26 febbraio 2013, *cit.*

[91] Trib. Torino, sez. IV, 26 febbraio 2013, *cit.*

[92] Bona, *La responsabilità medica civile e penale dopo il decreto Balduzzi*, S.A. Romagna, 2013, p. 161.

[93] Bona, *op. loc. cit.*, in cui in particolare si sostiene che, assumendosi la scarsa qualità del testo legislativo, anche per ragioni di urgenza, ben potrebbe sostenersi che il legislatore sarebbe incorso in una norma <monca> solo nella sua formulazione letterale, dovendosi ritenere implicito il richiamo anche alla previsione codicistica sulla responsabilità contrattuale, in quanto può sostenersi la scarsa qualità della norma ma non anche la più totale ignoranza, da parte del legislatore, circa la materia che andava a regolamentare con detta norma,

[94] Breda, *Tutela della salute, responsabilità e scelte legislative: un primo approccio alla riforma tra novità, conferme e problematiche interpretative nella prospettiva civilistica*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, a cura di Martini e Genovese, S.A. Romagna, 2013, p. 78

[95] Cass., 24 agosto 2007, n. 17958, in *Giur. it.*, Mass., 2007.

[96] Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, *cit.*

vare su quest'ultimo anche il rischio di eventuali cause ignote, che costituisce l'unica effettiva distinzione tra responsabilità soggettiva ed oggettiva,[97] a maggiore ragione atteso che, per la giurisprudenza di legittimità, allorquando la responsabilità medica venga invocata a titolo contrattuale, la stessa risulta invocata in forza di un rapporto obbligatorio corrente fra le parti ed è dunque finalizzata a far valere un inadempimento oggettivo,[98] appare allora ancora più evidente la *ratio legis* sottesa alla riforma del 2012, il che, conseguentemente, pare fornire un ulteriore elemento a sostegno della correttezza ermeneutica dell'interpretazione fornita dal Tribunale di Milano, con le richiamate decisioni, all'art. 3, l. 189/2012.

Allora, non appare seriamente revocabile in dubbio che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità, con l'ulteriore effetto di accorciare anche i tempi di prescrizione (da 10 a 5),[99] con evidenti vantaggi anche in termini di certezza del diritto; non si trascura di rilevare, poi, come altra decisione di merito, precedente a quella qui in commento, abbia sostanzialmente assunto una posizione intermedia, in quanto, dopo avere indubbiamente criticato l'impostazione che il Legislatore ha inteso conferire alla fattispecie, contestandone la contrarietà all'orientamento di legittimità consolidatosi a partire dal 1999,[100] affermando che, per ritenere limitata la tutela del paziente alla sola azione *ex* art. 2043 c.c., sarebbe occorsa una espressa previsione legislativa in merito,[101] ne esclude la retroattività[102] ed, infine, ritiene che tale limitazione delle azioni a disposizione del danneggiato, pur volendola ammettere, deve ritenersi limitata ai soli casi di colpa lieve, non operando, invece, in tutte le altre ipotesi, e nemmeno nei confronti della struttura sanitaria, la cui responsabilità rimane contrattuale;[103] anche altra opinione, del resto, non dubita che la scelta legislativa sia consapevolmente indirizzata – con esclusione, quindi, di ogni ipotetica svista normativa – alla ascrivibilità della responsabilità medica nell'alveo della responsabilità aquiliana (nel caso di assenza di un rapporto contrattuale tra danneggiante e danneggiato),[104] pur se non manca di evidenziare la contrarietà di tale scelta al diritto vivente.[105]

L'assetto della fattispecie cui pervengono i giudici milanesi appare rinvenire ulteriore giustificazione ove si consideri che, nel prosieguo della decisione che ha fornito lo spunto per la presente riflessione, l'estensore si premura di precisare e ribadire a chiare lettere che, in sostanza, l'art. 2043 c.c. costituisce la regola della responsabilità del medico ospedaliero e degli altri esercenti le professioni sanitarie per tutti i casi in cui il medesimo sia ritenuto responsabile di un danno che non trovi la propria origine nel mancato assolvimento degli obblighi nascenti a suo carico da un vero e proprio contratto, che sia intercorso con la struttura piuttosto che con il singolo paziente;[106] evidente risulta, in conseguenza, il differente riparto dell'onere probatorio che grava sul danneggiato, che dovrà conseguentemente – ove detto orientamento si radichi e diffonda – fornire la prova della responsabilità del medico secondo i cardini della responsabilità aquiliana, con le prevedibili conseguenze sulle decisioni, ma anche, per altro verso, di maggiore tutela per la po-

[97] Franzoni, *op. cit.*, p. 269.

[98] Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, in banca dati *Pluriscedam.utetgiuridica.it.*, voce *Professioni intellettuali*.

[99] Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, *cit.*

[100] Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, est. Natali, in *IlCaso.it*, 2014, I, 11400, secondo cui «Se anche il Legislatore, con il decreto Balduzzi, ha voluto suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana, nondimeno è indubbio che tale scelta si pone in contrasto con l'univoco orientamento interpretativo in materia che, muovendo le mosse da Cass. 589 del 1999, ricostruisce come contrattuale - seppur non da contratto ma da contatto - la responsabilità dei medici e della struttura ospedaliera».

[101] Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, *cit.*, secondo cui «Con l'uso della locuzione con valenza eccettuativa, "fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile", il legislatore - il cui intento era quello di regolamentare i soli profili penali - non ha espressamente e univocamente limitato i rimedi risarcitori esperibili, prevedendo, cioè, che, a fronte delle suddette condotte, fosse esperibile solo il rimedio aquiliano, per contro, l'eventuale adesione ad un modello di responsabilità (quello *ex* art. 2043 c.c.) diverso da quello consacrato, in via interpretativa, ovvero quello contrattuale, richiedendo una previsione espressa ed esplicita (del tipo.: "il medico risponde solo *ex* art. 2043 c.c.")».

[102] Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, *cit.*, secondo cui «In ogni caso, al Decreto Balduzzi non può riconoscersi una valenza retroattiva con conseguente inidoneità della stessa a regolamentare fattispecie perfezionatesi nella vigenza del previgente quadro normativo».

[103] Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, *cit.*, secondo cui *«L'ipotetica opzione legislativa per il modello aquiliano, dato il carattere circoscritto dell'intervento normativo, varrebbe con riguardo alla sola responsabilità medica per colpa lieve e non anche per colpa grave o dolo e non sarebbe, a fortiori, estendibile alla responsabilità della struttura sanitaria».*

[104] Ianni, *La responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale: in particolare, la responsabilità per danni cagionati dal parto ed il c.d. "danno da nascita indesiderata".La c.d. Riforma Balduzzi"*, in *IlCaso.it.*, 2012, II, 330, p.10.

[105] Ianni, *op. loc. cit.*

[106] Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 1430, *cit.*, secondo cui «L'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi non incide né sul regime di responsabilità civile della struttura sanitaria (pubblica o privata) né su quello del medico che ha concluso con il paziente un contratto d'opera professionale (anche se nell'ambito della cd attività libero professionale svolta dal medico dipendente pubblico): in tali casi sia la responsabilità della struttura sanitaria (contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria) sia la responsabilità del medico (contratto d'opera professionale) derivano da inadempimento e sono disciplinate dall'art. 1218 c.c».

sizione del professionista sanitario; in altra decisione, infatti, si è al riguardo affermato che, nell'ipotesi in cui, malgrado il rispetto delle linee guida, l'intervento non abbia avuto successo, o si sia verificato un esito infausto od inatteso, in ambito civile l'indagine potrà spingersi all'interno dell'uso che il sanitario abbia fatto della propria discrezionalità, rimanendo a carico di quest'ultimo l'onere della prova di aver rispettato lo standard curativo della sottoclasse nella quale può essere fatto rientrare il paziente, e spettando sempre al medesimo la dimostrazione che il proprio caso presentava delle specificità che avrebbero reso opportuno adottare cautele o condotte non previste dalle linee guida, ma imposte dall'esperienza o dalla prudenza, previa dimostrazione che esse avrebbero condotto ad un risultato diverso e migliore;[107] per concludere sul punto, la decisione qui commentata analizza e confuta i criteri di volta in volta adottati, da dottrina e giurisprudenza, per riconoscere al fatto-contatto sociale una efficacia obbligatoria di tipo contrattuale,[108] evidenziando in particolare che: i)il riferimento all'art. 28 Cost., ed al principio di immedesimazione organica del dipendente con la struttura appare inconcludente, poiché il riferimento che la citata norma costituzionale formula alla legge (civile in questo caso) non è univoco, atteso che il codice civile prevede una duplice natura della responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale;[109] ii)non coglie nel segno l'invocazione dell'art. 1411 c.c. sul contratto a favore di terzo, poiché il paziente danneggiato non aziona il contratto tra la struttura ed il medico dipendente da essa, rispetto alla quale effettivamente è terzo, bensì un diverso contratto, di cui egli è parte, cioè quello c.d. "di spedalità" intervenuto tra lui e l'ente in questione, per ottenere la prestazione sanitaria che il medesimo eroga attraverso i propri dipendenti e la propria organizzazione;[110] iii) parimenti irrilevante appare il richiamo all'obbligo di prestazione cui il medico, quale professionista, è tenuto verso il paziente, poiché esso, con riferimento all'ipotesi della colpa professionale, trova applicazione sia alla responsabilità contrattuale, sia a quella a quella aquiliana, come indirettamente confermato dal fatto che la previsione contenuta nell'art. 2236 c.c., per costante orientamento della S.C., risulta applicabile anche all'ipotesi di responsabilità extracontrattuale del professionista medico, e quindi non può essere invocato per inferirne la natura contrattuale.[111]

Tutto quanto sopra evidenziato, però, non deve condurre a ritenere, come pure da alcuni dei primi commentatori della l. 189/2012 ipotizzato, che la previsione contenuta nell'art. 3 della richiamata disposizione legislativa comporti una *deminutio* di tutela per il paziente/danneggiato,[112] poiché sarebbe davvero impensabile, irrazionale ed irragionevole ritenere che il legislatore abbia *consapevolmente* deciso di abbassare il livello di protezione del paziente; ed infatti, lo stesso Tribunale, con la precedente decisione ha ben evidenziato che l'alleggerimento della responsabilità (anche) civile del medico ospedaliero, derivante dall'applicazione del diverso criterio di imputazione della responsabilità risarcitoria indicato dalla legge Balduzzi (quello extracontrattuale), non incide in alcun modo sull'autonoma responsabilità della struttura sanitaria pubblica o privata, che resta regolata dall'art. 1218 c.c., indipendentemente dalla sua specifica origine – e cioè la legge istitutiva del S.S.N. oppure la conclusione del contratto atipico di spedalità/assistenza sanitaria, perfezionantesi, come noto, già con la sola accettazione del paziente presso la struttura;[113] lascia ben intendere, allora, il predetto estensore, come tale alleggerimento risulti controbilanciato, in termini di mantenimento del livello di tutela, dalla persistente qualificazione in termini contrattuali sia della responsabilità della struttura, sia del medico stesso, nel caso di rapporto d'opera professionale direttamente intercorrente con il medesimo.

7. Osservazioni conclusive

A questo punto del discorso, è possibile rilevare come risulti non solo avviato, ma anche alquanto avanzato, soprattutto se tale orientamento di merito troverà conferma ai piani superiori, di merito e di legittimità, un percorso di abbandono della teoria del *contatto sociale* come fonte di obbligazione e quindi di responsabilità con riguardo alle ipotesi di *medical malpractice* da parte dei medici (ed anche di altri esercenti le professioni sanitarie) dipendenti di strutture sanitarie, pubbliche e private.

Sullo sfondo, sembrano sfumare, come un film d'altri tempi, in dissolvenza, le parole (fiumi di) di studiosi come Carlo Castronovo e Adolfo Di Majo in particolare, spese per descrivere la teoria del "contatto sociale" come fonte di obbligazione, e della relativa responsabilità, nonché della figura, di chiara matrice germanica, della "prestazione senza obbligazione", e

[107] Trib. Cremona, 19 settembre 2013, *cit.*
[108] Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 1430, *cit.*
[109] Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 1430, *cit.*
[110] Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 1430, *cit.*
[111] Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, n. 1430, *cit.*

[112] Si veda, ad esempio, Bona, *La r.c. medica dopo il Decreto-Legge n. 158/2012: indicazioni per la corretta applicazione e la (dis) applicazione delle nuove disposizioni*, in *La valutazione della colpa medica e la sua tutela assicurativa*, a cura di Martini e Genovese, S.A. Romagna, 2013, p. 51. Secondo l'autore, una tale interpretazione introdurrebbe una sostanziale modifica, in violazione dell'art. 3 Cost., anche con riguardo alle differenti categorie di professionisti, della posizione dei creditori/danneggiati, privandoli della possibilità di esercitare l'azione invece loro riconosciuta dal combinato disposto degli artt. 1173 e 1218 c.c., per cui secondo tale opinione la norma in questione dovrebbe essere oggetto di interpretazione costituzionalmente orientata nel senso di ritenere che il legislatore non ha inteso precludere al paziente danneggiato la possibilità di agire ai sensi dell'art. 1218 c.c. per conseguire il risarcimento dei danni subiti.
[113] Trib. Milano, sez. I, 17 luglio 2014, n. 9693, *cit.*

della relativa finalità di maggiore tutela, con essa perseguita.

E la posizione del danneggiato?

Davvero deve ritenersi, volendo per un attimo aderire alle posizioni critiche nei confronti del richiamato orientamento, che l'art. 3, comma 1, della l. 189/2012 debba forzatamente essere interpretato e considerato *tamquam non esset*, pena un grave ed ingiustificato – a maggiore ragione in quanto contrario ai principi costituzionali in tema di diritto alla salute – pregiudizio per il paziente/danneggiato?

Se dunque il paziente/danneggiato dovesse agire in giudizio nei confronti del solo medico con il quale è venuto in "contatto" presso una struttura sanitaria, senza allegare la conclusione di un contratto con il convenuto, realmente egli rimarrebbe senza tutela, o quasi, come sostengono i detrattori della nuova norma, *rectius* dell'interpretazione proposta non solo dal Tribunale meneghino, ma anche da svariati altri giudici di merito, ed indirettamente[114] avallata dalla giurisprudenza di legittimità[115]? Se è indubbio che la responsabilità del solo medico ospedaliero potrà essere affermata esclusivamente in presenza degli elementi costitutivi dell'illecito *ex* art. 2043 c.c., della cui prova rimane indiscutibilmente onerato il paziente/danneggiato, appare altrettanto indiscutibile che il danneggiato continua a beneficiare della possibilità di cumulare le azioni, *ex* art. 2043 c.c. verso il medico, ed *ex* art. 1218 c.c. nei confronti della struttura, con loro contestuale evocazione in giudizio, stante la unicità del fatto dannoso, in modo da poter eventualmente beneficiare di una condanna in solido *ex* art. 2055 c.c., anche se i titoli delle rispettive responsabilità risultano differenti, con conseguente diverso atteggiarsi dell'onere probatorio per il paziente/danneggiato e diverso termine di prescrizione del diritto al risarcimento, come confermato da un recente decisione di merito, la quale continua a ritenere cumulabili le due azioni – *ex* art. 2043 c.c. ed *ex* art. 1218 c.c. da contatto sociale – giustificando il cumulo dei rimedi con la superiore esigenza di tutela dei diritti della persona,[116] di cui quello alla salute costituisce senza dubbio un perfetto esempio; del resto, il Tribunale lombardo, già nella precedente decisione di luglio 2014, ha chiaramente rilevato come l'abbandono della teoria del contatto sociale non appariva suscettibile di comprimere in modo effettivo le possibilità per il paziente danneggiato di ottenere il ristoro per danni alla salute, diritto costituzionalmente tutelato, in quanto il danneggiato, sia per la persistenza, in capo alla struttura sanitaria, del regime di responsabilità, a lui più favorevole, previsto dall'art. 1218 c.c., sia per la prevedibile maggiore solvibilità della stessa, verosimilmente indirizzerà di preferenza la propria pretesa risarcitoria nei confronti della struttura sanitaria[117]. A conferma di quanto innanzi evidenziato, soccorre una anche solo rapida e non approfondita analisi dei repertori di giurisprudenza, oltre che dei ruoli dei maggiori tribunali della penisola, attività al cui esito emerge come l'eventualità della evocazione in giudizio con azione *ex* art. 2043 c.c. del solo medico ospedaliero costituisce ipotesi più unica che rara, mentre, per converso, si riscontra come tale ultimo soggetto viene evocato in giudizio praticamente sempre insieme alla struttura da cui dipende e/o dove ha prestato quell'attività professionale che il danneggiato assume essere stata causa dei danni che lamenta; se a tanto poi si aggiunge che, sempre dall'esame dei predetti dati statistici, il medico convenuto nella stragrande maggioranza dei casi risulta, oltre che dipendente di una struttura, anche legato da rapporto di opera professionale con il paziente/danneggiato, non appare infondato ritenere che le preoccupazioni/perplessità sollevate da coloro che paventano una ingiustificata riduzione di tutela appaiono invero ingiustificate, anche perché, incentrandosi la differenza tra la responsabilità *ex* art. 2043 c.c. e quella *ex* art. 1218 c.c. sostanzialmente sul solo versante del riparto dell'onere probatorio, invertito nell'ipotesi contrattuale, come ripetutamente affermato dalla S.C.,[118] può ragionevolmente escludersi un effettivo pregiudizio per il danneggiato quale conseguenza della differente impostazione, consapevolmente voluta dal Legislatore del 2012, di tale ipotesi di responsabilità professionale, alla luce di quanto appresso si proverà ad evidenziare.

Infatti, se si tiene presente che, in tutte le controversie aventi ad oggetto ipotesi di *medical malpractice,* l'accertamento della esistenza o meno del nesso causale avviene praticamente sempre all'esito della consulenza tecnica d'ufficio, disposta direttamente dal giudice ovvero anche su istanza delle parti, la innegabilmente diversa rilevanza ed incidenza, tra i due titoli di responsabilità, del riparto dell'onere probatorio e del suo assolvimento, finisce in pratica per svuotarsi, portando inevitabilmente con sé anche tutte le *querelle* in tema di maggiore o minore tutela del danneggiato a seconda del titolo, contrattuale ovvero extracontrattuale, dell'azione proposta nonché dell'allegata responsabilità del medico ed, infine, anche dei diversi termini di prescrizione; invero, come si afferma in dottrina, in tali processi assume importanza decisiva la consulenza tecnica, e per converso molto meno eventuali prove circa la negligenza ovvero l'assenza di negligenza

[114] Ed anche *inconsapevolmente*? Non credo, invero.

[115] Cass., 4 aprile 2014, n. 7909, *cit.*

[116] Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, *cit.*, secondo cui «Nonostante la novella legislativa di cui al Decreto Balduzzi, nulla impedisce all'interprete di ritenere che, a fronte di una responsabilità medica – anche per colpa lieve – siano tutt'ora esperibili l'azione extracontrattuale, da sola, o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale, secondo il generale principio della cumulabilità dei due rimedi, quando venga in rilievo la lesione di diritti della persona».

[117] Trib. Milano, sez. I, 17 luglio 2014, n. 9693, *cit.*

[118] Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, *cit.*

concretamente evidenziata dalla condotta del medico, dedotte dal medico ovvero dal danneggiato che siano;[119] questo perchè, in sostanza, al consulente medico d'ufficio viene chiesto di spiegare ciò che è stato fatto, ciò che invece si sarebbe dovuto fare, ed, in questo modo, di individuare le *leges artis* in concreto violate, per cui l'ausiliario del giudice assume, *de facto*, il ruolo di arbitro nel giudizio sulla (eventuale) imperizia e/o negligenza del medico, contribuendo nel contempo a semplificare le regole in tema di informazione, essendo colui che conosce la prassi.[120]

Quanto innanzi rilevato trova conferma in recenti decisioni della S.C., la quale oltre ad aver ribadito che, in tale tipologia di controversie, la consulenza tecnica d'ufficio possiede diretta ed autonoma valenza probatoria,[121] ha evidenziato, altresì, che il compito dell'ausiliario non è quello di decidere la controversia, ma di evidenziare al giudice lo stato dell'arte della conoscenza scientifica nello specifico settore in cui rientra la questione dibattuta, a maggiore ragione ove manchino posizioni consolidate;[122] per la Corte, infatti, detto soggetto non dovrà essere chiamato solo ad esprimere il suo personale, anche se qualificato, giudizio, quanto e soprattutto a delineare lo scenario degli studi nonché a fornire al giudice elementi di giudizio in modo da consentire a quest'ultimo di comprendere, una volta valutare le differenti rappresentazioni scientifiche della problematica, se possa dirsi esistente una conoscenza scientifica del singolo problema in grado di consentire un'affidabile indagine;[123] il tutto, senza poi trascurarsi di evidenziare che ben può, il danneggiato, avvalersi sempre e comunque dell'azione *ex* art. 1218 c.c., evocando in giudizio la sola struttura sanitaria di cui è dipendente il medico in relazione alla cui condotta professionale ne contesta la *malpractice*, ed i danni derivati, allegando la conseguente responsabilità di quest'ultima. Infatti, come del resto anche la giurisprudenza ha avuto occasione di rilevare, così ricondotta la responsabilità della struttura ad un autonomo contratto (di spedalità), la sua responsabilità per inadempimento si muove sulle linee tracciate dall'art 1218 c.c. e, per quanto concerne le prestazioni mediche che essa svolge per il tramite dei medici propri ausiliari l'individuazione del fondamento di responsabilità dell'ente nell'inadempimento di obblighi propri della struttura consente quindi di abbandonare il richiamo alla disciplina del contratto d'opera professionale e di fondare semmai la responsabilità dell'ente per fatto dei dipendente sulla base dell'art. 1228 cod. civ.;[124] in tal modo, si è conformata a quell'orientamento di legittimità secondo cui l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente, individua la fonte dell'affermata responsabilità nella previsione dell'art. 1228 c.c., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi e colposi di questi.[125]

In conseguenza, l'eventuale assenza di un contratto, ipotesi richiamata dall'art. 3 della l. n. 189/2012 per ricondurre la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria all'art. 2043 c.c. si mostra, allora, tutto sommato irrilevante, svuotando l'innovazione legislativa di tutte le problematiche che gli sono state imputate dai primi commentatori e finendo per neutralizzare sul nascere la sua censurata potenzialità negativa in termini di riduzione degli strumenti di tutela del paziente danneggiato, dal momento che, come da alcuni osservato, nel caso in cui il medico abbia operato in seno ad una struttura sanitaria, il paziente danneggiato ben potrà evocare in giudizio la sola struttura sanitaria, invocandone la responsabilità *ex* art. 1228 c.c., la quale potrà, eventualmente, rivalersi sul medico, in caso di condanna della prima per i danni causati dal fatto del proprio dipendente,[126] senza, quindi, alcun pregiudizio per la posizione processuale del danneggiato e senza alcun aggravamento dell'onere probatorio gravante sul danneggiato medesimo; anche altro autore pare condividere tale prospettazione, con l'affermare che, passando dall'atto medico isolatamente considerato all'attività sanitaria complessivamente considerata, non solo muta il parametro cui ricondurre la responsabilità di medici e strutture ma, altresì, si inverte anche la stessa prospettiva da cui esaminare la fattispecie, poiché la struttura, anche in caso di danno provocato dall'attività di un singolo ed individuato operatore, sarà sempre da ritenersi responsabile per non avere adempiuto al suo obbligo di corretta esecuzione del servizio, indipendentemente dall'eventuale successiva verifica circa la sussistenza o meno di un profilo di colpa concorrente e solidale del singolo medico, alla cui concreta attività sia riconducibile il danno.[127]

[119] Franzoni , *op. cit.*, p. 270.

[120] Franzoni, *op. loc. ult. cit.*

[121] Cass., 26 febbraio 2013, n. 4792, in *CED*, Cassazione, 2013, dove si è affermato che «In caso di accertamento della responsabilità medico-chirurgica, attesa l'innegabilità delle conoscenze tecniche specialistiche necessarie non solo alla comprensione dei fatti, ma alla loro stessa rilevabilità, la consulenza tecnica presenta carattere "percipiente", sicché il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova».

[122] Cass. pen., 9 aprile 2013, n. 16237, in *Giur. It.,* 2013, 12, 2628.

[123] Cass. pen., 9 aprile 2013, n. 16237, *cit.*

[124] Trib. Nocera Inferiore, sez. II, 17 giugno 2014, in banca dati *Pluris-cedam.utetgiuridica.it,* voce *Danni*.

[125] Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Ragiusan*, 2005, 249-250, 382.

[126] Ianni, *op. cit.*, p.11.

[127] De Matteis, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità*? in Belvedere e Riondato, *Le responsabilità in*

Ricostruzione, quella sopra prospettata, che ha trovato conferma in altra recente decisione, secondo cui la responsabilità di una casa di cura nei confronti di un paziente ha natura contrattuale e può conseguire, ai sensi dell'art. 1218 c.c., all'inadempimento delle obbligazioni direttamente a suo carico, nonché, all'inadempimento della prestazione medico-professionale svolta direttamente dal sanitario, quale suo ausiliario necessario, *ex* art. 1228 c.c., anche nel caso in cui non vi sia un rapporto di lavoro subordinato con quest'ultimo, su rilievo che sussiste comunque un collegamento tra la prestazione eseguita dal medico in questione l'organizzazione aziendale della struttura medesima, restando irrilevante la circostanza che il sanitario risulti essere anche "di fiducia" dello stesso paziente, o che, comunque, sia stato scelto dal paziente medesimo;[128] del resto, anche la prevalente dottrina non dubita della circostanza che per il danno causato al paziente dal medico dipendente della struttura sanitaria ne risponda quest'ultima ai sensi dell'art. 1228 c.c., quindi a titolo contrattuale,[129] poiché, come rileva altra opinione, l'utilizzazione strumentale di un altro soggetto nello svolgimento di una determinata attività comporta che l'inadempimento di quest'ultimo non può essere opposto come causa non imputabile al debitore, che invece ne deve rispondere ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c., poiché il soggetto organizzatore di una determinata attività si assume anche il relativo rischio, indipendentemente dall'autonoma responsabilità del soggetto di cui il primo si sia avvalso per lo svolgimento dell'attività medesima, di guisa che, per pronunciare la responsabilità ai sensi dell'art. 1228 c.c. risulta sufficiente la sola connessione con l'inadempimento.[130]

A tanto consegue che, argomentando in tal modo, si rasenta l'oggettivazione della relativa responsabilità, come confermato di recente dalla S.C., secondo cui il debitore risponde direttamente di tutte le ingerenze dannose che al dipendente ovvero al terzo preposto, soggetti della cui opera comunque si avvale, sono rese possibili dalla posizione conferitagli rispetto al creditore/danneggiato, e cioè dei danni che può arrecare in ragione di quel particolare contatto cui si espone nei suoi confronti il creditore,[131] e come indirettamente conferma l'autore appena citato, con il sostenere che, con la previsione contenuta nell'art. 1228 c.c., il Legislatore ha inteso estendere alla sfera contrattuale il principio contenuto nelle previsioni di cui agli artt. 2048 e 2049 c.c., ovvero *cuius commoda eius et incommoda*[132].

Pertanto, se, come riconosciuto dalla S.C., l'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente,[133] il mantenimento di un adeguato livello di tutela per il danneggiato appare comunque garantito, a maggiore ragione ove si consideri che, secondo altra opinione, proprio l'autonomia tra le due azioni, contrattuale verso la struttura ed extracontrattuale nei confronti del singolo operatore sanitario, produrrà come quasi inevitabile conseguenza del nuovo assetto introdotto dalla norma del 2012, che il cumulo delle due azioni verrà esercitato esclusivamente nel caso in cui la colpa professionale dell'operatore sia talmente palese e, come tale, suscettibile di agevole dimostrazione in giudizio, da non rendere più conveniente (ed anche meno rischiosa, soprattutto) al danneggiato, la evocazione in giudizio della sola struttura sanitaria, allegandone l'inadempimento contrattuale, onde evitare che un esito eventualmente infruttuoso dell'azione contro il medico possa poi riverberarsi in pregiudizio del danneggiato anche sulla successiva azione contro la struttura.[134] Alla luce della riforma, allora, il suggerimento che sembra potersi cogliere è quello di privilegiare sempre la sola azione contrattuale verso la struttura, per beneficiare del più favorevole onere probatorio previsto dall'art. 1218 c.c.; la sopra richiamata opinione non nega, tuttavia, che un simile mutamento della tipologia del contenzioso in materia di *malpratice* medica, in quanto suscettibile di accrescere i costi per le strutture sanitarie, sia per l'aumento numerico delle cause, sia per il venire meno, per queste ultime, di un coobbligato solidale quale appunto il medico (e soprattutto la sua assicurazione), potrebbe dar luogo ad un fenomeno, invero paradossale, di aumento del ricorso alla medicina difensiva, in quanto sollecitato proprio dalle strutture sanitarie, nella prospettiva di tornare a dividere con qualche altro coobbligato (*id est* il proprio operatore sanitario e la relativa impresa assicuratrice) il peso del risarcimento da riconoscere ai danneggiati, soggetto progressivamente defilatosi per effetto dell'art. 3 della l. 189/2012.[135]

Fenomeno, questo, che secondo altra opinione rischia di condurre a conseguenze ancora più estreme quali la rinunzia, da parte delle strutture sanitarie, alla stipula di coperture assicurative dirette, facendo affidamento su quella personale dei singoli medici ed operatori, nei confronti dei quali, verosimilmente, finirebbero per essere deviate, anche attraverso vere e proprie forzature, tutte le richieste risarcitorie formulate dai danneggiati, con inevitabile peggioramento

medicina, in Trattato di Biodiritto, a cura di Rodotà e Zatti, Milano, 2011, p. 122 e ss.

[128] Trib. Pisa, 16 maggio 2014, in banca dati *Pluris-cedam. utetgiuridica.it,* voce *Obbligazioni e contratti*.

[129] Alpa, *op. ult. cit.,* p. 897.

[130] Franzoni, *op. cit*., p. 787.

[131] Cass., 22 dicembre 2012, n. 22619, in *Contratti*, 2013, 2, 185.

[132] Franzoni, *op. cit*., p. 788.

[133] Cass., 23 settembre 2004, n. 19133, *cit.*

[134] Pucella, *Un improvvido legislatore fa più danno dei medici*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 38.

[135] Pucella, *op. loc. cit.*

dei rapporti tra medici e strutture stesse,[136] nonché, ad opinione dello scrivente, della serenità dell'ambiente lavorativo e, soprattutto, della qualità della prestazione sanitaria, a tutto discapito, *more solito*, della salute dei cittadini.

Infine, occorre considerare che, visto il fine perseguito dal Legislatore, come già detto, di contrasto del fenomeno della medicina difensiva, che indirettamente arreca un pregiudizio alla tutela del diritto alla salute di tutti i cittadini, in quanto attraverso la proliferazione delle spese per indagini, visite e terapie superflue ed inutili, sottrae considerevoli risorse al S.S.N., appare indiscutibile che cercare di ridurre la spesa sanitaria impegnata dalla c.d. medicina difensiva, facendo recuperare risorse alla sanità che possono servire a migliorare l'efficienza e la qualità del servizio va a vantaggio della salute di tutti i cittadini, e quindi persegue un interesse che, invero, non è meramente economico, quanto e soprattutto superindividuale, di tutela della salute collettiva, rispetto al quale l'interesse del singolo a non vedere pregiudicata la propria possibilità di tutela risarcitoria nel caso venisse obbligato ad agire esclusivamente ai sensi dell'art. 2043 c.c. nei confronti del medico ospedaliero, verosimilmente, nel necessario bilanciamento dei contrapposti interessi, appare destinato a fare un passo indietro, dovendosi ritenere prevalente il primo.

In conclusione, tirando le fila di questa breve ricostruzione, senza pretese di completezza ed esaustività, appare possibile concludere nel senso che appare logica e conforme al testo legislativo quella ricostruzione ermeneutica dell'art. 3 della L. 189/12 che lo considera espressione della *voluntas legis* rivolta all'adozione di modello di responsabilità diverso da quello sposato dalla giurisprudenza prevalente, eventuali dubbi di compatibilità costituzionale di simile opzione interpretativa, pur sollevati, paiono destinati a dissolversi ove si tenga presente che, negli anni anteriori al 1999, nel vigore dell'orientamento pretorio che proponeva come modello di azione l'art. 2043 c.c., non si era minimamente dubitato della costituzionalità di simile impostazione[137] e, quindi, non se ne potrebbe certo dubitare oggi, a maggiore ragione in presenza di una consapevole scelta del Legislatore come palesata attraverso la richiamata disposizione legislativa; scelta che appare, all'evidenza, condividere quell'interpretazione della locuzione "*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*" contenuta nell'art. 1173 c.c., senza dubbio più restrittiva e rigorosa, proposta da un'opinione dottrinale in precedenza richiamata,[138] dato che, al contrario, con il qualificare quella ipotesi di contatto sociale che si verifica allorquando entrino in contatto un paziente ed il medico dipendente da una struttura sanitaria, pubblica e/o privata, come potenziale fonte di responsabilità *ex* art. 2043 c.c., il Legislatore ha fatto una scelta in senso esattamente opposto a tutta la teorizzazione, dottrina e giurisprudenziale, sulla natura della responsabilità da contatto sociale nello specifico settore; in conseguenza, deve ritenersi che si è in presenza di una specifica previsione di diritto positivo, secondo la quale, innegabilmente, tale contatto sociale qualificato è considerato fonte di responsabilità *ex* art. 2043 c.c.

In sostanza, si è passati dall'assenza di una previsione ordinamentale di diritto positivo che consentisse di ritenere il mero contatto tra due soggetti come fonte di obbligazione (e quindi di superare la critica che la dottrina innanzi citata formula nei confronti della tradizionale, nonché ampia, interpretazione dell'art. 1173 c.c.) alla introduzione di una disposizione di Legge che, al contrario, ha espressamente escluso che quel contatto sociale, indubbiamente da ritenersi qualificato stante la sua previsione all'interno di una disposizione di Legge, quale appunto è l'art. 3, l. 189/2012, potesse costituire fonte di responsabilità contrattuale, ritenendolo invece, al contrario, come fonte di responsabilità aquiliana.

Si tratta, dunque, di una scelta che, lungi dal risultare frutto di sviste e/o errori, evidenzia un chiaro disegno di politica legislativa volta a porre rimedio ad una situazione, quale quella su cui il Legislatore del 2012 è intervenuto, ben più problematica rispetto al contesto in cui ha avuto origine l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della teorica del contatto sociale, e di tanto l'interprete deve indubbiamente prenderne atto e trarne le doverose conseguenze, come pure, per onestà intellettuale e per doverosa completezza espositiva, non può sottacersi che l'affermarsi dell'interpretazione dell'art. 3 l. 189/2012 accolta dalla decisione qui in commento potrebbe far rientrare dalla finestra (cioè dietro sollecitazione delle strutture sanitarie stesse) ciò che il legislatore ha inteso far uscire dalla porta (cioè il ricorso serrato alla medicina difensiva), sollecitato dalle strutture sanitarie per mere ragioni economiche, ovvero di avere un'altra *deep pocket* su cui spalmare il peso degli eventuali risarcimenti, rappresentata dall'impresa assicuratrice del singolo professionista sanitario.

In tal caso, indubbiamente, ci si troverebbe di fronte ad un dilemma di ardua soluzione, con particolare riguardo alle strutture sanitarie pubbliche: lo spreco di risorse della collettività, legato ad un rinnovato incremento della pratica della medicina difensiva, con conseguente peggioramento, per tutti i cittadini, della qualità delle prestazioni sanitarie offerte dalle strutture medesime (provocato inevitabilmente dalla sottrazione di risorse che avrebbero meritato un ben diverso impiego), che rappresenta un danno concreto ed immediato, può essere giustificato dalla sola prospettiva – senza alcuna certezza, ed anzi meramente ipotetica – di un vantaggio *ex post* (ma quanto *post* non è dato

[136] Hazan, *La nuova assicurazione obbligatoria in sanità,* in *Danno e responsabilità*, 2013, I, 71 e ss.
[137] Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406, *cit.*
[138] Galati, *op. cit.,* 948.

sapere ed anzi, considerati i tempi medi di durata dei processi civili, non c'è affatto da essere fiduciosi) rappresentato dall'eventuale ripartizione, *pro quota* sulle rispettive ed accertate corresponsabilità, del peso degli eventuali risarcimenti? Assolutamente no, ad avviso di chi scrive, essendo inaccettabile, moralmente e soprattutto costituzionalmente, un simile ipotetico scambio,[139] dal momento che l'immediato pregiudizio al bene salute, tutelato *ex* art. 32 Cost., per la collettività intera, non è per nulla suscettibile di un reintegro a posteriori derivante da un ipotetico risparmio di spesa.

Invero, non può dubitarsi del fatto che i danni provocati alla salute di tutti i cittadini che, per effetto dello sperpero di risorse – invero già limitate – derivante da un rinnovato incremento (ove mai nelle more avesse a registrarsi, invece, quale effetto benefico dell'art. 3, l. 189/2012, un decremento di tale pratica) della pratica della medicina difensiva, abbiano ricevuto prestazioni sanitarie scadenti, insufficienti e comunque anche solo inadeguate,[140] non sono suscettibili di *restitutio in integrum*, per cui la loro tutela non potrà che avvenire, prevalentemente se non esclusivamente, in via preventiva, innalzando al massimo possibile lo standard delle prestazioni fornite dal S.S.N., e tanto potrà accadere solo aumentando le risorse a disposizione della sanità, sia per la formazione sia per le strutture ed i medicinali, percorso in cui il progressivo abbandono del ricorso alla medicina difensiva è suscettibile di svolgere un ruolo tutt'altro che trascurabile.

Allora, in questa prospettiva, l'intervento del legislatore, viste le finalità perseguite, è sicuramente da apprezzare nonostante la scelta, certo non facile, ma – è appena il caso di ricordarlo – sicuramente *consapevole*, di prendere le distanze dalla richiamata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della natura della responsabilità medica, evidentemente rivelatasi sistematicamente non coerente, o comunque, se non fuorviante, quantomeno insuscettibile di generalizzata applicazione dato che, per un verso, si è evidenziato in dottrina come non fosse sostanzialmente accettabile che il fenomeno della *malpractice* medica, in quanto suscettibile di produrre conseguenze sulla collettività intera, per la sua portata e per la sua percezione nel sentire sociale, fosse lasciato, per la sua regolamentazione, all'impulso creatore della giurisprudenza,[141] come se ci trovassimo in regime di *common law*; mentre, per altro verso, autorevole dottrina ha rilevato come l'intervento legislativo nella materia della liquidazione del danno sia sintomatico di un indubbio problema nel settore della responsabilità civile e della relativa regolamentazione, perché, all'evidenza, il compito lasciato, in prima istanza, ai giudici, di provvedere alla concreta determinazione del danno risarcibile, non ha avuto un esito soddisfacente.[142]

Può allora concludersi nel senso che il Legislatore, con la l. 189/2012, ha inteso correre ai ripari per rimediare, anche in questo settore, alle problematiche – per evidente incoerenza sistematica – originate dagli interventi creativi della giurisprudenza, e questo appare un monito da tenere ben presente, *pro futuro*, per evitare il ripetersi di simili interventi legislativi, a maggiore ragione in quanto, da ultimo, con il decreto legge sugli Enti Locali, approvato ad agosto 2015, sono stati previsti taglia alla sanità per 2,3 miliardi di euro, con il dichiarato intento, tra gli altri, di contrastare il fenomeno della medicina difensiva, attraverso il ricorso al parametro della appropriatezza delle prestazioni sanitarie, con particolare riguardo agli esami diagnostici e strumentali, che non devono risultare eccessivi rispetto alla patologia che si intende accertare, come ad esempio nel caso di una risonanza magnetica nucleare per indagare un mal di schiena, che costituisce una delle 180 prestazioni – su circa 1.700 – individuate come a rischio di abuso nel rimborso a carico del S.S.N., il cui costo potrà eventualmente essere richiesto, in restituzione, al medico che la abbia prescritta con leggerezza o comunque in assenza di una reale necessità.[143]

Tale scelta, tuttavia, ad avviso di scrive, lungi dall'essere risolutiva della problematica della riduzione della spesa sanitaria, soprattutto se considerata nel suo complesso, si rivela foriera di due potenziali (ma nemmeno tanto, invero) controindicazioni: i) innanzitutto, un elevato contenzioso tra i medici e le Regioni, sui cui la spesa sanitaria ricade; ii) *last but not least*, e verosimilmente costituisce il rischio maggiore, *ante omnia* per l'utente del S.S.N., quindi per noi tutti cittadini, ovvero che tale misura, volta a contrastare la medicina difensiva, ed in definitiva alla riduzione della spesa pubblica nel settore della sanità, provochi comunque un aumento di essa che rinviene sempre nel predetto settore la propria origine, dal momento che i medici, soprattutto quelli di base, per evitare contestazioni da parte delle A.S.L. cui fanno capo, potrebbero essere indotti – in piena buona fede, anche inconsciamente – a sottostimare le singole problematiche e, conseguentemente, o a non prescrivere esami e terapie anche nel caso in cui invece sia necessario, oppure a prescriverne

[139] Tra un pregiudizio certo ed attuale, da un lato, ed un beneficio ipotetico ed incerto, dall'altro, quasi si trattasse, tanto per utilizzare un termine caro ai cultori del diritto finanziario, di un *future*, avente ad oggetto, tuttavia, un bene, quale quello della salute, non negoziabile.

[140] Rispetto a quelle che avrebbero potuto ricevere (oltre ad averne pieno diritto) grazie a quelle ricorse invece sprecate a causa del proliferare della medicina difensiva.

[141] Gazzarra, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 1009.

[142] Ponzanelli, *L'applicazione degli artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, II, 145.

[143] Fonte: *http://www.corriere.it/salute/15_agosto_05/i-tagli-sanita-23-miliardi-stretta-prescrizioni-non-necessarie-28a65af4-3b38-11e5-b627-a24a3fa96566.shtml*.

di meno efficaci (soprattutto perché meno costosi per il S.S.N.) con l'evidente rischio di ricevere contestazioni, da parte dei pazienti, per danni provocati da omessa diagnosi e/o terapia, i cui costi si rifletterebbero inevitabilmente anche sulle A.S.L. e quindi sulle singole Regioni, vista anche la recente decisione della giurisprudenza di legittimità secondo cui, in caso di errore del medico convenzionato, sussiste sempre anche una responsabilità solidale della azienda sanitaria locale di riferimento, ai sensi dell'art. 1228 c.c.,[144] per cui non vi è chi non veda come quei maggiori costi della spesa sanitaria che si cerca di fare uscire dalla porta con provvedimenti legislativi del tipo di quello recentemente approvato, rischiano seriamente di rientrare – e non appare inverosimile ritenere addirittura maggiorati – dalla finestra, rappresentata, nel caso di specie, da un (ulteriore) aumento del contenzioso originato da ipotesi di *medical malpractices*.

[144] Cass., 27 marzo 2015, n. 6243, in *Danno e Resp.*, 2015, 7, 759.

Elia Scafuri
Avvocato

Il diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento degli aspiranti docenti con vecchio diploma magistrale

abstract

This article deals with the controversial issue concerning the aspiring teachers' right to be included in the exhausting school rankings (so-called G.a.e.), right based on the teaching diploma obtained within the school year 2001/2002. The attention is mainly focused on the jurisdictional issue and the conflicting jurisprudence related to that controversy due to the innovativeness of the above-mentioned matter.

keywords

Aspiring teachers, exhausting school rankings (G.a.e.), teaching diploma 2001/2002.

abstract

Il presente articolo ha ad oggetto la controversa questione inerente al diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento (cc.dd. G.a.e.) da parte di quei soggetti, aspiranti docenti, che abbiano conseguito il diploma magistrale entro l'anno scolastico 2001/2002. Ci si sofferma, in particolare, sulla questione della giurisdizione e sull'oscillante giurisprudenza in materia, stante la novità della problematica in esame.

parole chiave

Aspiranti Insegnanti, Le graduatorie ad esaurimento (G.a.e.), il diploma di insegnamento 2001/2002.

sommario

Premessa. – **1.** La posizione dei docenti in possesso del vecchio diploma magistrale e la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015. – **2.** I ricorsi successivi alla sentenza del Consiglio di Stato. – **3.** Sulla giurisdizione. – **4.** Sull'efficacia *erga omnes* della sentenza del Consiglio di Stato.

Premessa

La questione ad oggetto del presente articolo, che involge il diritto ad essere inclusi nelle graduatorie ad esaurimento (d'ora in avanti G.a.e.) da parte degli aspiranti docenti muniti di diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/2002 – ovvero antecedentemente all'istituzione del corso di laurea in Scienza della formazione – è stata esaminata partendo dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015[1] che ha riconosciuto il tanto agognato diritto ai docenti ricorrenti.

Un attimo prima di entrare nel vivo della controversia *de qua* è opportuna una breve premessa in merito alle graduatorie ad esaurimento e d'istituto – per quanto qui d'interesse – stante il continuo accavallarsi di aggiornamenti relativi alle stesse in un quadro tutt'altro che semplice[2].

Le G.a.e. costituiscono una delle fonti di reclutamento (del 50%) del personale docente a tempo indeterminato per le scuole dell'infanzia, primaria e secondaria: trattasi, dunque, di graduatorie utilizzate per le immissioni in ruolo dei docenti e del personale educativo.

Invero, l'accesso ai ruoli delle categorie di soggetti sopra richiamate avviene tramite il sistema c.d. del "doppio canale" per il quale:

1. il 50% dei posti viene coperto mediante concorso per titoli ed esami, ovvero attingendo dalle graduatorie di merito del concorso ai sensi dell'art. 399 del d.lgs. n. 297 del 1994[3];
2. il restante 50% dei posti viene coperto attingendo dalle graduatorie permanenti ai sensi dell'art. 401 dello stesso d.lgs. n. 297 cit.

Parallelamente alle graduatorie *de quibus* si pongono:

- le graduatorie di circolo, per la scuola materna ed elementare o primaria;
- le graduatorie di istituto (per la scuola secondaria) tenute dai singoli enti scolastici ed utilizzate per il conferimento delle *supplenze* da parte dei dirigenti dell'istituzione scolastica.

Per quanto qui rileva, le G.a.e. sono ripartite in tre fasce, alle quali se ne aggiunge un'altra detta, per meri fini pratici,"quarta fascia":

a) la prima ingloba gli aspiranti docenti inclusi in due province che siano in possesso dell'abilitazione o dell'idoneità e del requisito di 360 giorni di servizio conseguito entro la data del 13 maggio del 1996;

[1] Cfr. sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, del 16 aprile 2015, n. 1973/2015.

[2] Per una panoramica più ampia sull'argomento si veda: Di Lalla, in *orizzontescuola.it*, articolo del 24 marzo 2014.

[3] Testo Unico in materia di Istruzione, decreto legislativo del 16 aprile 1994 n. 297, in G.U. del 19/05/1994.

b) la seconda include gli aspiranti in possesso dell'abilitazione o dell'idoneità ed in possesso del requisito di 360 giorni di servizio conseguito entro la data del 25 maggio del 1999;
c) la terza racchiude gli aspiranti in possesso del requisito dell'abilitazione o dell'idoneità (conseguito tramite: concorso a cattedre e posti per titoli ed esami indetto con i dd.mm. del 6 aprile 1999 per la scuola dell'infanzia, del 2 aprile 1999 per la scuola primaria, del 1 aprile 1999 per la scuola secondaria; corso Ssis, Scuola di Specializzazione all'Insegnamento Secondario o Cobaslid, corsi biennali abilitanti di II livello ad indirizzo didattico; sessioni riservate di cui alla legge 124/99[4], indette con OO.MM. 153/99, 33/2000, 1/2001; corso di Didattica della Musica; Scienze della Formazione primaria; Corsi speciali della legge 143/04[5]: dd.mm. nn. 100/2004, 21/2005, 85/2005; corso di II livello presso i Conservatori o Istituti Musicali pareggiati; titolo abilitante conseguito in uno Stato membro dell'Unione Europea e riconosciuto dal Ministero; docenti abilitati nelle sessioni riservate indette antecedentemente alla legge n. 124/99 cit.);
d) la quarta, istituita come sopra accennato nell'a.s. 2012/13 in base al d.m. n. 53/12[6], include quei docenti che negli anni 2008/09, 2009/10 e 2010/11 abbiano conseguito l'abilitazione dopo aver frequentato: i corsi biennali abilitanti di secondo livello ad indirizzo didattico (Cobaslid); il secondo e il terzo corso biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A; i corsi di laurea in Scienze della formazione primaria.

Accanto alle G.a.e. si pongono le graduatorie d'istituto[7], anch'esse ripartite in:

- prima fascia: in cui sono inseriti tutti gli aspiranti già iscritti, a pieno titolo o con riserva, nella I, II, III e IV fascia delle graduatorie ad esaurimento per gli anni 2014-17;
- seconda fascia: in cui sono inseriti coloro che, sebbene abilitati, non siano previamente inseriti nelle G.a.e. (i titoli di abilitazione validi sono: l'abilitazione conseguita con concorso ordinario, precedente a quello indetto con d.m. n. 82/2012[8], o corso riservato; l'abilitazione conseguita tramite Ssis o Cobaslid; l'abilitazione conseguita con corso biennale di II livello presso i Conservatori di musica e gli Istituti musicali pareggiati per le classi 31/A e 32/A e di strumento musicale; l'abilitazione conseguita in uno degli Stati dell'Unione Europea e riconosciuta con provvedimento direttoriale ai sensi delle Direttive comunitarie 2005/36 e 2006/100/CE, recepite con decreto legislativo n. 206/2007[9], dopo aver conseguito il Celi 5doc[10]. Possono accedervi, inoltre: gli aspiranti col requisito della cittadinanza italiana o comunitaria che siano in possesso dell'idoneità o abilitazione conseguita in paesi extracomunitari e riconosciuta con provvedimento direttoriale ai sensi dell'art. 49 del d.P.R. n. 394/1999[11]; i soggetti in possesso di seguenti titoli: laurea in Scienze della formazione primaria indirizzo scuola dell'infanzia, laurea in Scienze della formazione indirizzo scuola primaria; abilitazione conseguita con TFA, tirocinio formativo attivo, ordinario; per l'abilitazione da conseguire con percorso abilitante speciale, c.d. PAS, si rimanda alle specifiche disposizioni contenute all'interno del decreto 2014-17, ipotesi riserva; per quanto riguarda il valore abilitante del diploma magistrale conseguito entro l'a.s. 2001/02 per infanzia e primaria, il d.P.R. in esecuzione del parere del Consiglio di stato n. 4929/2012 di cui si dirà *infra*, prevede per i docenti in possesso del diploma di maturità Magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, la possibilità di inserimento nella II fascia delle graduatorie di circolo e di istituto della scuola dell'infanzia e primaria; per le graduatorie 31A e 32 occorre l'abilitazione conseguita con diploma di didattica della musica oltre al diploma di scuola secondaria di II grado e al diploma di Conservatorio conseguito sia ai sensi

[4] Legge 3 maggio 1999, n. 124, "*Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico*" (in G.U. del 10 maggio 1999, n. 107).
[5] Legge 4 giugno 2004, n. 143, "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, recante disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami di Stato e di Università*" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 130 del 5 giugno 2004.
[6] D.m. n. 53 del 14 giugno 2012 – integrazione delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo, di cui al D.M. 44 del 12 maggio 2011, ai sensi dell'articolo 14 commi 2-*ter* e 2-*quater* della legge n. 14/2012 per il biennio 2012/2014.
[7] Per le graduatorie d'Istituto il titolo di accesso deve essere in possesso dell'aspirante entro il termine di scadenza per la presentazione della domanda.
[8] D.m. n. 82/2012, "*Indizione dei concorsi a posti e cattedre, per titoli ed esami, finalizzati al reclutamento del personale docente nelle scuole dell'infanzia, primaria, secondaria di I e II grado*" (G.U. 25.09.2012, n. 75).
[9] Decreto legislativo 9 novembre 2007 n. 206, "*Attuazione della direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, nonché della direttiva 2006/100/CE che adegua determinate direttive sulla libera circolazione delle persone a seguito dell'adesione di Bulgaria e Romania*", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 261 del 9 novembre 2007 - Supplemento ordinario n. 228.
[10] Il Celi 5doc attesta la conoscenza della lingua italiana al livello C2 del *Common European Framework*.
[11] D.P.R. 31 agosto 1999, n. 394, "*Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*" (G.U. n. 258 del 3 novembre 1999 - Suppl. Ordinario n. 190).

della legge 508/99[12] che dell'ordinamento precedente);
- terza fascia: in cui sono inseriti gli aspiranti forniti del titolo di studio valido per l'accesso all'insegnamento richiesto.

Tanto premesso, la principale differenza che intercorre tra i due tipi di graduatoria – che rileva nel caso di qui a poco esaminato – riguarda le rispettive funzioni:

a. le G.a.e. sono utilizzate non solo per il conferimento delle supplenze (fino al 31 agosto o 30 giugno), ma altresì per il 50% delle immissioni in ruolo annualmente disposte;
b. le graduatorie di istituto sono utilizzate dai dirigenti scolastici esclusivamente per l'assegnazione di supplenze (più o meno lunghe).

1. La posizione dei docenti in possesso del vecchio diploma magistrale e la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015

Solo di recente, con la sentenza n. 1973 del 16 aprile 2015[13], i Giudici del Palazzo Spada hanno riconosciuto la possibilità per i laureati con il vecchio diploma magistrale, conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, di essere inseriti nelle rispettive graduatore ad esaurimento.

Invero, antecedentemente a tale pronuncia, il suddetto diploma magistrale consentiva l'inserimento dei docenti esclusivamente nelle graduatorie d'istituto e non in quelle permanenti, divenute ad esaurimento dal 2006[14] in poi, impedendo di fatto a diverse migliaia di docenti precari di aspirare alla tanto agognata stabilità.

Un passo in avanti sulla questione era stato fatto con il parere del Consiglio di Stato (n. 4929/2012)[15] a seguito di un ricorso straordinario al Capo dello Stato risoltosi favorevolmente nei confronti dei ricorrenti. Il suddetto parere veniva poi recepito con d.P.R. del 25 marzo 2014[16] di accoglimento del ricorso *de quo.*

In particolare, il ricorso straordinario al Capo dello Stato aveva ad oggetto l'impugnazione:
- del decreto del Ministero dell'Istruzione n. 44 del 12 maggio 2011[17], nella parte in cui non consentiva l'inserimento delle parti ricorrenti nella terza fascia nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente avente titolo all'insegnamento;
- del decreto ministeriale n. 62 del 13 luglio 2011[18] nella parte in cui, disponendo che nelle graduatorie di circolo e di istituto non potesse essere inserito in prima e in seconda fascia il personale docente non presente nella graduatoria ad esaurimento, escludeva i docenti in possesso del diploma di scuola o di istituto magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

Il d.P.R. del 25 marzo 2014, di accoglimento del ricorso straordinario *de quo*, faceva integrale rinvio al parere n. 4929 espresso dal Consiglio di Stato, sez. II, nell'adunanza del 5 giugno 2013.

Invero, in quella sede i giudici amministrativi in funzione consultiva avevano considerato illegittimo il d.m. n. 62/2011 «...nella parte in cui non parifica ai docenti abilitati coloro che abbiano conseguito entro l'anno 2001-2002 la c.d. abilitazione magistrale, inserendoli nella III fascia della graduatoria di istituto e non nella II fascia. (...) La disposizione è affetta da evidente eccesso di potere, in quanto contrastante con tutte le disposizioni di legge e di rango secondario, che sanciscono la natura abilitante del titolo conseguito negli istituti magistrali a seguito di regolare corso di studio. In altri termini, prima dell'istituzione della laurea in Scienza della formazione, il titolo di studio attribuito dagli istituti magistrali al termine di corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali di istituto magistrale (per la scuola dell'infanzia) o al termine dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale (per la scuola primaria) dovevano considerarsi abilitanti, secondo l'art. 53 r.d. 6 maggio 1923, n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16 aprile 1994, n. 297. Ciò è sancito inoltre dal d.m. 10 marzo 1997, dall'art. 15, comma 7, del d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323, ed infine, recentemente, ai fini dell'ammissione al concorso a cattedre, dal d.d.g. n. 82 del 24 settembre 2012. Pertanto sotto questo profilo il ricorso deve essere accolto ed annullato il d.m. n. 62 del 2011, nella parte in cui esclude dalla II fascia delle graduatorie di circolo e di istituto gli aspiranti in possesso di maturità magistrale abilitante conseguita entro l'anno scolastico 2001/2002».

[12] Legge 21 dicembre 1999, n. 508, "*Riforma delle Accademie di belle arti, dell'Accademia nazionale di danza, dell'Accademia nazionale di arte drammatica, degli Istituti superiori per le industrie artistiche, dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati*" (G.U. n. 2 del 4 gennaio 2000).

[13] Invero, la sentenza in esame è stata seguita dalla più recente pronuncia del 3 agosto 2015, n. 3788, sez. VI, del Consiglio di Stato che ha ordinato alle Amministrazioni scolastiche l'inserimento nelle G.a.e. dei numerosi docenti ricorrenti. Per un approfondimento si veda: Enrico Michetti, su *ilquotidianodellaP.a.it*, del 1 settembre 2015.

[14] La legge 296/06 (legge 27 dicembre 2006, n. 296, "*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*", legge finanziaria 2007, in G.U. n. 299 del 27 dicembre 2006) ha trasformato le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento: pertanto non sono più previsti nuovi inserimenti.

[15] Parere n. 4929/2012 espresso dal Consiglio di Stato, sez. II, nell'adunanza del 5 giugno 2013.

[16] D.P.R. del 25 marzo 2014, "*Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica promosso dalla sig.ra Alcuri Giuseppa ed altri*" (G.U. Serie Generale n.111 del 15-5-2014).

[17] D.m. n. 44 del 12 maggio 2011, recante disposizioni per l'integrazione e l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il biennio scolastico 2011/12 e 2012/13.

[18] D.m. n. 62 del 13 luglio 2011, "*Graduatorie di circolo e d'istituto personale docente ed educativo a.s. 2011-2014*".

Pertanto, nell'adeguarsi al citato parere del Consiglio di Stato, il Ministero emanava:

- il D.m. n. 235 del 1 aprile 2014[19], contenente le disposizioni sull'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il personale docente ed educativo per il triennio 2014/2017, che non prevede analogo riconoscimento a favore dei diplomati magistrali;
- il D.m. n. 353 del 22 maggio 2014[20] attraverso il quale nell'emettere le disposizioni per la presentazione delle domande da parte degli aspiranti per la costituzione delle graduatorie di circolo e di istituto per l'anno scolastico 2014/2015, ammetteva anche i diplomati magistrali ante anno scolastico 2001/2002 alla presentazione delle domande per l'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto.

Di qui un nuovo contenzioso che vedeva dapprima il rigetto della domanda attorea da parte del Tar e, successivamente, l'accoglimento della stessa da parte del Consiglio di Stato in sede di appello.

Il giudizio si concludeva, dunque, con la sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015 (più volte richiamata) che vale la pena riportare nella parte che qui rileva: «L'appello è fondato. (...) ferma restando la giurisdizione del giudice amministrativo, essendo le censure formulate attinenti ai criteri generali di formazione delle graduatorie (...) Questo Collegio ritiene, peraltro, che sussista l'attualità dell'interesse degli originari ricorrenti ai quali, in precedenza, non è stato consentito di formulare la domanda di inserimento nelle graduatorie permanenti (ora ad esaurimento) riservate ai docenti muniti di abilitazione, in quanto il diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001-2002, è stato considerato titolo abilitante solo a partire dall'intervento del Consiglio di Stato, il cui parere è stato formalizzato dal d.P.R. del 25 marzo 2014. Quest'ultimo, riconoscendo il citato diploma come abilitante a tutti gli effetti di legge, ha consentito così agli attuali appellanti di presentare la predetta domanda di inserimento in graduatoria. Questo Collegio ritiene, altresì, che la sentenza impugnata manifesti profili di contraddittorietà tra il chiesto dai ricorrenti originari e il pronunciato dal primo giudice, dal momento che, in effetti, non vi è mai stata la pretesa all'applicazione, in via analogica, del citato parere del Consiglio di Stato da cui deriva il riconoscimento del valore abilitante del diploma magistrale, solo a tali fini rievocato dagli attuali appellanti. Ora, se è incontestabile che con il decreto ministeriale n. 325/2014, sulla base del citato parere, è stato riconosciuto a tutti i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, di accedere alla seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, è altrettanto indubitabile che, nel ricorso in primo grado, gli attuali appellanti abbiano evidenziato che la loro richiesta non era tesa all'inserimento nella seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto, inserimento peraltro già acquisito per quanto detto innanzi, ma all'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti, ora ad esaurimento, cioè nelle graduatorie costituite ai sensi dell'articolo 401 del decreto legislativo n. 297/94, riservate ai docenti muniti di abilitazione e utilizzate per l'assunzione a tempo indeterminato, in ragione del cinquanta per cento dei posti autorizzati annualmente dal Ministero. Ora, non sembra, altresì, esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero già in possesso del titolo abilitante. Il fatto che tale abilitazione sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali. Conseguentemente, risulta valida la stessa presentazione delle citate domande di inserimento presentate nei termini che decorrono dalla effettiva conoscenza, da parte dei ricorrenti originari, della lesività dell'atto impugnato. Risulta, altresì, fondata la pretesa allo stesso inserimento nella terza fascia delle medesime graduatorie, la stessa fascia in cui gli attuali appellanti avrebbero dovuto essere inseriti qualora il titolo abilitante fosse stato loro riconosciuto in precedenza dal Ministero il quale, anche dopo il riconoscimento, ha però singolarmente continuato a non riconoscerlo per l'iscrizione in tali graduatorie e lo ha riconosciuto soltanto ai fini dell'iscrizione nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato. In tal senso, i criteri fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui hanno precluso ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti ora ad esaurimento, sono illegittimi e vanno annullati. 2. In conclusione, l'appello è fondato e va accolto e gli appellanti vanno inseriti nella terza fascia delle citate graduatorie permanenti, ora ad esaurimento».

La sentenza, che rappresenta un passo in avanti decisivo a favore dei tanti docenti precari in attesa di una stabilizzazione, ha messo in luce degli aspetti della questione su cui vale la pena soffermarsi:

1. ad avviso del Collegio giudicante, dato che «i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad

[19] D.m. del 1 aprile 2014 n. 235, "*Aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educative, valevoli per il triennio scolastico 2014/15, 2015/16 e 2016/17*" (nota prot. 999 del 9 aprile 2014).

[20] D.m. n. 353 del 22 maggio 2014 relativo all'aggiornamento delle Graduatorie di Circolo e di Istituto valevoli per gli anni scolastici 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017.

esaurimento» erano già in possesso del titolo abilitante, «il fatto che tale abilitazione sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito della pronuncia del Consiglio di Stato, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali»;

2. conseguentemente, la pretesa all'inserimento nelle G.a.e. da parte dei docenti appare fondata in quanto «gli attuali appellanti avrebbero dovuto essere inseriti qualora il titolo abilitante fosse stato loro riconosciuto in precedenza dal Ministero il quale, anche dopo il riconoscimento, ha però singolarmente continuato a non riconoscerlo per l'iscrizione in tali graduatorie e lo ha riconosciuto soltanto ai fini dell'iscrizione nelle graduatorie d'istituto valide per il conferimento delle supplenze brevi e non per l'assunzione a tempo indeterminato»;
3. in tal senso, dunque, la sentenza riconosce che «i criteri fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui hanno precluso ai docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti ora ad esaurimento, sono illegittimi e vanno annullati» e dichiara che i docenti appellanti «vanno inseriti nella terza fascia delle citate graduatorie permanenti, ora ad esaurimento».

2. I ricorsi successivi alla sentenza del Consiglio di Stato

Alla luce della suddetta sentenza numerosi aspiranti docenti in possesso del vecchio diploma magistrale hanno agito in giudizio al fine di vedersi inseriti nelle rispettive graduatorie provinciali ad esaurimento.

La quasi totalità di essi, tuttavia, ha visto il proprio ricorso rigettato per i motivi che si esporranno *infra* (tra i numerosi provvedimenti presi a riferimento: ordinanza del Tribunale ordinario di Trieste, sez. lavoro, n. 1674/2015, r.g. n. 462/2015; provvedimento del Tribunale ordinario di Modena, sez. lavoro civile, n. 3121/2015, r.g. n. 668/2015; provvedimento del Tribunale ordinario di Larino, sez. lavoro, n. 1144/2015, r.g. n. 273/2015; provvedimento del Tribunale ordinario di Arezzo, sez. lavoro, n. 3658/2015, r.g. n. 942/2015; provvedimenti del Tribunale ordinario di Torino, sez. lavoro, n. 16109/2015, r.g. n. 4381/2015 -1 e n. 16220/2015, r.g. n. 4782/2015 -1; ordinanza del Tribunale della Spezia n. 2855/2015, r.g. 624/2015; ordinanza del Tribunale ordinario di Ferrara, sez. lavoro, n. 1465/2015, r.g. 465/2015; ordinanze del Tribunale ordinario di Genova, sez. lavoro, n. 3683/2015, r.g. 2499/2015 -1 e n. 3685/2015 r.g. 2350/2015 -1; provvedimento del Tribunale ordinario di Ascoli Piceno, sez. lavoro, n. 3832/2015, r.g. n. 749/2015 -1; provvedimento del Tribunale ordinario di Campobasso, sez. lavoro, n. 2181/2015, r.g. n. 515/2015 -1; provvedimento del Tribunale ordinario di Ancona, n. 3438/2015, r.g. 951/2015; ordinanza n. 3899/2015, r.g. 1330/2015; ordinanze del Tribunale di Mantova del 10 giugno 2015, r.g. 225/2015 e 16 luglio 2015, r.g. 2672/2015; provvedimento del Tribunale di Alessandria del 13 luglio 2015, r.g. 808/2015; ordinanza del Tribunale ordinario di Fermo del 4 agosto 2015, r.g. 368/2015; ordinanza del Tribunale ordinario di Udine, sez. lavoro, del 31 luglio 2015, r.g. 516/2015; provvedimenti del Tribunale ordinario di Venezia del 14 luglio 2015, r.g. 1357/2015 -1 e del 15 luglio 2015, r.g. n. 1327/2015 -1; ordinanza del Tribunale di Teramo, sez. lavoro, n. 5103/2015, r.g. 1311/2015; provvedimento del Tribunale di Belluno del 22 luglio 2015, r.g. 167-1/2015).

A meri fini chiarificatori, occorre soffermarsi, seppur brevemente, sulla vicenda fattuale sottesa ai provvedimenti sopra menzionati.

Gli attori, vertendo in posizioni del tutto analoghe, assumevano di essere stati inseriti nelle rispettive graduatorie di circolo e di istituto – che, come si diceva poco sopra, possono essere utilizzate esclusivamente per supplenze brevi – lamentando che in tal modo, nel piano di stabilizzazione previsto nel decreto "buona scuola"[21], la loro assunzione sarebbe stata posposta ai docenti iscritti, invece, nelle graduatorie ad esaurimento dalle quali gli stessi erano stati esclusi nonostante il possesso di un diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

In particolare, gli attori chiedevano al Tribunale ordinario territorialmente competente – previa disapplicazione del d.m. n. 235/2014 (che ha previsto la possibilità di aggiornare la posizione in graduatoria per i soli docenti già inseriti nelle stesse, escludendo quindi i ricorrenti) – dichiararsi il loro diritto all'inserimento nelle G.a.e. provinciali valide per gli anni 2014/2017 per le rispettive classi di concorso e con i rispetti punteggi.

Sulla scia della suddetta sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015, che ad avviso degli attori aveva eliminato la norma impeditiva in via generale del diritto all'inclusione degli stessi nelle G.a.e., i docenti chiedevano di esservi iscritti.

Le Amministrazioni scolastiche convenute richiamavano il suddetto d.P.R. del 25 marzo 2014 di accoglimento del ricorso straordinario al Capo dello Stato osservando che quest'ultimo:

a. da un lato – mutuando il precedente parere del Consiglio di Stato (n. 3813/2013) – aveva ritenuto fondato il ricorso quanto all'inserimento dei docenti abilitati magistrali nella seconda fascia delle graduatorie di circolo e di istituto;
b. dall'altro, con riguardo alla G.a.e. (cui si riferiscono i ricorsi in esame), si era espresso negativamente. Tant'è che sul punto i Giudici di Palazzo Spada

[21] Legge 13 luglio 2015, n. 107, "*Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*", G.U. Serie Generale n. 162 del 15 luglio 2015.

avevano affermato: «A ben guardare l'infondatezza della questione sollevata, nel senso di rivendicare il diritto di quanti abbiano conseguito l'abilitazione magistrale entro l'anno 2001-2002, può derivare esclusivamente dal fatto che gli stessi soggetti non erano inseriti nelle graduatorie permanenti, di cui all'art. 1 d.l. 7 aprile 2004, n. 97, e non si trovavano in una delle situazioni transitorie ai fini del conseguimento del titolo abilitante, che la legge stessa prende in considerazione per l'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento. Pertanto, se si ritiene illegittima la loro mancata inserzione nelle suddette graduatorie permanenti, che vengono a formare le graduatorie ad esaurimento, il ricorso è tardivo; se, invece, si vuole che l'acquisizione, medio tempore e successiva all'entrata in vigore della legge n. 296 del 2006, da parte di soggetti in possesso di abilitazione magistrale degli altri requisiti idonei a consentirne l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento debba consentire l'apertura di queste ultime graduatorie, la questione è infondata visto che la legge non consente l'aggiornamento se non in ipotesi specificamente determinate».

In definitiva, le Amministrazioni scolastiche convenute, sostenendo la correttezza del proprio operato, eccepivano l'erroneità dell'assunto – prospettato dagli aspiranti docenti – per cui già con il suddetto decreto il diploma magistrale sarebbe divenuto titolo per l'iscrizione nelle graduatorie provinciali ad esaurimento.

Delineati sommariamente i fatti sottesi ai provvedimenti in esame, vale la pena analizzare la controversia da almeno due punti di vista.

In primis, occorre soffermarsi sulla giurisdizione in materia, questione tutt'altro che pacifica, come si dirà di qui a poco. Sul punto è facile osservare la circostanza, quasi paradossale, per cui gli aspiranti docenti, pur reclamando la pretesa ad essere inseriti nelle G.a.e. innanzi ad un Giudice ordinario – in funzione del Giudice del lavoro – ponevano a fondamento della propria pretesa la suddetta sentenza del Consiglio di Stato (n.1973/2015) che in un caso del tutto analogo a quello di specie affermava la propria giurisdizione, e dunque la giurisdizione in materia del Giudice amministrativo.

Appare interessante, inoltre, chiedersi se la detta pronuncia del Consiglio di Stato – posta a fondamento delle pretese dei docenti ricorrenti – sia dotata di validità *erga omnes* e sia dunque correttamente richiamata dagli stessi, che non erano certamente parte del giudizio sfociato nel provvedimento *de quo.*

3. Sulla giurisdizione

La questione della giurisdizione in materia, tutt'altro che pacifica in giurisprudenza, è riferita all'interpretazione del citato art. 63 del d.lgs. n. 165/2001[22] che stabilisce: «1. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. 2. *Omissis* 3. *Omissis*. 4. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

La giurisprudenza delle sezioni unite della Suprema Corte è stata più volte investita della decisione su regolamenti di giurisdizione effettuati in materia di inserimento di aspiranti all'insegnamento in graduatorie ed ha stabilito il principio per cui le procedure relative alla formazione e all'aggiornamento delle graduatorie devono di regola ritenersi ricadere nella giurisdizione del giudice ordinario perché vengono in considerazione atti assunti dalla Pubblica Amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato ai sensi dell'art. 5, 2° comma, del citato testo unico sul pubblico impiego. Pertanto, trattandosi di atti di c.d. "*gestione*" del rapporto assimilabili al potere organizzativo del datore di lavoro privato, la posizione giuridica eventualmente lesa è di diritto soggettivo e va quindi tutelata avanti al giudice ordinario.

Tuttavia, l'ordinanza 27991/2013[23] delle Sezioni Unite ha evidenziato come non in ogni caso in cui si faccia questione del diritto o meno all'inserimento nelle graduatorie può ravvisarsi la giurisdizione del giudice ordinario atteso che, qualora si frapponga all'esercizio del diritto una regolamentazione amministrativa – con disposizioni generali ed astratte – di cui si contesta la legittimità, si pone una domanda in relazione alle «… graduatorie ad esaurimento al fine di ottenere l'annullamento di tale regolamentazione in parte qua (...) e non la singola collocazione del docente in una determinata graduatoria, eventualmente previa disapplicazione degli atti amministrativi presupposti,

[22] D. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (c.d. Testo Unico sul pubblico impiego), "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", in G.U. n. 106 del 9-5-2001.

[23] Ordinanza della Cassazione civile del 24 settembre 2013 n. 27991.

anche eventualmente di natura normativa subprimaria». Ad avviso della S.C., in tal caso, la giurisdizione non può che essere del Giudice amministrativo.

Tanto premesso in via generale, nei numerosi provvedimenti esaminati gli aspiranti docenti chiamavano in giudizio le rispettive Amministrazioni scolastiche innanzi al Tribunale ordinario competente, in funzione del Giudice del lavoro, ritenendo che il diritto in contestazione – l'inserimento degli stessi nelle G.a.e. – rappresentasse una situazione di diritto soggettivo.

Sotto tale aspetto, infatti, gli attori non domandavano l'annullamento del d.m. n. 235/2014 (il quale ha previsto la possibilità di aggiornare la propria posizione in graduatoria ai soli docenti già inseriti nelle stesse, escludendo quindi i ricorrenti) ma la disapplicazione del medesimo.

Diversi Tribunali non hanno ritenuto convincente tale argomento e, dunque, hanno affermato in materia la giurisdizione del Giudice amministrativo. In particolare, appare interessante analizzare il provvedimento del Tribunale di Torino che si è dapprima interrogato sul *petitum* sostanziale, ovvero sul bene della vita aspirato dai docenti, per poi soffermarsi sulla giurisdizione in materia.

Come si può leggere nel provvedimento del 24 luglio 2015 n. 16220/2015, l'Autorità giudicante ha affermato: «In primo luogo, indubbiamente non si può determinare la giurisdizione del giudice ordinario o amministrativo sulla base della richiesta di disapplicazione o di annullamento di un atto amministrativo che si ritiene lesivo: se si dovesse interpretare in tal modo il discrimine tra le due giurisdizioni, la scelta dell'uno o dell'altro giudice sarebbe rimessa ad una mera facoltà del soggetto che agisce in giudizio. La decisione in merito alla giurisdizione si deve fondare, come stabiliscono le sezioni unite della Cassazione fin quanto meno dall'inizio degli anni 60, sull'individuazione del *petitum* sostanziale, ossia il bene della vita o il risultato utile cui aspira il ricorrente. Nel caso di specie, è evidente che non si possa ritenere che il bene della vita cui mirano i ricorrenti sia la mera possibilità di presentare la domanda di inserimento nelle graduatorie: la relativa conclusione del ricorso appare essere più che altro un escamotage per fondare la giurisdizione del giudice ordinario. Infatti, se si interpretano le conclusioni del ricorso nel senso di chiedere l'autorizzazione a presentare una domanda, è evidente la carenza di interesse ad agire, poiché non è sicuramente necessaria l'autorizzazione giudiziale a effettuare un atto materiale pienamente lecito. È quindi evidente che l'interesse degli odierni ricorrenti non sia quello di ottenere una autorizzazione a presentare la domanda di inserimento (che potevano inviare in ogni momento), ma quello di ottenere una pronuncia che imponga alle amministrazioni convenute di prendere in considerazione ed accettare tale domanda al fine di procedere al loro inserimento nelle graduatorie. Individuato il *petitum* sostanziale, occorre quindi valutare se si tratti di un'ipotesi sottoposta alla giurisdizione del giudice ordinario o, come appare invece decisamente più condivisibile, se la controversia debba essere radicata di fronte al giudice amministrativo (...) Gli odierni ricorrenti non affermano di essere stati illegittimamente esclusi dalle graduatorie sulla base di un errato utilizzo dei criteri che presiedono alla formazione delle stesse; al contrario, contestano alla radice la legittimità degli atti amministrativi di carattere generale che le hanno previste. Non si mette quindi in discussione l'agire dell'amministrazione nell'applicare, al loro caso concreto, i principi che sono stati previsti dalle norme per la redazione delle graduatorie ma, a monte, la legittimità dell'atto di carattere generale che ha escluso che potessero essere inseriti all'interno delle graduatorie (prima permanenti poi) ad esaurimento i soggetti privi di abilitazione, ossia il d.m. 235/2014 e i decreti ministeriali di analogo contenuto che lo hanno preceduto".

Continuando, il Tribunale ha osservato che "(...) la situazione in cui sussiste la giurisdizione del giudice ordinario è quella in cui il lavoratore, lamentando l'errata applicazione nei propri confronti di regole generali e astratte di cui non contesta la legittimità, ed anzi le indica quale presupposto del proprio diritto, azioni una posizione soggettiva di diritto soggettivo che può comportare, da parte del giudice ordinario, la disapplicazione dell'atto amministrativo viziato che ostacola la realizzazione del diritto stesso. La situazione in cui versano gli odierni ricorrenti è quella, del tutto diversa, in cui le norme generali e astratte poste alla base della formazione delle graduatorie, e quindi quelle regole che guidano l'agire dell'amministrazione, sono contestate in quanto ritenute illegittime: in questo caso la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo, al quale spetta il sindacato generale di legittimità sugli atti amministrativi e sull'utilizzo, corretto o meno, della discrezionalità da parte della Pubblica Amministrazione. L'applicabilità dell'ordinanza citata al caso in esame è indubbia, in quanto nel caso richiamato la Corte di cassazione aveva deciso una situazione del tutto analoga a quella odierna, poiché il decreto ministeriale ivi oggetto di critica (d.m. 44/2011) non è che un antecedente del d.m. 235/2014 con contenuto sostanzialmente identico quest'ultimo».

Concludendo, il Tribunale di Torino ha evidenziato la peculiarità della circostanza cui si accennava poco sopra, con riguardo alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015 richiamata dai docenti a fondamento della propria pretesa: «Singolare poi è la circostanza che i ricorrenti richiamino, quale precedente favorevole, una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa il quale si era occupato della medesima vicenda, riconoscendo la propria giurisdizione. In sede di discussione, il difensore ricorrente ha tentato di introdurre delle distinzioni tra le due vicende pro-

cessuali, ma è sufficiente confrontare il dispositivo della sentenza del Consiglio di Stato con le conclusioni dell'odierno ricorso per accorgersi che è stata accolta una domanda del tutto analoga, mediante l'ordine alla pubblica amministrazione di iscrivere i ricorrenti delle graduatorie ad esaurimento».

Sulla carenza di giurisdizione del Giudice ordinario nel caso di specie, si vedano anche l'ordinanza del Tribunale ordinario di Mantova del 16 luglio 2015 (r.g. 2672/2015), di conferma della la precedente ordinanza del 10 giugno 2015 (r.g. 225/2015), e il provvedimento del Tribunale di Belluno del 22 luglio 2015, (nel giudizio recante r.g. 167-1/2015).

La questione – come si diceva – non è pacifica, tant'è che diversi Tribunali ordinari hanno affermato la propria giurisdizione in materia.

In particolare, il Tribunale ordinario di Firenze, con ordinanza del 7 agosto 2015 (nel giudizio recante r.g. n. 462/2015) ha osservato sul punto: «Parte attrice pertanto nella propria prospettazione assume di avere diritto all'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, in ragione dell'annullamento operato dal Consiglio di Stato che avrebbe eliminato la norma impeditiva in via generale. Parte attrice quindi non contesta i criteri di formazione della graduatoria ma assume di aver diritto all'inserimento in ragione del proprio diploma magistrale che già la legge istitutiva delle graduatorie provinciali aveva dichiarato e ritenuto essere un titolo di abilitazione all'insegnamento. Pertanto, ritenuto che la richiesta è di accertamento di un diritto, rispetto al quale gli atti di diniego dell'amministrazione assumono natura e contenuto di atti di gestione del rapporto di lavoro assunti con la capacità di un privato cittadino, e quindi di collocazione nella graduatoria, senza alcuna fase concorsuale, anche in ragione di quanto statuito in merito non da ultimo da Cass. sez. un. n. 16756/14, deve essere affermata la giurisdizione del G.O. adito (cfr. tra le altre, Cass. sez. un. 27991/2013; 9 agosto 2010 n. 18479; Cass. sez. un. 28 luglio 2009 n. 17466; Cass. 13 febbraio 2008 n. 3399)».

Dello stesso avviso il Tribunale ordinario di Fermo con ordinanza del 4 agosto 2015 (nel giudizio recante r.g. n. 368/2015) in cui si può leggere, a pag. 1, «Preliminarmente, con riferimento alla giurisdizione di questo Tribunale (...) è sufficiente richiamare il consolidato orientamento delle sezioni unite della Corte di cassazione (sez. un. n. 16756/14; conf. sez. un. nn. 27991/2013, 18479/2010, 17466/2009 e 3399/2008), secondo cui le controversie relative all'inserimento nelle graduatorie permanenti del personale della scuola appartengono alla cognizione del giudice ordinario in quanto oggetto del giudizio sono atti assunti con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, di fronte alle quali sono, quindi, configurabili diritti soggettivi".

Ancora, nello stesso senso, si vedano: il provvedimento del Tribunale ordinario di Modena, sez. lavoro civile, n. 3121/2015 (recante r.g. n. 668/2015), l'ordinanza del Tribunale di Teramo, sez. lavoro, n. 5103/2015 (r.g. 1311/2015), il provvedimento del Tribunale ordinario di Larino, sez. lavoro, n. 1144/2015 (r.g. n. 273/2015), l'ordinanza del Tribunale della Spezia n. 2855/2015 (r.g. 624/2015) e l'ordinanza del Tribunale ordinario di Ferrara, sez. lavoro, n. 1465/2015 (r.g. 465/2015).

È palese, pertanto, che sul punto la giurisprudenza sia del tutto oscillante, stante la novità della questione in esame.

Tuttavia, in attesa di un definitivo assestamento in materia, la giurisprudenza che propende per la giurisdizione del Giudice amministrativo – guardando al *petitum* sostanziale, ovvero al bene della vita aspirato dalla suddetta categoria di soggetti, che è certamente l'inserimento nelle graduatorie scolastiche ad esaurimento – appare maggiormente soddisfacente.

4. Sull'efficacia *erga omnes* della sentenza del Consiglio di Stato

Un altro aspetto che vale la pena analizzare è l'asserito *effetto espansivo* della sentenza richiamata dagli aspiranti docenti a fondamento delle proprie pretese. Invero, la questione in esame – che involge il merito della controversia – è stata analizzata dai soli Tribunali ordinari che hanno affermato la propria giurisdizione in materia.

Tuttavia tali Tribunali, nei provvedimenti presi a riferimento, hanno rigettato i ricorsi proposti dai docenti per le ragioni che si esporranno di qui a poco.

In particolare, come si può leggere a pag. 5 del provvedimento del Tribunale di Torino n. 16220/2015 (nel giudizio recante r.g. n. 4782/2015 -1), l'Autorità giudicante ha osservato: «Un'ulteriore argomentazione svolta è quella relativa alla valenza *erga omnes* della sentenza del Consiglio di Stato: l'atto amministrativo lesivo dei loro diritti (ossia il d.m. 235/2014) sarebbe stato espunto dal sistema giuridico italiano e non potrebbe più esplicare effetti, di talché il diritto dei ricorrenti ritornerebbe ad essere pieno e quindi conoscibile dal giudice ordinario. Anche questa argomentazione è infondata: la dissertazione in merito al valore *erga omnes* o *inter partes* di una decisione amministrativa ha valore nel momento in cui la sentenza non specifichi alcunché. Nel caso di specie, invece, il Consiglio di Stato è stato chiarissimo nel limitare gli effetti della propria pronuncia ai soggetti del processo: il dispositivo infatti stabilisce che si "annulla il decreto ministeriale n. 335/2014 nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti (…) l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento", circoscrivendo i propri effetti, per l'appunto, ai soli ricorrenti di quel giudizio. Che poi il decreto ministeriale non sia stato annullato con valore *erga omnes* è ulteriormente dimostrato dalla successiva ordinanza istruttoria del Consiglio di Stato, prodotta in udienza da parte con-

venuta: qualora, come sostiene parte ricorrente, il decreto fosse stato rimosso dall'ordinamento giuridico, il Consiglio di Stato avrebbe dovuto decidere prendendo atto dell'intervenuto annullamento dell'atto amministrativo controverso».

In definitiva, il Tribunale ha rigettato la domanda attorea in quanto la sentenza amministrativa richiamata dai docenti a fondamento del proprio diritto all'inserimento nelle G.a.e. limitava esplicitamente la propria efficacia agli originari ricorrenti, tanto più che il d.m. annullato (nella parte in cui non prevedeva l'inserimento *de quo*) non veniva successivamente rimosso dall'ordinamento giuridico. Ad avviso del Tribunale permane, dunque, la norma impeditiva dell'esercizio del diritto vantato dai ricorrenti.

Sulla stessa lunghezza d'onda del Tribunale di Torino si è posto il Tribunale di Mantova il quale ha affermato, con riguardo alla sentenza del Consiglio di Stato n. 1973/2015: «Va poi respinta la tesi secondo cui la sentenza suindicata abbia "eliminato dal mondo giuridico" il d.m. 235/14. Quale che sia il giudizio su quella decisione, che in sostanza ha annullato il decreto nella parte in cui non si conformava al parere reso dallo stesso Consiglio di Stato l'11/09/2013 poi trasfuso nel d.P.R. 25/03/14, non può sostenersi che vi sia stato annullamento con efficacia *erga omnes* atteso che il dispositivo è: "annulla il decreto nella parte in cui non ha consentito agli originari ricorrenti, (...) l'iscrizione nelle graduatorie permanenti, ora ad esaurimento". È poi condivisibile l'opinione secondo cui anche ove dovesse ritenersi annullato il regolamento in base a tale sentenza "additiva", riprenderebbe vigore la normativa secondaria precedente atteso che la legge primaria, ossia la finanziaria 2007, demanda a un regolamento amministrativo l'esecuzione della disposizione stessa. La convinzione è altresì supportata dallo stesso parere 11/09/13 sopraccitato che, reso nel corso di un procedimento di ricorso straordinario al Capo dello Stato, ha respinto l'istanza dei ricorrenti di essere ammessi alle G.a.e. accogliendo il ricorso solo su un aspetto marginale, ossia il diritto all'iscrizione nelle II fascia delle graduatorie di istituto (e non delle G.a.e.) anziché della terza, questione qui non rilevante. In quella occasione, che come si è detto riguardava incidentalmente un decreto ministeriale del tutto analogo a quello oggi in esame, la sezione seconda ha condivisibilmente osservato che: «Pertanto, se si ritiene illegittima la loro (dei ricorrenti) mancata inserzione nelle suddette graduatorie permanenti, che vengono a formare le graduatorie ad esaurimento, il ricorso è tardivo; se, invece, si vuole che l'acquisizione, medio tempore e successiva all'entrata in vigore della legge n. 296 del 2006, da parte di soggetti in possesso di abilitazione magistrale degli altri requisiti idonei a consentirne l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento debba consentire l'apertura di queste ultime graduatorie, la questione è infondata visto che la legge non consente l'aggiornamento se non in ipotesi specificamente determinate».

Anche il Tribunale di Modena, dunque, ha ritenuto che il d.m. citato non sia stato rimosso dall'ordinamento giuridico dalla sentenza del Consiglio di Stato, prospettando un quadro per i docenti precari del tutto sfavorevole in quanto, pur ritenendo illegittima la loro mancata inserzione nella G.a.e. – sulla scia della sentenza n°1973/2015 – ha ritenuto la tardività del ricorso e, in ogni caso, l'impossibilità di un nuovo inserimento nelle G.a.e. dei docenti *de quibus*, dato che la legge vigente consente l'aggiornamento delle graduatorie solo in specifiche ipotesi, tra cui non rientra il caso di specie.

Ancora più chiare le ragioni del rigetto della domanda attorea da parte del Tribunale Firenze che con il provvedimento n. 462/2015 ha osservato: «Esaminando nel merito la controversia la stessa va comunque rigettata siccome infondata: non si può aderire alla prospettazione attorea di effetto espansivo generale alla pronuncia del Consiglio di Stato invocata in questa sede atteso che è pacifico che la ricorrente non fosse parte nel giudizio de quo e quindi a fronte dell'annullamento di un atto non generale ed astratto (perché se così fosse sarebbe necessario negare la giurisdizione di questo giudice), trattandosi di un dm di aggiornamento avente dei destinatari specifici e quindi configurabile al più quale atto collettivo plurimo (e quindi scindibile ed impugnabile da ciascun interessato in via separata), la stessa non può assumere una portata espansiva. D'altra parte non è sostenibile che il diritto della ricorrente sia sorto a seguito di questa pronuncia di annullamento posto che la natura di titolo abilitativo all'insegnamento del diploma magistrale risale ad anni antecedenti essendo previsto da altre fonti normative ed in particolare dall' art. 53 R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16 aprile 1994, n. 297, DM 10 marzo 1997, dall'art. 15, co. 7, del d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323 (...) Considerato quindi che per previsione legislativa le graduatorie di che trattasi sono ad esaurimento in quanto destinate a cessare la propria funzione nel tempo, ne consegue che da quando sono divenute permanenti nel 2007 in forza della previsione normativa sopra citata di cui 1, co. 605, della l. n. 296/2006 che recita: "Sono fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie da effettuare per il biennio 2007-2008 per i docenti già in possesso di abilitazione e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, per i docenti che frequentano, alla data di entrata in vigore della presente legge, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del predetto decreto legge n. 97 del 2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASIL), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienza della forma-

zione primaria", non è possibile che soggetti diversi dai riservatari (destinatari della disciplina transitoria) possano essere oggi iscritti *ex novo*. L'impossibilità di nuovi inserimenti è stata ribadita anche nei successivi interventi normativi in materia, tra cui l'art. 9 comma 20 del decreto legge n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011. Non è quindi possibile un inserimento *ex novo* da parte di chi possedeva tutti i requisiti previsti (trattandosi di mero aggiornamento di punteggio per persone già iscritte) già per il biennio unico utile (ad eccezione dei riservatari, categoria in cui non ricade la ricorrente) 2007/2008. D'altra parte manca nell'ordinamento una norma primaria che consenta all'attrice di iscriversi nelle graduatorie ad esaurimento "ora per allora"; né è sostenibile che il diritto consegua automaticamente alla pronuncia demolitoria del Consiglio di Stato mancando una previsione normativa che supplisca a questo annullamento che, peraltro, come detto non è estensibile a soggetti che non hanno promosso il ricorso, trattandosi di atto amministrativo o meglio atto di gestione del rapporto di lavoro avendo il Consiglio di Stato assunto una pronuncia in una materia, che secondo il riparto di giurisdizione di cui all'art. 63 T.U. n. 165/01, ad avviso della giurisprudenza di legittimità citata e condivisa per la sua autorevolezza allo stato dalla scrivente (pur consapevole che esistono giudici di merito che in analoghe controversie si sono spogliati della giurisdizione, come da pronunce allegate da parte resistente), spetterebbe in realtà al giudice ordinario e non amministrativo. In proposito si condividono pienamente le argomentazioni di cui alla ordinanza del Tribunale di Bologna dimessa da parte convenuta *sub* 1). Non convince poi neppure il ragionamento sostenuto da alcuni colleghi secondo cui, rimosso l'impedimento rappresentato dal dm annullato parzialmente dal Consiglio di Stato, rivivrebbe il diritto di parte attrice all'iscrizione. Infatti da un lato è noto l'orientamento giurisprudenziale secondo cui gli impedimenti di mero fatto (quali persino le norme giuridiche dichiarate incostituzionali) non sono sufficienti a sospendere né il decorso dei termini prescrizionali né di decadenza; dall'altro la stessa parte attrice conferma che esistevano norme primarie che attribuivano al suo diploma valore di titolo abilitante all'insegnamento prima della precitata decisione».

Sulla base dei numerosi provvedimenti analizzati, tutti sfavorevoli ai docenti abilitati magistrali, è possibile affermare che il diritto all'inserimento di questi ultimi nelle G.a.e., disposto dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1973/2015 (e con la successiva sentenza n. 3788/2015, v. nota 13), appare svilito in concreto, stante l'impossibilità di un inserimento "generale" nelle graduatorie ad esaurimento della categoria di soggetti in esame alla luce dell'attuale quadro normativo.

Concludendo, i tempi sembrano maturi per un intervento legislativo che possa definire la questione ad oggetto del presente articolo. Tanto più che l'esigenza di stabilità dei moltissimi docenti precari – necessità più che comprensibile a fronte di periodi anche molto lunghi di servizio scolastico – dev'essere inevitabilmente controbilanciata con l'altra fondamentale esigenza di puntare, nel reclutamento dei docenti, all'assunzione dei candidati più qualificati al fine di migliorare la qualità dell'offerta culturale della scuola pubblica nel rispetto della nostra Carta costituzionale.

Vittorio Sabato Ambrosio
Avvocato

La mancata celebrazione della vita: *excursus* giurisprudenziale sulle sentenze più significative in tema di danno tanatologico dal 1925 al 2015

abstract

The author, after examining the evolution of case law on the subject, focuses on the recent decision of the United Sections, trying to warning of the critical issues that hamper the damages from loss of life.

keywords

Damages; damage from loss of life; damage to death.

abstract

L'autore, dopo aver esaminato l'evoluzione giurisprudenziale sul tema, si sofferma sulla recente sentenza delle Sezioni Unite, cercando di segnalarne gli aspetti critici che ostacolano il risarcimento del danno da perdita della vita.

parole chiave

Risarcimento del danno; danno da perdita di vita; danno da morte.

sommario

Premessa. – **1.** Le sentenze più significative sul tema. – **2.** Il cambio di rotta della sentenza Scarano. – **3.** L'intervento delle Sezioni Unite. – **4.** La mancata celebrazione della vita (considerazioni conclusive).

Premessa

Lo studio della tematica del danno tanatologico è molto affascinate in quanto lega imprescindibilmente profili giuridici con elucubrazioni di carattere socio-esistenziale. È normale che la coscienza sociale considera come riprovevoli quei fatti umani causalmente orientati a determinare l'estinzione della persona fisica con la morte. Di conseguenza, la collettività è abituata a pensare che in capo al colpevole andranno addebitati le conseguenze negative generate dal fatto illecito, sia dal punto di vista penalistico che in tema di responsabilità civile. In particolare, nell'ottica della funzione di prevenzione generale, tipica del diritto penale, si tende a punire con la restrizione della libertà personale coloro i quali risultano colpevoli di fatti che cagionano la morte del soggetto del passivo onde fornire un deterrente alla generalità dei consociati. Dal punto di vista civilistico, in virtù della funzione riparatoria, tipica della responsabilità civile, non sempre la lesione del bene vita è stata considerato un interesse meritevole di tutela risarcitoria, poiché con l'evento morte viene meno la persona nei cui confronti si genera l'obbligazione risarcitoria (*rectius*: il danneggiato) e, pertanto, si tende ad escludere il riconoscimento del risarcimento del danno iure *heriditatis* da trasferire dal danneggiato agli eredi[1]. Unanime, invece, è la tutela risarcitoria

[1] I maggiori contribuiti dottrinali sul tema: Giannini-Pogliani, *Il danno da illecito civile*, Milano, 1997; Pulvirenti, *Risarcibilità del danno alla vita: il cosiddetto danno biologico da morte*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1997, 658; Franzoni, *Il danno da uccisione*, in *La responsabilità civile*, a cura di Cendon, Torino, 1998, 179 e ss.; Bona, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, *Danno e Resp.*, 1999, 623; Id., *È risarcibile iure successionis la perdita della vita? (una risposta positiva)* in *Giur. it.*, 2000, 1200; Ciampi, *La risarcibilità* jure successionis *del danno biologico*, in *Nuovo dir.*, 1998, 855; Castronovo, *Danno biologico*, Milano, 1998, 151 182; Palmieri, *Il danno da morte tra motivazioni giuridiche ed analisi economica*, *Danno e Resp.*, 1998, 46; Monateri-Bona, *Il danno alla persona*, Padova, 1998, 338 e ss.; Barchiesi, *Danno alla salute e perdita della vita*, Milano, 1997; Martini, *Diventa determinante l'arco di tempo che passa tra le lesioni colpose e la morte*, in *Guida al dir.*, 1997, n. 10, 55; Navarretta, *Trasmissibilità del danno alla salute e tutela risarcitoria della "vita"*, Danno e Resp., 1997, 41; Id., *Danno da morte e danno alla salute*, in *La valutazione del danno alla salute*, a cura di Bargagna e Busnelli, Padova, 2001; Silla, *Il danno biologico*, Milano, 1997, 103-118; Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1997; Petti, *Il risarcimento del danno biologico*, Torino, 1997; Id., *Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale alla persona*, Torino, 1999; Monateri-Bona, voce *"Danno alla Persona"*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, 654-666; Caso, *Le ultime pronunce di Cassazione in tema di risarcibilità "*iure hereditario*" del danno biologico da lesioni mortali: un difficile cammino sulla strada della teoria generale*, in *Foro it.*, 1996, 3109 e ss.; Rebuffat, *Il risarcimento del danno ingiusto tanatologico*, Roma, 1996; Franzoni, *Il danno alla persona*, Milano, 1995; Giannini, *La questione del danno biologico in ipotesi di lesioni mortali*, in AA. VV., *Il danno biologico, patrimoniale, morale*, 2a ed., Milano, 1995, 133 e ss.; Ziviz, *Danno biologico e morte della vittima: equivoci vecchi e nuovi*, in *Nuova giur. comm.*, 1995, I, 406; Navarretta, *Danni da morte e danno alla salute*, in AA. VV., *La valutazione del danno alla salute*, a cura di Bargagna e Busnelli, Padova, 1995, 227 e ss.; Alpa, *Lesione del diritto alla vita e "danno biologico da morte"*, in *Nuova giur. comm.*, 1995, II, 153; Scalfi, *L'uomo e la morte*, in *Resp. civ. e prev.*, 1995, 281; ivi, Giannini, *La vittoria di Pirrone*; ivi, Navarretta, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte Costituzionale*; Bona, *Lesioni mortali e danni tanatologici non pecuniari*, in *Il nuovo danno alla persona*, a cura di Monateri-Bona-Oliva, Milano, 1999; Bordon-Palisi, *Il danno da morte*,Milano, 2002; Caso,

iure proprio riconosciuta agli eredi per la perdita del rapporto parentale (su tutte Cass. civ., sez. un., nn. 8827/8828 del 2003)[2].

All'uopo è interessante procedere ad un excursus delle sentenze più significative in tema di danno tanatologico fino ad arrivare alla recentissima sentenza delle Sezioni Unite del luglio 2015.

1. Le sentenze più significative sul tema

Uno dei primi orientamenti generatosi sul tema, ha negato la risarcibilità *iure successionis* del danno da morte. Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale n. 372 del 1994[3], la quale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., sollevata con riferimento agli art. 2, 3 e 32 Cost. Il filo conduttore, sul quale si basa l'*iter* argomentativo della sentenza emessa dalla Consulta, ruota attorno alla considerazione che la vita e la salute sono beni giuridici diversi, oggetto di diritti distinti, sicché la lesione dell'integrità fisica con esito letale non può considerarsi una semplice sottoipotesi di lesione alla salute in senso proprio, la quale implica la permanenza in vita della vittima, sia pur con menomazioni invalidanti. Eloquente è il seguente passaggio: «l'ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto di risarcimento in qualità di eredi non proviene dunque dal carattere patrimoniale dei danni risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c., bensì da un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite. A questo limite soggiace anche la tutela risarcitoria del diritto alla salute, con la peculiarità che essa deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento essendo la diminuzione o la privazione di valori della persona inerenti al bene protetto». A tale stregua la Corte costituzionale ha fatto ricorso all'argomento, risalente a una sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione (n. 3475 del 1925), secondo cui un diritto di risarcimento può sorgere in capo alla persona deceduta limitatamente ai danni verificatisi dal momento della lesione a quello della morte, e quindi non sorge in caso di morte immediata, la quale impedisce che la lesione si rifletta in una perdita a carico della persona offesa, ormai non più in vita.

Sulla scia di tale orientamento si pone anche la giurisprudenza della Cassazione con sentenza n. 1704 del 1997: «la lesione dell'integrità fisica con esito letale, intervenuto immediatamente o a breve distanza di tempo dall'evento lesivo, non è configurabile quale danno biologico, dal momento che la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute ma incide sul diverso bene giuridico della vita, la cui perdita, per il definitivo venir meno del soggetto, non può tradursi nel contestuale acquisto al patrimonio della vittima di un corrispondente diritto al risarcimento, trasferibile agli eredi, non rilevando in contrario la mancanza di tutela privatistica del diritto alla vita (peraltro protetto con lo strumento della sanzione penale), attesa la funzione non sanzionatoria ma di reintegrazione e riparazione di effettivi pregiudizi svolta dal risarcimento del danno, e la conseguente impossibilità che, con riguardo alla lesione di un bene intrinsecamente connesso alla persona del suo titolare e da questi fruibile solo in natura, esso operi quando tale persona abbia cessato di esistere».

Ragionando secondo le coordinate dell'indicato filone giurisprudenziale è stata ovvia l'illazione, avanzata dai più, secondo la quale al danneggiante conviene più uccidere che ledere[4].

Per evitare tale paradosso la giurisprudenza ha cercato di promuovere comodi escamotage. Si è, innanzitutto, distinto il caso in cui la morte segua alle lesioni a distanza di una lasso temporale significativo da quello in cui l'*exitus* finale si realizza istantaneamente. Ne consegue che per riconoscere il risarcimento del danno biologico è necessario che vi sia dell'apprezzabile lasso di tempo tra la morte e l'evento idoneo a comportare una vulnerazione dell'integrità psicofisica in capo al danneggiato cagionevole di una patologia medicalmente accertabile. Solo in questo caso il soggetto è in grado di subire i risvolti negativi della menomazione della salute trasmissibile agli eredi. Di converso, in caso di morte immediata è risarcibile il danno cata-

Incommensurabilità (e, dunque, azzeramento) del valore della vita: verso il tramonto del modello restrittivo di risarcimento del danno da morte, *Danno e Resp.*, 2001, 1014 ss.; Caputi, *Tra Pilato e La Palisse: ovvero quando il fatto morte determina il danno tanatologico, ma il relativo risarcimento non contempla il fatto morte*, Danno e Resp., 2003, 1078; Favilli, *I danni da uccisione e da altre lesioni del congiunto*, in AA.VV. *Il danno non patrimoniale*, a cura di Navarretta, Milano, 2004; Foffa, *Cassazione e danno da morte*, *Danno e Resp.*, 2007, 647; Id., *Danno tanatologico e danno biologico terminale*, Danno e Resp., 2003 1085; Arnone, *Danno tanatologico: l'imperituro* barrage *della Cassazione*, *Danno e Resp.*, 2010, 808; Medici, *Morte immediata della vittima e aporie della responsabilità civile: verso la caduta di un dogma*, *Danno e Resp.*, 2010,1011.

[2] Sulla sentenza in esame particolarmente autorevole è il contributo di Franzoni, *Il danno non patrimoniale,il danno morale: una svolta per il danno alla persona*, in *Il Corr. Giur.*, 2003, 1031.

[3] Secondo la Consulta, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c. sollevata, con riferimento agli art. 2, 3 e 32 cost., sotto il profilo che esso non consente la risarcibilità del danno non patrimoniale conseguente alla morte di un congiunto cagionata da incidente stradale, è infondata sia se la si consideri come un diritto "*iure successionis*" del diritto alla vita del congiunto deceduto, sia che venga riguardata come un diritto proprio degli eredi per il danno alla salute ad essi derivato dalla morte del congiunto medesimo; in Letteratura si confronti Ponzanelli, in *Foro It.*, 1994, I, 3297; Busnelli, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 3029.

[4] Si confronti sul tema Bona, in *Giur. It.*, 1998, 1589; Giannini, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1997, 432; Chindemi, in *Nuova Giur. Civ.*, 1997, 1, 221.

strofico, inteso come pregiudizio di natura morale teso a ristorare la terribile sensazione di percezione dell'imminenza della morte[5].

La distinzione applicata tra la morte immediata e quella intervenuta decorso un apprezzabile lasso temporale ha comportato una serie di problemi esegetici. In particolare, con la locuzione "apprezzabile lasso trascorso tra l'evento e la morte" si è attribuito al giudice un potere discrezionale in ordine alla verifica di quella contingenza temporale idonea a far sorgere in capo al danneggiato moribondo la lesione di un interesse giuridicamente rilevante meritevole di risarcimento. In altri e collimanti termini, si è conferito al giudice il compito di colorare l'esatta qualificazione della quantità di tempo tesa a far sorreggere la pretesa risarcitoria.

Con tale argomentare si sono verificati dei soggettivismi giudiziari orientati a creare una serie di potenziali giudicati contrastanti.

Infatti, Cassazione n. 870 del 2008[6] si è interrogata sulla quantificazione del periodo temporale atto a giustificare il risarcimento: «la lesione dell'integrità fisica con esito letale, intervenuta immediatamente o a breve distanza dall'evento lesivo, non è configurabile come danno biologico, giacché la morte non costituisce la massima lesione possibile del diritto alla salute, ma incide sul diverso bene giuridico della vita, a meno che non intercorra un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni subite dalla vittima del danno e la morte causata dalle stesse, nel qual caso, essendovi un'effettiva compromissione dell'integrità psico-fisica del soggetto che si protrae per la durata della vita, è configurabile un danno biologico risarcibile in capo al danneggiato, che si trasferisce agli eredi, i quali potranno agire in giudizio nei confronti del danneggiante "*iure hereditatis*". (Nella specie la S.C., in applicazione del riportato principio e precisato che non risulta stabilito in via generale quale durata debba avere la sopravvivenza per poter essere ritenuta apprezzabile ai fini del risarcimento del danno biologico, non potendosi escludere in via di principio che sia apprezzabile una sopravvivenza protrattasi per tre giorni, ha cassato sul punto la sentenza impugnata con cui si era affermato che la sopravvivenza di tale durata non era stata sufficiente a far acquistare alla vittima il diritto al risarcimento del danno biologico)».

Nel caso di danno catastrofico – Cassazione civile n. 4783 del 2001[7] – si è provveduto ad individuare per accertare la lesione dell'interesse leso un altro arco temporale calcolato in ore: «nel caso in cui sia intercorso tra l'evento lesivo e la morte un breve lasso di tempo di poche ore, si deve comunque considerare l'eventuale sussistenza del danno psichico da sofferenza esistenziale patito dal soggetto che abbia atteso lucidamente l'estinzione della propria vita. L'accertamento positivo dell'intensità e della durata, anche limitata a poche ore (nel caso si specie erano trascorse quattro ore), di siffatto pregiudizio determina il risarcimento dello stesso in capo agli eredi» (conforme Cass. civ. n. 6946 del 2007).

È ovvio che tale dato di derivazione giurisprudenziale compromette prevedibilità e alla chiarezza del dato normativo e può creare un'incertezza verso la collettività (chiarezza e prevedibilità rappresentano indici ostentati dalla Corte Edu in ordine al rispetto del principio di legalità sostanziale).

Si segnala, ancora, la sentenza della Cassazione n. 15760 del 2006 che, occupandosi con un ampio *obiter* sul tema, tenta di fare breccia nel sistema delineato in precedenza cercano di riconoscere, attraverso le fonti sovranazionali, un risarcimento diretto derivante dalla lesione del bene vita nel caso di morte immediata. L'indicata sentenza ha messo in risalto la centralità del danno biologico del defunto in relazione alla morte non immediata – ormai riconosciuto da consolidata giurisprudenza, come trasmissibile *iure hereditatis* – e dello stesso danno da morte come perdita della integrità e delle speranze di vita biologica, in relazione alla lesione del diritto inviolabile della vita, tutelato dall'art. 2 Cost. (vedi espressamente Corte costituzionale sentenza del 6 maggio 1985 n. 132) ed ora anche dall'art. 11-62 Costituzione europea, nel senso di diritto ad esistere, come chiaramente desumibile dalla lettera e dallo spirito della norma europea: «La dottrina italiana ed europea che riconoscono la tutela civile del diritto fondamentale della vita, premono per il riconoscimento della lesione come momento costitutivo di

[5] L'espressione indicata si ritrova negli scritti dei seguenti Autori: Castronovo, *La Nuova Responsabilità Civile*, Milano, 2006, 80 Ss.; Castronovo, in *Danno Esistenziale: Il Lungo Addio*, In A.A., *Il danno non patrimoniale*, 2009, Milano; Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita Not.*, 2012; Franzoni, *Dei fatti illeciti*, In *Comm. Scialoja E Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1993; Stefani, *Il risarcimento del danno da uccisione*, Milano, 1994, 102; Viola, in *Danni da morte e da lesioni alla persona,* Padova, 2009; Simone, *Il danno per la perdita della vita: «Die Hard» 2.0*, In *Foro It.*, 2014, I, 766; Foffa, *Il danno da perdita della vita*, In *Danno e Resp.*, 2014, 394; Navaretta, *Danno da morte e danno alla salute*, in *la valutazione del danno alla salute*, A Cura Di Busnelli E Di Bargagna, 4ª Ed., Padova, 2001; Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, In Riv. Crit. Dir. Priv., 2012, 525 Ss.; Mazzamuto, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, In Contr. e Impr., 2009; Patti, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, In Corr. Giur., 2009; Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale, relazione su «la contestata esistenza del danno esistenziale»*, 2009; Dimajo, *Sopravvive Il Danno Morale*, In Dir. E Resp., 2012,13; Ponzanelli, *La Cassazione e il danno morale, un contributo per una lettura*, In Giur. It., 2012, 1544 Ss.; Ziviz, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2011, 486 ss.

[6] Commentata autorevolmente da Massella Ducci Teri, *Ancora sulla risarcibilità del danno biologico iure hereditatis,* in Resp. civ., 2008, 11, 893; Facci, *Danno biologico iure hereditatis*, in *Resp. civ.,* 2008, 3, 276.

[7] Si segnala Bona, *Sofferenza esistenziale da agonia pre-morte e «loss of life» de iure condendo: il nuovo approccio della suprema corte*, in *Danno e Resp.*, 2001, 8-9, 820.

un diritto di credito che entra istantaneamente come corrispettivo del danno ingiusto al momento della lesione mortale, senza che rilevi la distinzione tra evento di morte mediata o immediata. La certezza della morte, secondo le leggi nazionali ed europee è a prova scientifica, ed attiene alla distruzione delle cellule cerebrali e viene verificata attraverso tecniche raffinate che verificano la cessazione della attività elettrica di tali cellule. La morte cerebrale non è mai immediata, con due eccezioni: la decapitazione o lo spappolamento del cervello. In questo quadro anche il danno da morte, come danno ingiusto da illecito, è trasferibile *mortis causa*, facendo parte del credito del defunto verso il danneggiante ed i suoi solidali»[8].

Un passaggio su tale questione problematica lo ritroviamo anche nelle celeberrime Sezioni Unite di san Martino del 2008, le quali confermano la distinzione tra danno catastrofale – da riconoscere in base alla more intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo – e danno biologico che si invera solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile: «il giudice potrà correttamente riconoscere e liquidare il solo danno morale, a ristoro della sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, alle quali sia seguita dopo breve tempo la morte, che sia rimasta lucida durante l'agonia in consapevole attesa della fine. Viene così evitato il vuoto di tutela determinato dalla giurisprudenza di legittimità che nega, nel caso di morte immediata o intervenuta a breve distanza dall'evento lesivo, il risarcimento del danno biologico per la perdita della vita (sent. n. 1704/1997 e successive conformi), e lo ammette per la perdita della salute solo se il soggetto sia rimasto in vita per un tempo apprezzabile, al quale lo commisura (sent. n. 6404/1998 e successive conformi). Una sofferenza psichica siffatta, di massima intensità anche se di durata contenuta, non essendo suscettibile, in ragione del limitato intervallo di tempo tra lesioni e morte, di degenerare in patologia e dare luogo a danno biologico, va risarcita come danno morale, nella sua nuova più ampia accezione»[9].

Sulla stessa lunghezza d'onda si segnala Cass. n. 6754 del 2011: «in caso di morte della vittima a poche ore di distanza dal verificarsi di un sinistro stradale (nella specie, sei o sette ore), il risarcimento del c.d. danno "catastrofale" – ossia del danno conseguente alla sofferenza patita dalla persona che lucidamente assiste allo spegnersi della propria vita – può essere riconosciuto agli eredi, a titolo di danno morale, solo a condizione che sia entrato a far parte del patrimonio della vittima al momento della morte. Pertanto, in assenza di prova della sussistenza di uno stato di coscienza della persona nel breve intervallo tra il sinistro e la morte, la lesione del diritto alla vita non è suscettibile di risarcimento, neppure sotto il profilo del danno biologico, a favore del soggetto che è morto, essendo inconcepibile l'acquisizione in capo a lui di un diritto che deriva dal fatto stesso della morte; e, d'altra parte, in considerazione della natura non sanzionatoria, ma solo riparatoria o consolatoria del risarcimento del danno civile, ai congiunti spetta in questo caso il solo risarcimento conseguente alla lesione della possibilità di godere del rapporto parentale con la persona defunta»[10].

2. Il cambio di rotta della sentenza Scarano

Il punto di approdo dell'indicato *excursus* giurisprudenziale è la sentenza del 23 gennaio 2014 n. 1361 secondo la quale costituisce danno non patrimoniale anche il danno da perdita della vita, quale bene supremo dell'individuo, oggetto di un diritto assoluto e inviolabile garantito in via primaria da parte dell'ordinamento, anche sul piano della tutela civilistica[11].

Secondo la sentenza in esame il danno da perdita della vita è altro e diverso, in ragione del diverso bene tutelato, dal danno alla salute, e si differenzia dal danno biologico terminale e dal danno morale terminale (o catastrofale o catastrofico) della vittima, rilevando ex se nella sua oggettività di perdita del principale bene dell'uomo costituito dalla vita, a prescindere dalla consapevolezza che il danneggiato ne abbia, e dovendo essere ristorato anche in caso di morte cd. immediata o istantanea, senza che assumano pertanto al riguardo rilievo la persistenza in vita all'esito del danno evento da cui la morte derivi nè l'intensità della sofferenza interiore patita dalla vittima in ragione della cosciente e lucida percezione dell'ineluttabile sopraggiungere della propria fine.

[8] In dottrina: Toschi Vespasiani, *La quantificazione del danno morale da morte subitodai congiunti. Tra nuove e vecchie problematiche, la Cassazione attende i "Pacs"*, in *Resp. civ.*, 2007, 1, 28; Ponzanelli, *Pacs, obiter, miopia giornalistica e controllo della cassazione sulla quantificazione del danno*, in *Corriere Giur.*, 2006, 10, 1375.

[9] Si confronti Cass. 23 febbraio 2004, n. 3549, con nota di Caputi, "*Chi muore giace e chi vive (non) si dà pace: la (quasi) irrisarcibilità «iure hereditatis» del danno tanatologico*" in Danno e Resp., 2004, 1215,e Foffa, *Danno biologico terminale: istruzioni per l'uso*; Cass. 1 dicembre 2003, n. 18305, Danno e Resp., 2004, 143, con nota di Bona, *Stati di incoscienza e risarcimento dei danni non patrimoniali: sofferenze, spirito o «quantum»?*; Cass. 14 luglio 2003, n. 11003, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 1053 con nota di Facci, *La Cassazione ed il risarcimento del c.d. danno terminale*; Cass. 16 maggio 2003, n. 7632, in *Foro it.*, 2003, I, 2681, commentata da Bona, *Danni da morte* «iure successionis»*: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale», mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita»*, in *Giur. it.*, 2004, 504 e Foffa, *Il danno tanatologico e il danno biologico terminale*, Danno e Resp., 2003, 1085.

[10] Commentata da Facci, *Danno biologico iure ereditario,* in *Resp. civ.*, 2011, 6, 471.

[11] In Dottrina si segnala: Ponzanelli-Foffa-Pardolesi-Simone, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno e Resp.*, 2014, 4, 389; Gorgoni, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della cassazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 5, 1, 396; Valore, *La risarcibilità del danno da perdita della vita*, in *Giur. It.*, 2014, 4, 813.

Il diritto al ristoro del danno da perdita della vita si acquisisce dalla vittima istantaneamente al momento della lesione mortale, e quindi anteriormente all'*exitus*, costituendo ontologica, imprescindibile eccezione al principio dell'irrisarcibilità del danno-evento e della risarcibilità dei soli danni-conseguenza, giacchè la morte ha per conseguenza la perdita non già solo di qualcosa bensì di tutto; non solamente di uno dei molteplici beni, ma del bene supremo della vita; non già di qualche effetto o conseguenza, bensì di tutti gli effetti e conseguenze, di tutto ciò di cui consta la vita della vittima e che avrebbe continuato a dispiegarsi in tutti i molteplici effetti suoi propri se l'illecito non ne avesse causato la soppressione. Il ristoro del danno da perdita della vita ha funzione compensativa, e il relativo diritto (o ragione di credito) è trasmissibile *iure hereditatis*. Non essendo il danno da perdita della vita della vittima contemplato dalle Tabelle di Milano, è rimessa alla prudente discrezionalità del giudice di merito l'individuazione dei criteri di relativa valutazione che consentano di pervenire alla liquidazione di un ristoro equo, nel significato delineato dalla giurisprudenza di legittimità, non apparendo pertanto idonea una soluzione di carattere meramente soggettivo, né la determinazione di un ammontare uguale per tutti, a prescindere cioè dalla relativa personalizzazione, in considerazione in particolare dell'età delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta, delle condizioni personali e familiari della vittima[12].

3. L'intervento delle Sezioni Unite

Il contrasto di giurisprudenza, generatosi in seguito alla sentenza della sezione III n. 1361 del 23 gennaio 2014, e la particolare importanza della questione ha indotto l'ordinanza del 5 marzo 2014 n. 5056 a rimettere gli atti del procedimento al Primo Presidente, al fine di definire e precisare per imprescindibili ragioni di certezza del diritto il quadro della risarcibilità del danno non patrimoniale già delineato nel 2008, alla stregua degli ulteriori contributi di riflessione, tra loro discordanti, offerti dalla sezione semplice sul tema del diritto della risarcibilità *iure haereditario* del danno da morte immediata.

La risposta delle Sezione Unite si è fatta attendere. Infatti, dopo circo un anno e mezzo dalla ordinanza di rimessione, il massimo organo di nomofilichia – con la sentenza n. 15350 del 22 luglio 2015 – interviene in maniera netta e decisa nel dibattito negando la risarcibilità del danno tanatologico. Dal punto di vista stilistico-formale, la sentenza si caratterizza per la spiccata praticità e sinteticità con la quale viene sciorinata la questione. È a tutti noto che di recente la Cassazione, con riferimento ai temi riguardanti i diritti della persona, ci aveva abituato a delle decisioni dense e articolate[13], zeppe di estetismi linguistici capaci di inverare arzigogolati ragionamenti riguardanti temi sociali, etici ed economici, trascurando di fornire all'interprete un dato giurisprudenziale chiaro ed univoco da applicare su tutto il territorio nazione onde evitare il rischio di interpretazioni discordanti. Le Sezioni Unite si fanno carico di dare una risposta ai quesiti posti dall'ordinanza di rimessione, lasciando perplessi coloro i quali speravano nel definitivo riconoscimento del risarcimento del danno da perdita della vita a prescindere dal tempo di incombenza della morte.

Il *fil ruoge* che lega il ragionamento ermeneutico si basa sul didattico principio della funzione riparatoria della responsabilità civile mirante allocare le conseguenze economiche del danno in capo al danneggiante che con la propria condotta ha verosimilmente provocato dei pregiudizi nella sfera giuridica del danneggiato che meritano ristoro. Secondo il ragionamento ermeneutico, offerto dalle Sezioni Unite, nel caso di morte cagionata da atto illecito, il danno che ne consegue è rappresentato dalla perdita del bene giuridico "vita" che costituisce bene autonomo, fruibile solo in natura da parte del titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente. La morte, quindi, non rappresenta la massima offesa possibile del diverso bene "salute", pregiudicato dalla lesione dalla quale sia derivata la morte, diverse essendo, ovviamente, le perdite di natura patrimoniale o non patrimoniale che dalla morte possono derivare ai congiunti della vittima, in quanto tali e non in quanto eredi. E poiché una perdita, per rappresentare un danno risarcibile, è necessario che sia rapportata a un soggetto che sia legittimato a far valere il credito risarcitorio, nel caso di morte verificatasi immediatamente o dopo brevissimo tempo dalle lesioni personali, l'irrisarcibilità deriva dalla assenza di un soggetto al quale, nel momento in cui si verifica, sia collegabile la perdita stessa e nel cui patrimonio possa essere acquisito il relativo credito, ovvero dalla mancanza di utilità di uno spazio di vita brevissimo.

[12] Principi favorevolmente accolti in dottrina, cfr. Foffa, *op. cit.*; Bona, *Il danno da perdita della vita cit.*, 625; Id., *Danni da morte* «iure successionis»*: la Cassazione valorizza il «danno biologico terminale», mentre la giurisprudenza di merito mantiene aperta la questione del «danno da perdita di vita»*, in *Giur. it.*, 2004, 504; Caso, *Incommensurabilità (e, dunque, azzeramento) del valore della vita: verso il tramonto del modello restrittivo di risarcimento del danno da morte*, *Danno e Resp.*, 2001, 1014 ss.; Caputi, *Tra Pilato e La Palisse: ovvero quando il fatto morte determina il danno tanatologico, ma il relativo risarcimento non contempla il fatto morte*, *Danno e Resp.*, 2003, 1078; Arnone, *Danno tanatologico: l'imperituro* barrage *della Cassazione*, *Danno e Resp.*, 2010, 808; Medici, *Morte immediata della vittima e aporie della responsabilità civile: verso la cadutadi un dogma*, *Danno e Resp.*, 2010, 1011.

[13] Ponzanelli, *op. cit.*, 389, si lamenta dell'opera eccessivamente prolissa dei magistrati di Cassazione, capace di creare una confusione tra chi fa dottrina e chi giurisprudenza

4. La mancata celebrazione della vita (considerazioni conclusive)

Nella sostanza gli ermellini per negare il risarcimento del danno da perdita della vita si nascondono dietro la funzione riparatoria della responsabilità civile, negando che nel nostro ordinamento costituzionale la centralità dell'individuo ha raggiunto una dimensione privilegiata tale da dover riconoscere al cittadino oltre il *nemine laedere* anche il "*neminem necare*", al fine di proteggere la vita umana come la massima espressione di un bene individuale che se lesa deve avere delle conseguenze sia di natura penale che di natura civile. Non è possibile che la celebrazione della vita venga sacrificata sull'altare della funzione reintegratoria della responsabilità civile, cosi facendo non si fa altro che affermare che la vita di un soggetto possa essere recisa senza che venga allocato a carico del danneggiante alcuna sanzione risarcitoria che miri a ripagare il patrimonio esistenziale, sociale ed economico costruito in vita dal danneggiato.

La vita è un bene meritevole di tutela risarcitoria, essa è la prerogativa essenziale dell'esistenza che condiziona il processo dinamico relazionale dell'individuo. L'uomo ha come istinto naturale quello di voler vivere e tenta ogni giorno di conseguire questo bene supremo restando in vita. In ogni istante e in ogni azione l'essere umano cerca di difendere la propria vita e, allo stesso tempo, rischia di perderla per inaspettate azioni altrui che non è capace di dominare e che osano interferire in modo letale nella sua sfera giuridica. Ne consegue che *la condicio sine qua non* della realizzazione umana è la vita, intesa come interesse personalistico che ingloba tutte le prerogative e le tutele che sono riconosciute ad un soggetto, se essa viene stroncata è normale che la sua lesione comporta delle conseguenze pregiudizievoli atte a travolgere e a cancellare tutte le azioni poste in essere dal danneggiato.

Nell'odierna realtà economico-sociale il singolo individuo estrinseca la propria personalità in un coacervo di attività dirette a realizzare i propri interessi di natura patrimoniale e non patrimoniale. In quest'ottica ne deriva che le azioni umane sono tutte orientate ad ottenere dei vantaggi. Ad esempio, l'essere umano fa degli investimenti per ricavarne un utile, acquista degli immobili per incrementare il proprio patrimonio, intraprende degli studi per esercitare la professione per la quale ha studiato, lavora per realizzare il sostentamento di una vita dignitosa, costituisce una menage familiare per soddisfare bisogni sentimentali, partecipa ad associazioni, pratica attività sportiva, nel tempo libero intraprende attività amatoriali idonei a fornirgli un certo svago, etc.

Tutte le iniziative indicate, *in primis*, tutelano interessi di rilevanza costituzionale e, *in secundis*, intanto possono realizzarsi a condizione che il soggetto viva. Se a la vita sopraggiunge la morte l'uomo non ha più la possibilità di ottenere tutti questi benefici patrimoniali ed esistenziali per i quali ha vissuto.

Se il bene vita viene concepito in questa prospettiva è chiaro che esso rappresenta un interesse meritevole di tutela risarcitoria che se leso ha l'effetto di comportare delle conseguenze negative in tutte quelle attività nelle quali l'uomo si è adoperato. In particolare, la lesione del bene della vita da parte del danneggiante comporta un'allocazione del danno nella sua sfera giuridica atta a generare un'obbligazione risarcitoria diretta a ristorare le perdite e il mancato guadagno subito dal danneggiato derivante dal mancato conseguimento di tutte quelle utilità – economicamente valutabili – che per effetto della morte non può più ottenere.

Questo significa celebrare la vita dell'uomo ed evitare che con la morte si cancelli il patrimonio umano[14], in quanto con l'estinzione fisica della persona non si può negare che restano in piedi tutti i progetti e gli interessi che il *de cuius* aveva il diritto di portare a compimento se il *quisque de populo* non gli avesse negato la possibilità di vivere. Altrimenti opinando, non avrebbe senso vivere se non avessimo la certezza che quanto fatto in vita abbia un valore economico ed esistenziale che possa essere traslato nella sfera giuridica del soggetto che ha distrutto le nostre aspettative.

In definitiva, per riconoscere la risarcibilità di un danno di tal fatta non c'è nemmeno bisogno di dire - come ha fatto la sentenza Scarano - che il danno da perdita della vita è l'unico danno non conseguenza ammesso nel nostro ordinamento, poiché seguendo le coordinate esposte, il danno da morte conosce un danno evento, relativamente alla lesione del bene supremo della vita, e un danno conseguenza, mirante a ristorare il mancato godimento di tutte quelle utilità che il *de cuius* non ha potuto portare avanti a causa dell'evento catastrofale. Il tutto per celebrare la vita di ogni essere umano, giacché, parafrasando una frase di uno storico film, «quello che facciamo in vita riecheggia nell'eternità»[15].

[14] Alcuni Autori per enfatizzare la questione richiamo il concetto contenuto nel romanzo il "*Capitale Umano*" di *Stephen Amidon*, edito da Mondadori, 2005, Cfr. Pardolesi-Simone, *op. cit.*

[15] *Il Gladiatore*, diretto da Ridley Scott, U.S.A., 2000.

Concorrenza – Abuso di posizione dominante – Azione di risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale – Effettività – Rigida ripartizione dell'onere della prova – Esclusione – Poteri istruttori officiosi – Interpretazione estensiva – Ammissibilità

La tutela effettiva del diritto al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale postula, in considerazione dell'asimmetria informativa esistente tra le parti in tali ambiti nell'accesso alla prova, relativa a fatti complessi di natura economica, che il giudice non può applicare meccanicamente il principio dell'onere della prova ma deve interpretare estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile (nella specie, in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e di consulenza tecnica di ufficio), per l'esercizio dei poteri, anche officiosi, d'indagine, fermo il rispetto del principio del contraddittorio.

Cass. civ., sez. I, 04 giugno 2015, n. 11564
Pres. Rordorf, Est. Lamorgese

Diritti della personalità – Diritti della persona – Rettificazione del sesso – Interpretazione degli artt. 1 della legge n. 164 del 1982 e 31, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011 – Necessità dell'intervento chirurgico demolitorio – Esclusione

Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme alla giurisprudenza della CEDU degli artt. 1 della legge n. 164 del 1982, nonché del successivo art. 3 della medesima legge, attualmente confluito nell'art. 31, comma 4, del d. lgs. n. 150 del 2011, per ottenere la rettificazione del sesso nei registri dello stato civile, l'adeguamento dei caratteri sessuali non implica necessariamente l'intervento chirurgico demolitorio quando, all'esito di un'accurata indagine giudiziaria, venga accertata la serietà ed univocità del percorso scelto dall'individuo e la compiutezza dell'approdo finale.

Cass. civ., sez. I, 20 luglio 2015, n. 15138
Pres. Forte, Est. Acierno

Distanze legali – Nozioni normative di ristrutturazione edilizia e nuova costruzione – Incidenza derogatoria delle diposizioni dei regolamenti locali – Esclusione

Le disposizioni dei regolamenti urbanistici locali, sia pure indirettamente attraverso la previsione di soglie massime d'incremento edilizio, non possono incidere sulle nozioni normative di "ristrutturazione" relativa ad edificio preesistente crollato o demolito (nella specie, ai sensi dell'art. 31, primo comma, lettera d, della legge 5 agosto 1978, n. 457, applicabile "ratione temporis") *e di "nuova costruzione", agli effetti della soggezione alla vigente disciplina in tema di distanze legali e dei conseguenti rimedi esperibili nei rapporti tra privati.*

Cass. civ., sez. II, 20 agosto 2015, n. 17043
Presi. Piccialli, Est. Manna

Equa riparazione – Opposizione *ex* art. 5-*ter* della legge n. 89 del 2001 proposta a giudice incompetente – *"translatio iudicii"* ai sensi dell'art. 50 c.p.c. – necessità

*Nel procedimento di equa riparazione per durata irragionevole del processo, la Corte d'Appello, adita con l'opposizione di cui all'art. 5-*ter *della legge 24 marzo 2001, n. 89, ove ritenga di non essere competente, non può rigettare la domanda, ma deve declinare la competenza e fissare il termine di riassunzione della causa innanzi al diverso giudice indicato come competente, in applicazione dell'art. 50 c.p.c.*

Cass. civ., sez. VI, 01 settembre 2015, n. 17380
Pres. Petitti, Est. Manna

Famiglia – Convivenza di fatto – Cessazione – Assegnazione della casa familiare al genitore collocatario dei figli minori – Diritto di godimento – Qualificazione – Conseguenze

La Prima Sezione Civile ha stabilito che, in caso di cessazione della convivenza di fatto, il genitore collocatario dei figli minori, nonché assegnatario della casa familiare, esercita sull'immobile un diritto di godimento assimilabile a quello del comodatario, la cui opponibilità infranovennale è garantita, pur in assenza di trascrizione del provvedimento giudiziale di assegnazione, anche nei confronti dei terzi acquirenti consapevoli della pregressa condizione di convivenza.

Cass. civ., sez. I, 11 settembre 2015, n. 17971
Pres. Forte, Est. Acierno

Famiglia – Matrimonio – Separazione o divorzio – Casa coniugale – Assegnazione al coniuge affidatario del figlio minorenne o maggiorenne non autosufficiente – Vendita al terzo – Successivo ve-

nir meno delle condizioni di assegnazione – Tutela dell'acquirente

Il terzo acquirente della casa coniugale, già assegnata al coniuge affidatario del figlio minorenne o maggiorenne non economicamente autosufficiente, non è legittimato, venuti meno i presupposti per l'assegnazione, a chiedere la revisione ai sensi dell'art. 9 della legge n. 898 del 1970, ma può instaurare un ordinario giudizio di cognizione, chiedendo l'accertamento dell'insussistenza delle condizioni per il mantenimento del diritto personale di godimento a favore del coniuge assegnatario della casa coniugale, così conseguendo la declaratoria di inefficacia del titolo che legittima l'occupazione della casa coniugale.

Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15367
Pres. Forte, Est. Valitutti

Impugnazioni civili – Ricorso per decreto ingiuntivo – Produzione solo in appello dei documenti posti a fondamento della richiesta monitoria – Ammissibilità – Fondamento

I documenti allegati alla richiesta di decreto ingiuntivo non possono essere considerati nuovi, sicché, pur non prodotti nella fase di opposizione, ne è ammissibile l'allegazione con l'atto di appello, senza che operino i limiti di cui all'art. 345, comma 3, nel testo introdotto dall'art. 52 della legge 26 novembre 1990, n. 353.

Cass. civ., sez. un., 10 luglio 2015, n. 14475
Pres. Rovelli, Est. Curzio

Intermediazione finanziaria – Abuso di informazioni privilegiate – Confisca per violazioni anteriori all'entrata in vigore della legge n. 62 del 2005 – Questione di costituzionalità

*La seconda sezione civile ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies *del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) e dell'art. 9, comma 6, della Legge 18 aprile 2005, n. 62, in riferimento agli artt. 3, 25, comma 2, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della CEDU, nella parte in cui prevedono che la confisca per equivalente, introdotta per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, di cui alla parte V, titolo I-*bis, *del medesimo d.lgs. n. 58 del 1998, si applica anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 62 del 2005, che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito.*

Cassazione civile, sez. II, 14 settembre 2015,
ord. n. 18025
Pres. Bucciante, Est. Petitti

Interpretazione del contratto – Assicurazione sanitaria – Interventi rimborsabili – Individuazione – Riferimento alle tecniche utilizzate e non all'obiettivo terapeutico perseguito – Violazione degli artt. 1362, 1363, 1369 e 1370 c.c. – Sussistenza

In materia di interpretazione del contratto, viola i criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362, 1363, 1369 e 1370 cod. civ., l'interpretazione della clausola di un contratto di assicurazione sanitaria che pretenda di individuare gli interventi rimborsabili (nella specie, di resezione, incannulazione antiblastica, epatotomia e rimozione di adenomi maligni) sulla base delle tecniche utilizzate e non dell'obiettivo terapeutico perseguito, assumendo la rimborsabilità esclusivamente di interventi di natura chirurgica e non radioterapica.

Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2015, n. 17020
Pres. Russo, Est. Stalla

Licenziamenti – Licenziamento disciplinare – Legge n. 92 del 2012 – Norme sanzionatorie – Principio di irretroattività della legge – Portata e limiti

Ai sensi del combinato disposto dei commi 47 e 67 dell'art.1 della legge 28 giugno 2012 n. 92, nei giudizi aventi ad oggetto i licenziamenti disciplinari, la legge regolatrice del rapporto sul versante sanzionatorio va individuata facendo riferimento non al fatto generatore del rapporto né alla contestazione degli addebiti, ma alla fattispecie negoziale del licenziamento, sicché l'apparato sanzionatorio disciplinato dal comma 42 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012 va applicato solo ai nuovi licenziamenti, ovvero a quelli comunicati a partire dalla data di entrata in vigore della legge stessa.

Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2015, n. 16265
Pres. Stile, Est. Lorito

Licenziamenti – Rito di cui all'art. 1, commi 48 ss., legge n. 92 del 2012 – Proposizione di domanda subordinata ai sensi dell'art. 8 legge n. 604 del 1966 – Inammissibilità

Ai sensi dell'art. 1, comma 48, della legge 29 giugno 2012 n. 92 le domande diverse da quella avente ad oggetto la reintegra del posto di lavoro, devono basarsi su "fatti costitutivi" identici a quelli fondanti la richiesta nel giudizio di tutela reale. Con la conseguenza che è improponibile la domanda di riassunzione del prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 8 della legge 15 luglio 1966 n 604, spiegata in via subordinata all'applicazione dell'art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300, in ragione della diversità dei rispettivi fatti costitutivi, così come in tutti i restanti casi di domande connesse a quella di reintegra nel posto di lavoro.

Cass. civ., sez. lav., 10 agosto 2015, n. 16662
Pres. Vidiri, Est. Maisano

Previdenza sociale – Professionisti – Enti privatizzati – Modifica dei criteri di computo del trattamento pensionistico

Gli enti di previdenza privatizzati, nel regime dettato dalla legge 8 agosto 1995, n. 335, non possono adottare provvedimenti che impongano un massimale al tratta-

mento pensionistico, trovando applicazione, per i trattamenti maturati prima del 1° gennaio 2007, il principio del pro rata, di cui alla formulazione originaria dell'art 3, comma 12, della stessa legge n. 335 del 1995, e, per i trattamenti maturati dopo tale data, i criteri introdotti dall'art. 1, comma 763, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296, facendosi, tuttavia, salvi gli atti e le delibere in precedenza approvati da detti enti, come chiarito dall'art. 1, comma 488, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147.

Cass. civ., sez. un., 08 settembre 2015, n. 17742
Pres. Rovelli, Est. Mammone

Processo civile – Contratto di utenza telefonica – Controversie – Esperimento del tentativo di conciliazione dinanzi al Corecom – Organismo territorialmente competente – Individuazione, *per relationem*, del giudice competente per territorio – Esclusione

Nelle controversie relative ai contratti di utenza telefonica, dal combinato disposto dell'art. 1 della legge 31 luglio 1997, n. 249 – che sancisce l'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione innanzi al Comitato regionale per le comunicazioni (cd. "CORECOM") – e dell'art. 4 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, secondo il quale la domanda di mediazione giudiziale va presentata presso un "organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia", non deriva la necessità di individuare il giudice avente competenza per territorio sulla controversia come necessariamente coincidente con quello del luogo in cui – a norma degli artt. 3 e seguenti del regolamento di attuazione della predetta legge n. 249 del 1997 – ha sede l'organismo territorialmente competente per il tentativo di conciliazione

Cass. civ., sez. VI, 02 settembre 2015, ord. n. 17480
Pres. Finocchiaro, Est. Frasca

Responsabilità extracontrattuale circolazione di veicoli – Responsabilità *ex* art. 2054, quarto comma, c.c. – "vizio di costruzione" – Riferibilità anche ad interventi strutturali modificativi del veicolo o di sue parti

Ai fini della configurazione della responsabilità ex *art. 2054, quarto comma, c.c., la nozione di "vizio di costruzione" non va riferita ai soli interventi compiuti in sede di produzione di un veicolo, ma anche agli interventi strutturali modificativi della meccanica e/o della dinamica dello stesso.*

Cass. civ., sez. III, 27 agosto 2015, n. 17240
Pres. Chiarini, Est. Vincenti

Risarcimento del danno non patrimoniale – Morte immediata della vittima – Danno da perdita della vita *"iure hereditatis"* – Esclusione

Non è risarcibile agli eredi della vittima il danno da perdita della vita immediatamente conseguente alle lesioni derivanti da un fatto illecito.

Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350
Pres. Rovelli, Est. Salmè

Sanzioni amministrative tributarie – Fermo amministrativo su beni mobili registrati – Natura giuridica – Misura afflittiva e non esecutiva – Conseguenze

Le Sezioni Unite, a risoluzione di questione di massima di particolare importanza, hanno deciso che il fermo amministrativo ex art. 86 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, costituisce misura non alternativa all'esecuzione ma afflittiva, sicché la pretesa dell'esattore è impugnabile con un'azione di accertamento negativo, soggetta alle regole del rito ordinario di cognizione ed alle norme generali in tema di riparto di competenza per materia e per valore.

Cassazione civile, sez. un., ord. 22 luglio 2015, n. 15354
Pres. Rovelli, Est. Amendola

Tributi – IVA sulle importazioni – Deposito fiscale – Esenzione – Condizioni – Materiale immissione dei beni – Inosservanza – Obbligo di versare l'iva – Operatività del meccanismo dell'inversione contabile

In tema d'IVA sulle importazioni, in applicazione della sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 2014 in C-272/2013, la normativa nazionale può subordinare la concessione dell'esenzione alla condizione che le merci importate e destinate ad un deposito fiscale vi siano fisicamente introdotte, ma, in ossequio al principio di neutralità fiscale, non può imporre il pagamento dell'imposta ove la medesima sia già stata regolarizzata nell'ambito del meccanismo dell'inversione contabile.

Cass. civ., sez. V, 08 settembre 2015, n. 17815
Pres. Cicala, Est. Conti

Rassegna di merito

Concordato preventivo: inammissibile scioglimento da contratti di anticipazione bancaria e conto corrente

Nel disporre l'autorizzazione ex *art. 169*-bis *l. fall. allo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione, il Giudice delegato dovrà avere riguardo all'interesse della massa e, quindi, rilasciare o meno il titolo abilitativo all'esercizio del potere a seconda che lo scioglimento richiesto sia o non sia funzionale all'interesse dei creditori concorsuali e, quindi, a seconda che sia o meno strumentale alla realizzazione del piano e della proposta.*

È ammissibile la possibilità teorica dello scioglimento dai contratti di anticipazione bancaria e conto corrente, tuttavia, la domanda di scioglimento da tali rapporti, non ha alcun concreto interesse per la massa.

Trib. Vicenza, 12 giugno 2015

Giud. G. Borella

Contratto autonomo garanzia: l'obbligazione è del tutto sganciata da quella garantita

L'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni", vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale.

Mentre il fideiussore è un vicario del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debitore principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

In conseguenza di ciò, il garante – improntandosi il rapporto tra lo stesso ed il creditore beneficiario a piena autonomia – non può opporre al creditore la nullità di un patto relativo al rapporto fondamentale, salvo che dipenda da contrarietà a norme imperative o dall'illiceità della causa e che, attraverso il medesimo contratto autonomo, si intenda assicurare il risultato vietato dall'ordinamento

Trib. Napoli, 24 luglio 2015, n. 10683

Giud. S. Starace

Decreto ingiuntivo: notifica in via alternativa a persona giuridica ed a quella fisica che la rappresenta

La legge n. 263 del 2005, applicabile ai procedimenti instaurati successivamente al 01.03.2006, ha modificato, tra l'altro, l'art. 145 c.p.c. in materia di notificazioni effettuate nei confronti delle persone giuridiche e, oltre ad aver individuato tra i possibili consegnatari dell'atto anche il portiere dello stabile in cui ha sede la società, prevede la possibilità di eseguire la notificazione in via alternativa nei confronti della persona giuridica ovvero della persona fisica che la rappresenta in uno dei luoghi alla stessa riconducibili (residenza, domicilio, dimora), purché risultanti dall'atto. I principi generali in tema di oneri probatori, con specifico riguardo alla prova che compete all'istituto di credito relativamente alla propria pretesa creditoria, debbono essere necessariamente coordinati con la struttura bifasica del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e con la considerazione per la quale – una volta che la banca abbia ritualmente prodotto tutta la documentazione inerente alla movimentazione del rapporto di conto corrente senza che la controparte abbia mosso contestazioni di sorta – gravi a questo punto su quest'ultima irrobustire le proprie allegazioni, dal momento che la generica denuncia della nullità di alcune clausole, accompagnata dalla mera richiesta di espletamento di una c.t.u. tecnico-contabile, si traduce di fatto in una violazione dei principi del contraddittorio processuale, che impongono alla parte di allegare in modo chiaro i fatti posti a fondamento della propria domanda.

A fronte di tali oneri di allegazione e prova, qualora la parte si limiti invece a denunciare la nullità di clausole contrattuali senza fornire ulteriori elementi da cui desumere l'effettiva applicazione di dette clausole, l'opposizione non può che essere respinta siccome infondata non bastando certo a supplire al mancato assolvimento dei suddetti oneri probatori la semplice – e generica – richiesta di ammissione di una c.t.u. contabile che, per siffatte ragioni, ha carattere meramente esplorativo.

Trib. Monza, 13 maggio 2015

Giud. C. Albanese

Esecuzione forzata: l'atto destinatorio puro non esclude pignorabilità bene

L'art. 2645-ter *c.c. non riconosce la possibilità dell'autodestinazione unilaterale di un bene già di proprietà della parte, tramite un negozio destinatorio puro, doven-*

do il vincolo di destinazione necessariamente collegarsi ad altra fattispecie negoziale, tipica od atipica, dotata di autonoma causa. Al fine di evitare indebite compressioni della generale ed illimitata responsabilità patrimoniale del debitore ex *art. 2740 c.c., gli interessi che legittimano il vincolo di destinazione, devono essere esplicitati nell'atto di costituzione e valutati in modo stringente, per verificarne la prevalenza rispetto agli ulteriori interessi, eventualmente sacrificati, dei creditori del disponente.*

Così come in materia di fondo patrimoniale ex *art. 170 c.c., anche nel caso di vincolo di destinazione* ex *art. 2645*-ter *c.c., spetta al debitore provare che il creditore conosceva l'estraneità del credito ai bisogni della famiglia, categoria in ogni caso da interpretarsi in senso estensivo.*

Trib. Reggio Emilia, 10 marzo 2015 n. 399

Giud. G. Morlini

Fideiussore: la qualità di consumatore va desunta dal rapporto principale

In presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, di cui agli artt. 1469-bis *e ss. c.c., nel testo vigente "*ratione temporis*", attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita.*

Trib. Roma, 26 giugno 2015, n. 13971

Giud. A. Perinelli

Ipoteca giudiziale: la cancellazione non può disporsi con provvedimento cautelare d'urgenza

La cancellazione dell'ipoteca giudiziale ha natura definitiva ed irreversibile, come tale non compatibile con i caratteri di provvisorietà e di strumentalità tipici della tutela cautelare di urgenza, esperita nelle forme di cui all'art. 700 c.p.c.

Trib. S. M. Capua Vetere, 15 luglio 2015

Giud. G. P. Scoppa

Locazione finanziaria: l'operatività della clausola risolutiva determina obbligo restitutorio

Nell'ambito di un rapporto di locazione finanziaria, nel caso in cui le parti abbiano anticipatamente valutato la gravità di un inadempimento, prevedendo in modo dettagliato le ipotesi in presenza delle quali debba operare la clausola risolutiva espressa, al verificarsi di una delle ipotesi contrattualmente previste, non vi è alcuna necessità che il Giudice svolga un'indagine ad hoc su tale aspetto.

La risoluzione dei contratti, per effetto della clausola risolutiva espressa, comporta l'obbligo di restituire alla concedente i beni ricevuti in leasing. Non assume rilevanza la qualificazione dei contratti – quali leasing traslativo o meno – laddove non sussista alcuna questione relativa al pagamento dei canoni o delle penali.

Trib. Trento, 15 luglio 2015, n. 663

Giud. G. Segna

Mediazione delegata: il termine per l'attivazione è perentorio

Nel caso di mediazione delegata, il termine ex lege *disposto dal giudice per l'esperimento del procedimento di mediazione ha natura perentoria. Il carattere di perentorietà del termine può desumersi in via interpretativa tutte le volte che, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, lo stesso debba essere rigorosamente osservato.*

Trib. Firenze, 08 giugno 2015

Giud. A. Ghelardin

Mutuo: la prescrizione comincia a decorrere dalla scadenza dell'ultima rata

Nel contratto di mutuo la prescrizione del diritto al rimborso della somma mutuata, inizia a decorrere dalla scadenza dell'ultima rata, atteso che il pagamento dei ratei configura un'obbligazione unica ed il relativo debito non può considerarsi scaduto prima della scadenza dell'ultima rata

Trib. Isernia, 28 luglio 2015, n. 696

Giud. E. Vassallo

Responsabilità aggravata: il potere officioso del giudice di condanna del soccombente ha funzione sanzionatoria

Ai fini dell'azione revocatoria ordinaria, la giurisprudenza ormai consolidata, sia di legittimità che di merito, ha affermato la piena revocabilità, come atto a titolo gratuito, della costituzione di fondo patrimoniale tra coniugi, essendosi osservato che la costituzione di fondo è atto a titolo gratuito anche se effettuata da entrambi i coniugi, con la conseguenza che l'atto di costituzione può essere dichiarato inefficace nei confronti dei creditori, in quanto rende i beni conferiti aggredibili solo a determinate condizioni, così riducendo la garanzia generale spettante ai creditori sul patrimonio dei costituenti. Con riguardo alla posizione del fideiussore, l'acquisto della qualità del debitore nei confronti del creditore, risale al momento della nascita stessa del credito e cioè al momento in cui viene prestata la fideiussione, sicché è a tale momento che occorre far riferimento al fine di stabilire se l'atto pregiudizievole sia anteriore o successivo al sorgere del credito.

L'art. 96, comma 3, c.p.c., ha introdotto un meccanismo non solo e non tanto risa5rcitorio, quanto anche e soprattutto sanzionatorio, e come tale sottratto (a differenza dell'ipotesi di cui all'art. 96, comma 1, c.p.c.), dalla rigorosa prova del danno, essendo lo stesso condizionato unicamente all'accertamento di una condotta di grave negligenza o addirittura malafede processuale della parte. Scopo della norma è la repressione del danno che viene arrecato alla controparte, ma indirettamente anche all'Erario, con la congestione degli uffici giudiziari e l'incremento del rischio del superamento del canone costituzionale della ragionevole durata del processo, con ricadute anche di tipo risarcitorio, stante il pericolo9 di condanna dello Stato alla corresponsione dell'indennizzo ex lege *n. 89/2001.*

Trib. Milano, 27 giugno 2015 n. 7987

Giud. F. Rolfi

Revocatoria fallimentare: per le rimesse su c/c, occorre che il debito estinto sia scaduto ed esigibile

Ai fini della revocabilità delle rimesse ex *art. 67, primo comma 2, l. fall., oltre all'elemento temporale, che fa da discrimine per l'applicazione del primo comma o del secondo comma, ed oltre alla anormalità del mezzo di pagamento, si deve anche dimostrare che il debito pecuniario estinto fosse scaduto ed esigibile*

Trib. Napoli, 03 settembre 2014, n.11737
Giud. A. Napolitano

Ripetizione indebito: la prescrizione decorre dalle singole annotazioni se il conto non è affidato

A fronte di conti correnti non affidati, le rimesse su conto passivo hanno natura di pagamento e la prescrizione dell'azione restitutoria dei versamenti fatti ad estinzione di competenze indebitamente annotate, decorre dalla data delle singole rimesse. (conf. Cass. sez. un., sent. n. 24418 del 2010).

Trib. Torino, 20 giugno 2014
Giud. E. Astuni

Scientia decoctionis: non è provata dal mero andamento anomalo del conto

Ai fini della revocatoria fallimentare, il presupposto soggettivo della scientia decoctionis *è costituito dalla conoscenza effettiva dello stato di insolvenza e non dalla semplice conoscibilità, e l'onere di dimostrare la sussistenza di tale elemento incombe sulla curatela attrice.*

In particolare, nell'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare avverso le rimesse in conto corrente, il curatore ha l'onere di dare la prova effettiva, e non meramente potenziale, che la banca conosceva lo stato di insolvenza del correntista

Trib. Trani, 15 luglio 2015, n. 1423
Giud. M. Sardone

Scientia damni: ai fini della prova è sufficiente la consapevolezza di ridurre la garanzia patrimoniale

*Ai fini dell'assolvimento dell'onere di prova del presupposto soggettivo dell'*actio pauliana*, accertata la gratuità dell'atto di disposizione successivo al sorgere del credito, non è necessaria l'intenzione di nuocere al creditore, ma è sufficiente la consapevolezza che, mediante l'atto di disposizione, il debitore diminuisca il proprio patrimonio e, quindi, la garanzia spettante al creditore, ai sensi dell'art. 2740 c.c., in modo tale da recare pregiudizio alle ragioni di costui. In tema di azione revocatoria, affinché possa ritenersi soddisfatto il presupposto oggettivo, ossia provata l'esistenza del pregiudizio, non occorre alcuna valutazione del danno, essendo sufficiente la dimostrazione da parte del creditore istante della pericolosità dell'atto impugnato, in termini di una possibile quanto eventuale infruttuosità della futura esecuzione sui beni del debitore.*

La clausola di proroga della giurisdizione vincola esclusivamente il settlor*, i beneficiari ed i gestori del* trust *nell'ambito dei loro rapporti interni. Non può invece essere opposta a soggetti che rispetto al trust si pongano in posizione di terzietà ed ai quali la paternità della clausola non sia in alcun modo riconducibile.*

Trib. Napoli, 16 giugno 2015, n.8903
Giud. L. Stravino

Usura: la tesi della sommatoria è indice di responsabilità aggravata

Il cliente mutuatario che agisce in giudizio nei confronti della banca contestando il carattere usurario degli interessi applicati, è tenuto ad assolvere puntualmente il prescritto onus probandi*, producendo non solo l'intercorso contratto ed i relativi allegati, ma anche il decreto ministeriale relativo al tasso soglia fissato in relazione al trimestre nel quale il contratto di mutuo è stato concluso. In assenza di tale ultimo parametro di riferimento, l'affermazione in ordine all'intervenuto superamento dei tassi soglia si presenta come del tutto priva di riscontri.*

È da disattendere la verifica della usurarietà del tasso di interesse condotta mediante la sommatoria del tasso corrispettivo e del tasso di mora, perché la nota sentenza della Cassazione n. 350/2013 si limita a ribadire il principio secondo il quale anche la pattuizione relativa al tasso degli interessi di mora deve essere soggetta alla verifica del rispetto della l. 108/1996, ma in nessun caso afferma (ed è sufficiente leggere per esteso la sentenza per verificarlo), che gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori debbano essere cumulati tra loro e considerati unitariamente.

Sussiste responsabilità aggravata ex *art. 96, comma 3, c.p.c. del cliente che, agendo in mala fede o con colpa grave, abbia sostenuto in giudizio la tesi dell'applicazione di interessi usurari, omettendo l'allegazione del decreto ministeriale relativo al tasso soglia fissato nel trimestre di riferimento. È altresì indice della predetta responsabilità, l'aver dedotto il superamento del tasso soglia adottando il criterio della sommatoria del tasso corrispettivo e del tasso di mora.*

Trib. Pistoia, 02 luglio 2015
Giud. C. Carvisiglia

Usura: il cliente è tenuto a produrre i decreti ministeriali che fissano il tasso soglia

È generica, oltre che del tutto illogica, la censura in ordine alle eccessività del tasso di interesse applicato, che si limiti a denunciare 'a spanne' detta eccessività, senza tenere in alcun conto la durata del finanziamento ed il numero delle rate. Non può trovare accoglimento la domanda tesa ad accertare il carattere usurario degli interessi applicati, nel caso in cui il cliente attore non ottemperi al prescritto onus probandi*, allegando i decreti ministeriali che fissano il limite di legge, ossia il tasso soglia oltre il quale gli interessi risultano usurari, trattandosi di atti amministrativi che non appartengono alla scienza ufficiale del giudice e che non possono essere valutati, se non prodotti dalla parte che intende affermare la nullità delle pattuizioni usurarie o dei relativi addebiti.*

Trib. Mantova, 25 giugno 2015, n. 651
Giud. M. Benatti

Corte di Cassazione, Terza Sezione Civile

Sentenza del 30 giugno 2015, n. 13328 - Pres. Spirito, Rel. Rossetti

Responsabilità del medico – Art. 1218 c.c. – Onere della prova – Causa non imputabile – Complicanza – Non configurabile

Nel giudizio di responsabilità, tra paziente e medico è necessario che quest'ultimo, perché vada esente da responsabilità ex *art. 1218 c.c., riesca a dimostrare di aver tenuto una condotta conforme alle* leges artis *del settore, a nulla rilevando che il danno patito dal paziente sia dipeso da una complicanza. A nulla vale se l'evento dannoso non voluto dal medico rientri o meno nella classificazione clinica delle complicanze: rileva solo se quell'evento integri gli estremi della causa non imputabile*[1].

[1] Nota redazionale a cura di Pietro Sorrentino, Dottore Magistrale in Giurisprudenza.

Con la sentenza in esame la Corte di cassazione, terza sezione civile, ha respinto il ricorso di due medici (e relative Case di cura in cui operavano), avverso la pronuncia con cui la Corte d'appello li aveva condannati a risarcire una paziente per i danni da essa subiti in conseguenza di due interventi agli occhi. Avverso detta pronuncia, i sanitari proponevano ricorso per Cassazione lamentando un vizio di motivazione laddove i giudici di merito avevano riconosciuto la negligenza del loro operato pur in assenza di prove sufficienti. L'evento lesivo – a detta dei ricorrenti – sarebbe infatti dipeso da una complicanza, sottratta come tale alla loro possibilità di previsione. Gl'Ermellini, nel respingere detta censura, hanno invece ritenuto perfettamente congrua la motivazione dei giudici dell'appello, i quali hanno accolto la domanda risarcitoria sul corretto presupposto della carenza di prove, da parte dei medici, circa la diligenza impiegata nell'esecuzione dell'intervento. A questo punto, al fine di meglio comprendere la pronuncia della Suprema Corte occorre riepilogare, se pur brevemente, quali sono i principi, sanciti da giurisprudenza e dottrina, in tema di responsabilità del medico e della struttura sanitaria.

La responsabilità medica è oramai pacificamente qualificata in dottrina e in giurisprudenza come responsabilità di natura contrattuale perché fondata su un contratto d'opera intellettuale o sul cosiddetto contatto sociale. Per la struttura sanitaria, tale orientamento ha avuto origine dalla sentenza della Corte di cassazione del 21 dicembre 1978, n. 6141 con la quale i giudici di legittimità hanno per la prima volta affermato che «La responsabilità di un ente ospedaliero per i danni causati a un paziente dalle prestazioni mediche dei sanitari dipendenti è di natura contrattuale, poiché l'ente, obbligandosi ad eseguire le prestazioni, ha concluso col paziente un contratto d'opera intellettuale» (cfr. Cass. civ., sez. III, 02 febbraio 2005, n. 2042). Per quel che riguarda il singolo medico invece, la tesi della responsabilità contrattuale, trova origine nel concetto di "contatto sociale", introdotto con la nota sentenza della Corte di cassazione del 22 gennaio 1999, n. 589 con la quale, in relazione alla natura della responsabilità del medico dipendente di struttura ospedaliera pubblica, si è qualificato lo stesso quale operatore professionale cui la «coscienza sociale prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere*, e cioè il pieno rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento. In altri termini la prestazione sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due».

Tali decisioni ebbero poi definitiva conferma con la famosa sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione del giorno 11 gennaio 2008 n. 577 con la quale è stato confermato che la responsabilità della struttura sanitaria va inquadrata nella responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto. A sua volta anche l'obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul "contatto sociale", ha natura contrattuale.

Tale soluzione comporta, come naturale conseguenza, l'applicabilità del regime dell'onere della prova come regolato dall'art. 1218 c. c. secondo cui il creditore deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento (Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533). In particolare in tema di responsabilità professionale del medico chirurgo, il paziente-creditore non deve dimostrare la colpa del medico, spettando a quest'ultimo di provare la non addebitabilità a sé dell'evento dannoso. In sostanza sussistendo un rapporto contrattuale (quand'anche fondato sul solo contatto sociale), in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c., l'attore-paziente deve provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) ed allegare l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare (quale causa o concausa efficiente) il danno lamentato, rimanendo a carico del medico convenuto dimostrare che tale inadempimento non vi è stato, ovvero che, pur esistendo, esso non è stato causa del danno (Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 2010, n. 1538; Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20101; Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2011, n. 15993; Cass. civ., sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904).

Se questo è il regime della ripartizione dell'onere probatorio è evidente che, nelle ipotesi di responsabilità medica, un ruolo importante assume il concetto di impossibilità della prestazione. Secondo un'autorevole dottrina l'impossibilità liberatoria deve avere natura oggettiva e relativa: è oggettiva, in quanto le difficoltà in cui si trovi l'obbligato e il compimento di uno sforzo generico non possono liberare il debitore da responsabilità; nello stesso tempo è relativa, poiché deve tener conto degli impedimenti che incidono oggettivamente sulla prestazione rendendo il risultato cui tende esorbitante in rapporto ai mezzi con cui il debitore è obbligato a realizzarlo. Nel determinare tale impossibilità è necessario, quindi, valutare il singolo rapporto obbligatorio nonché le modalità concrete in cui quel rapporto deve trovare attuazione.

Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2015 n. 13328
Pres. Spirito, Rel. Rossetti

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

1. Nel 1997 A.E. convenne dinanzi al Tribunale di Roma due medici (G.M. e C.I.) e due società commerciali, gestori di altrettante cliniche (Casa di Cura Nomentana s.r.l. e Ars Medica s.r.l.). Ne chiese la condanna al risarcimento dei danni patiti in conseguenza di due interventi agli occhi: (a) un intervento di epicheratofachia all'occhio destro, eseguito da C.I. nel 1988 nella clinica gestita dalla Ars Medica; (b) un intervento di cheratomileusi all'occhio sinistro, eseguito da C.I. e G.M. nel 1989 nella clinica gestita dalla Casa di Cura Nomentana. 2. Ambedue i convenuti si costituirono e, oltre a negare la propria responsabilità, chiamarono in causa i rispettivi assicuratori della responsabilità civile: C.I. chiamò in causa la Gan Italia s.p.a. e G.M. la Milano Assicurazioni s.p.a.. 3. Il Tribunale di Roma con sentenza 10.7.2001 n. 26600 rigettò la domanda. La sentenza venne appellata da A.E. Nel corso del giudizio d'appello decedette C.I., e la causa venne riassunta nei confronti delle sue eredi, D.M. L. e C.C.. La Corte d'appello di Roma: -) con sentenza non definitiva 4.6.2009 n. 2334 confermò il rigetto della domanda attorea nei confronti delle eredi C., mentre accolse la domanda nei confronti di G.M., rimettendo la causa sul ruolo per la determinazione del quantum; -) con sentenza definitiva n. 155 del 2012 liquidò il danno in 35.000 Euro, oltre accessori; dichiarò "non doversi disporre" sulla pretesa di G.M. nei confronti del proprio assicuratore, per non avere G.M. proposto un appello incidentale avente ad oggetto la propria domanda di garanzia. 4. Ambedue le sentenze sono state impugnate da G.M. con quattro motivi di ricorso. Ha resistito con controricorso A.E., che ha altresì proposto ricorso incidentale fondato su tre motivi. A tale ricorso incidentale hanno resistito con controricorso sia G.M. che la Casa di cura Nomentana.

Motivi della decisone

1. Il primo motivo del ricorso principale.

1.1. Col primo motivo di ricorso G.M. sostiene che la sentenza impugnata n. 2334/09 (quella non definitiva) sarebbe incorsa in un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. Espone, al riguardo, che la Corte d'appello avrebbe erroneamente ritenuto esistente il nesso di causa tra l'intervento da lui eseguito e il danno lamentato dalla paziente.

Per stabilire se l'inadempimento è dipeso da una causa non imputabile al debitore, è necessario verificare se questi è stato diligente (1176 c.c.), se cioè ha fatto il "possibile" per adempiere e opporsi ad eventuali fatti impeditivi in maniera conforme al contenuto dell'obbligazione, con particolare riferimento al tipo e alla natura del rapporto obbligatorio nonché a quanto statuito all'interno del regolamento contrattuale. Tale orientamento è stato ribadito da ultima dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 2334 del 1 febbraio 2011 nelle cui motivazioni si legge «La responsabilità del medico in ordine al danno subito dal paziente presuppone la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata; tale diligenza non è quella del buon padre di famiglia ma quella del debitore qualificato ai sensi dell'art. 1176, secondo comma c.c. che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obbiettivamente connesse all'esercizio della professione e ricomprende pertanto anche la perizia; la limitazione di responsabilità alle ipotesi di dolo e colpa grave di cui all'art. 2236, secondo comma, c.c. non ricorre con riferimento ai danni causati per negligenza o imperizia ma soltanto per i casi implicanti risoluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà che trascendono la preparazione media o non ancora sufficientemente studiati dalla scienza medica; quanto all'onere probatorio, spetta al medico provare che il caso era di particolare difficoltà e al paziente quali siano state le modalità di esecuzione inidonee ovvero a questi spetta provare che l'intervento era di facile esecuzione e al medico che l'insuccesso non è dipeso da suo difetto di diligenza»
Il criterio della non imputabilità non può prescindere, quindi, dall'analisi della condotta dell'obbligato, sopratutto nelle obbligazioni di mezzi, come quella del sanitario (Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2002, n. 2836; Cass. civ., sez. III, 09 novembre 2006, n. 23918), in cui al fine di stabilire se vi è stato inadempimento è necessario compiere un giudizio teleologico a posteriori partendo dal risultato in concreto ottenuto, per poi valutare l'adeguatezza della condotta posta in essere dal debitore. Né può condurre ad una diversa conclusione l'interpretazione di tale impossibilità come caso fortuito o forza maggiore in quanto anche in tale ipotesi non si può prescindere dal comportamento diligente del *solvens*. Difatti, al fine di stabilire se il fattore che ha reso impossibile l'esecuzione della prestazione sia imprevisto ed inevitabile (caso fortuito) o sia un ostacolo assolutamente irresistibile (forza maggiore), è necessario in ogni caso verificare se una condotta del debitore conforme alle regole dell'arte avrebbe potuto prevedere tale evento oppure opporvisi.
Ciò posto, la pronuncia in esame, appare coerente coi principi su esposti nella parte in cui afferma che al diritto non interessa se l'evento dannoso non voluto dal medico rientri o no nella classificazione clinica delle complicanze, interessa solo se quel evento integri gli estremi della "causa non imputabile". Occorre tener presente che col lemma "complicanza" la medicina clinica e la medicina legale designano solitamente un evento dannoso, insorto nel corso dell'iter terapeutico, che pur essendo astrattamente prevedibile, non sarebbe evitabile. Tuttavia, secondo la Suprema Corte, tale concetto è inutile nel campo giuridico. Quando infatti, nel corso dell'esecuzione di un intervento o dopo la conclusione di esso, si verifichi un peggioramento delle condizioni del paziente, delle due l'una: o tale peggioramento era prevedibile ed evitabile, ed in tal caso esso va ascritto a colpa del medico, a nulla rilevando che la statistica clinica lo annoveri in linea teorica tra le "complicanze"; ovvero tale peggioramento non era prevedibile oppure non era evitabile ed in tal caso esso integra gli estremi della "causa non imputabile" di cui all'art 1218 c.c. a nulla rilevando che la statistica clinica non lo annoveri in linea teorica tra le "complicanze".
In conclusione, la circostanza che un evento indesiderato sia qualificato dalla medicina clinica come "complicanza", non basta a farne di per sé una "causa non imputabile" ai sensi dell'art. 1218 c.c. così come, all'opposto, eventi non qualificabili come complicanze possono teoricamente costituire casi fortuiti che escludono la colpa del medico. Ciò che rileva giuridicamente, quindi, è se l'evento integri una causa non imputabile ma «tale accertamento va compiuto in concreto e non in astratto».

1.2. I motivo è inammissibile. Com'è noto, il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione sussiste solo quando nel ragionamento del giudice di merito sia riscontrabile il mancato o insufficiente esame di punti decisivi della controversia, ovvero un insanabile contrasto tra le argomentazioni adottate, tale da non consentire l'identificazione del procedimento logico giuridico posto a base della decisione. È altresì noto che il giudice di merito al fine di adempiere all'obbligo della motivazione non è tenuto a valutare singolarmente tutte le risultanze processuali e a confutare tutte le argomentazioni prospettate dalle parti, ma è invece sufficiente che, dopo avere vagliato le une e le altre nel loro complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il proprio convincimento, dovendosi ritenere disattesi, per implicito, tutti gli altri rilievi e circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata. È, infine, noto che la Corte di Cassazione non ha il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione del giudice del merito. Da questi principi pacifici discende che non può chiedersi al giudice di legittimità una valutazione delle prove ulteriore e diversa rispetto a quella adottata dal giudice di merito. Il sindacato della Corte è limitato a valutare se la motivazione adottata dal giudice di merito sia esistente, coerente e consequenziale: accertati tali requisiti, nulla rileva che le prove raccolte si sarebbero potute teoricamente valutare in altro modo. Nel caso di specie la Corte d'appello ha dedicato ben tre pagine della motivazione (pp. 12-15) della sentenza 2334/09 a spiegare perchè dovesse ritenersi sussistente il nesso di causa tra l'operato di G.M. ed i danni patiti da A.E. Ha spiegato che il solo dato del rinnovo della patente chiesto dalla paziente non dimostrasse di per sè che fosse in grado di guidare l'automobile (e quindi che l'intervento di cheratomileusi fosse riuscito); ha riferito che l'intervento cui la paziente si sottopose un anno dopo quello eseguito dal convenuto G. era una conseguenza di quest'ultimo, come ritenuto dai consulenti d'ufficio; ha dichiarato espressamente esservi una "dipendenza causale" tra l'operato di G.M. e le successive alterazioni corneali patite dalla paziente; ha soggiunto che il contenuto deficitario della cartella clinica – in coerenza con una ormai consolidata giurisprudenza di questa Corte – doveva essere valutato a sfavore del medico, quale elemento idoneo a corroborare la prova del nesso di causa. Si tratta di una motivazione non manifestamente illogica e non manifestamente contraddittoria: dunque insindacabile in questa sede. 2. Il secondo motivo del ricorso principale.

2.1. Anche col secondo motivo di ricorso il ricorrente sostiene che la sentenza impugnata (quella definitiva: n. 155/12) sarebbe incorsa in un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. Espone, al riguardo, che la Corte d'appello avrebbe motivato in modo insufficiente la quantificazione del danno, ed in particolare non avrebbe considerato che l'intervento di cheratomileusi eseguito da G.M. non è stata la causa unica del danno, ma ha aggravato un danno già presente ed ascrivibile all'altro sanitario, C.I.

2.2. Il motivo è manifestamente infondato. Quale che sia stato l'apporto causale fornito da G.M. alla causazione dell'evento di danno, egli ne risponde comunque per l'intero: se la sua opera ha concorso con quella di altra persona, ne risponderà per l'intero ai sensi dell'art. 2055 c.c. salvo regresso (domanda che non è stata formulata nel presente giudizio); se la sua opera ha concorso con fattori naturali, ne risponderà ugualmente per l'intero ai sensi dell'art. 41 c.p., come noto applicabile anche in tema di responsabilità civile (sez. un., sentenza n. 24408 del 21.11.2011, Rv. 620057).

3. Il terzo motivo del ricorso principale.

3.1. Col terzo motivo di ricorso il ricorrente principale sostiene che la sentenza impugnata sarebbe affetta sia da una violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (si assume violato l'art. 1176 c.c.); sia da un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

Espone, al riguardo, che la Corte d'appello avrebbe errato nel ritenere sussistente la sua colpa professionale, sebbene essa fosse stata esclusa dai consulenti tecnici d'ufficio.

3.2. Il motivo è infondato. La Corte d'appello, per pervenire alla propria sentenza di condanna, ha così argomentato: (a) quanto al nesso di causa tra l'operato di G.M. e i successivi interventi cui la paziente fu costretta a sottoporsi, esso era emerso dalle consulenze disposte in corso di causa; (b) quanto alla colpa del medico, essa doveva presumersi ai sensi dell'art. 1218 c.c., nè il convenuto aveva superato tale presunzione; (c) le generiche affermazioni del consulente d'ufficio, secondo cui il danno patito dalla paziente doveva ritenersi una "complicanza" erano giuridicamente irrilevanti, posto che il medico per andare esente da condanna ha l'onere di provare in concreto l'esatto adempimento della propria obbligazione, e non gli è sufficiente che la sussistenza d'una causa di esclusione della colpa possa essere solo astrattamente ipotizzabile (così la sentenza non definitiva, p. 14-15).

3.3. Questo essendo il contenuto della sentenza impugnata, ne consegue in primo luogo che essa non presenta alcun vizio motivazionale: la Corte d'appello ha infatti spiegato perché ha ritenuto sussistente il nesso di causa, e perché ha ritenuto sussistente la colpa. 3.4. Non meno infondata è la denuncia di violazione dell'art. 1176 c.c. La Corte d'appello non ha affatto accolto una domanda risarcitoria in assenza di prova della negligenza colpevole del convenuto: ha accolto la domanda risarcitoria sul corretto presupposto che spettasse al convenuto fornire la prova della propria diligenza, e che tale prova non era stata fornita. V'è

solo da aggiungere come al medico convenuto in un giudizio di responsabilità non basta, per superare la presunzione posta a suo carico dell'art. 1218 c.c. dimostrare che l'evento dannoso per il paziente rientri astrattamente nel novero di quelle che nel lessico clinico vengono chiamate "complicanze", rilevate dalla statistica sanitaria. Col lemma "complicanza", la medicina clinica e la medicina legale designano solitamente un evento dannoso, insorto nel corso dell'iter terapeutico, che pur essendo astrattamente prevedibile, non sarebbe evitabile. Tale concetto è inutile nel campo giuridico. Quando, infatti, nel corso dell'esecuzione di un intervento o dopo la conclusione di esso si verifichi un peggioramento delle condizioni del paziente, delle due l'una: -) o tale peggioramento era prevedibile ed evitabile, ed in tal caso esso va ascritto a colpa del medico, a nulla rilevando che la statistica clinica lo annoveri in linea teorica tra le "complicanze"; -) ovvero tale peggioramento non era prevedibile oppure non era evitabile: ed in tal caso esso integra gli estremi della "causa non imputabile" di cui all'art 1218 c.c. a nulla rilevando che la statistica clinica non lo annoveri in linea teorica tra le "complicanze". Al diritto non interessa se l'evento dannoso non voluto dal medico rientri o no nella classificazione clinica delle complicanze: interessa solo se quell'evento integri gli estremi della "causa non imputabile": ma è evidente che tale accertamento va compiuto in concreto e non in astratto. La circostanza che un evento indesiderato sia qualificato dalla clinica come "complicanza" non basta a farne di per sè una "causa non imputabile" ai sensi dell'art. 1218 c.c.; così come, all'opposto, eventi non qualificabili come complicanze possono teoricamente costituire casi fortuiti che escludono la colpa del medico. Da quanto esposto consegue, sul piano della prova, che nel giudizio di responsabilità tra paziente e medico: -) o il medico riesce a dimostrare di avere tenuto una condotta conforme alle *leges artis*, ed allora egli va esente da responsabilità a nulla rilevando che il danno patito dal paziente rientri o meno nella categoria delle "complicanze"; -) ovvero, all'opposto, il medico quella prova non riesce a fornirla: ed allora non gli gioverà la circostanza che l'evento di danno sia in astratto imprevedibile ed inevitabile, giacché quel che rileva è se era prevedibile ed evitabile nel caso concreto. Prevedibilità ed evitabilità del caso concreto che, per quanto detto, è onere del medico dimostrare.

4. Il quarto motivo del ricorso principale.

4.1. Col quarto motivo di ricorso principale G.M. sostiene che la sentenza impugnata sarebbe affetta da una violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. Nonostante tale intitolazione, il ricorrente nella sostanza deduce un error in procedendo: lamenta, infatti, che la Corte d'appello ha omesso di provvedere sulla domanda di garanzia da lui proposta nei confronti del proprio assicuratore, la Milano s.p.a. Contesta l'affermazione della Corte d'appello, secondo cui egli avrebbe avuto l'onere di proporre un appello incidentale condizionato per "tenere vìva" la domanda di garanzia. Quella domanda, infatti, in primo grado era rimasta assorbita perchè la domanda attorea fu rigettata: e dunque bastava la riproposizione della questione, ai sensi dell'art. 346 c.p.c.

4.2. Il motivo è infondato. Vi è da tempo contrasto, in seno a questa Corte, sul problema della necessità o meno di proporre appello incidentale per sottoporre al giudice di secondo grado le questioni poste dal convenuto vittorioso, e non esaminate perchè rimaste assorbite (contrasto rimesso alle sezioni unite di questa Corte con la recente ordinanza pronunciata da sez. II, ordinanza 05.02.2015 n. 2118). Tuttavia anche l'orientamento meno rigoroso, ovvero quello che nega la necessità dell'appello incidentale (e che quindi gioverebbe all'odierno ricorrente), esige pur sempre che l'appellato vittorioso in primo grado, se intende essere manlevato nel caso di accoglimento del gravame, debba riproporre la domanda di garanzia *ex* art. 346 c.p.c., per evitare che la si possa presumere abbandonata. Nel nostro caso G.M., costituendosi in appello, tacque del tutto sulla domanda di garanzia da lui formulata contro la Milano: dunque non solo non propose appello incidentale, ma nemmeno ripropose in appello la questione della manleva. Questione che, pertanto, la Corte d'appello non era tenuta ad esaminare (*ex multis*, da ultimo, sez. L, sentenza n. 2051 del 30.01.2014, Rv. 629569).

5. Il primo motivo del ricorso incidentale.

5.1. Col primo motivo di ricorso incidentale A.E. sostiene che la sentenza impugnata sarebbe incorsa in un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. Espone, a riguardo, che la Corte d'appello avrebbe motivato in modo insufficiente la decisione di ritenere "nuova" la domanda di condanna di C.I. (e, per lui, delle sue eredi) per l'intervento eseguito nel 1991. 5.2. Il motivo è inammissibile. Il vizio di motivazione non è infatti concepibile rispetto ad *errores in procedendo*.

6. Il secondo motivo del ricorso incidentale.

6.1. Col secondo motivo di ricorso incidentale A.E. sostiene che la sentenza impugnata sarebbe viziata sia da una nullità processuale, ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.; sia da un vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. Espone, al riguardo, che la Corte d'appello non ha liquidato nè il danno patrimoniale consistito nel costo del trapianto di cornee cui l'attrice si sottopose nel 1997; nè quello consistente nel costo del futuro intervento per la sostituzione delle cornee trapiantate. Soggiunge che la relativa domanda si sarebbe dovuta ritenere implicitamente ricompresa nella richiesta di risarcimento dei danni "*subiti e subendi*", formulata con l'atto di citazione.

6.2. Il motivo è infondato. La ricorrente lamenta nella sostanza una omessa pronuncia. Il giudice tuttavia non è tenuto a provvedere su domande che non si-

ano ritualmente formulate (art. 112 c.p.c.). E nel caso di specie è la stessa ricorrente ad affermare (pag. 17 del ricorso) che la domanda di risarcimento del danno patrimoniale per spese mediche future (trapianto di cornea e sostituzione della cornea trapiantata quando ne sarebbe esaurita la funzionalità biologica) doveva ritenersi implicito nella domanda di risarcimento dei "danni subiti e subendi". Una domanda di risarcimento del danno concepita in questi termini deve ritenersi *tamquam non esset*.

6.2.1 L'art. 163, comma 2, nn. 3 e 4 c.p.c. impone all'attore di esporre, nell'atto di citazione: – la determinazione della cosa oggetto della domanda; – i fatti e gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda. In tema di risarcimento del danno da fatto illecito o da inadempimento contrattuale, la "cosa" oggetto della domanda è il pregiudizio di cui si invochi il ristoro, e gli "elementi di fatto" costitutivi della pretesa sono rappresentati dalla descrizione della perdita che l'attore lamenti di avere patito. L'adempimento dell'onere di allegare i fatti costitutivi della pretesa è preordinato: (a) a consentire al convenuto l'esercizio del diritto di difesa; (b) a consentire al giudice di individuare il *thema decidendum*. L'attore dunque non ha certamente l'onere di designare con un preciso *nomen iuris* il danno di cui chiede il risarcimento; nè ha l'onere di quantificarlo al centesimo: tali adempimenti non sono infatti strettamente necessari nè per delimitare il *thema decidendum*, nè per mettere il convenuto in condizioni di difendersi. L'attore ha invece il dovere di indicare analiticamente e con rigore i fatti a. materiali che assume essere stati fonte di danno. E dunque in cosa è consistito il pregiudizio non patrimoniale; in cosa è consistito il pregiudizio patrimoniale; con quali criteri di calcolo dovrà essere computato. Questo essendo l'onere imposto dalla legge all'attore che domanda il risarcimento del danno, ne discende che una richiesta di risarcimento dei "danni subiti e subendi", quando non sia accompagnata dalla concreta descrizione del pregiudizio di cui si chiede il ristoro, va qualificata generica ed inutile. Generica, perché non mette né il giudice, né il convenuto, in condizione di sapere di quale concreto pregiudizio si chieda il ristoro; inutile, perché tale genericità non fa sorgere in capo al giudice il potere-dovere di provvedere.

6.2.2. Questi principi sono stati ripetutamente affermati da questa Corte (già sez. un., sentenza n. 11353 del 17.06.2004, Rv. 574223, stabilì che l'onere di contestazione gravante sul convenuto, e quello di allegazione gravante sull'attore, sono tra loro speculari e complementari: sicché il mancato assolvimento del secondo, non fa sorgere il primo. Più di recente, sez. III, sentenza n. 10527 del 13.05.2011, Rv. 618210 ha affermato che "l'onere di allegazione (...) va adempiuto in modo circostanziato, non potendo risolversi in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche". Infine, Da ultimo, sez. III, sentenza n. 691 del 18/01/2012, Rv. 621357, ha stabilito che "le allegazioni che devono accompagnare la proposizione di una domanda risarcitoria non possono essere limitate alla prospettazione della condotta in tesi colpevole della controparte (...), ma devono includere anche la descrizione delle lesioni, patrimoniali e/o non patrimoniali, prodotte da tale condotta, dovendo l'attore mettere il convenuto in condizione di conoscere quali pregiudizi vengono imputati al suo comportamento, e ciò a prescindere dalla loro esatta quantificazione e dall'assolvimento di ogni onere probatorio al riguardo" (nello stesso senso, sez. III, sentenza n. 17408 del 12.10.2012, Rv. 624080). La sentenza d'appello, nel non prendere in esame una domanda formulata in termini inferiori alla soglia minima di ammissibilità, non ha dunque violato l'art. 112 c.p.c. Il motivo va dunque dichiarato infondato in ossequio al seguente principio di diritto: Chi domanda in giudizio il risarcimento del danno ha l'onere di descrivere in modo concreto i pregiudizi dei quali chiede il ristoro, senza limitarsi a formule vuote e stereotipe come la richiesta di risarcimento dei "danni subiti e subendi". Domande di questo tipo, quando non ne sia dichiarata la nullità *ex* art. 164 c.p.c., non fanno sorgere in capo al giudice alcun obbligo di provvedere in merito al risarcimento dei danni che fossero descritti concretamente solo in corso di causa.

7. Il terzo motivo del ricorso incidentale.

7.1. Col terzo motivo di ricorso incidentale A.E. sostiene che la sentenza impugnata sarebbe affetta sia da una violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (si assume violato l'art. 112 c.p.c.); sia sa un vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360, n. 5 c.p.c. Espone, al riguardo, che la Corte d'appello avrebbe errato per non aver liquidato il danno fisiognomia).
7.2. Il motivo - a prescindere da qualsiasi rilievo circa la pretesa di volere distinguere tra "danno biologico" e "danno fisiognomico" - è inammissibile per le medesime ragioni indicate al 6.2.1.

8. Le spese. La soccombenza reciproca costituisce giusto motivo per la compensazione integrale delle spese del presente grado di giudizio tra tutte le parti, ivi compresa la Casa di Cura Nomentana s.r.l.

P.Q.M.

(*Omissis*)

In evidenza

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili
Sentenza del 15 giugno 2015, n. 12307 - Pres. Rovelli, Rel. Travaglino

Testamento olografo –Non autenticità – Domanda di accertamento negativo – Necessaria

Le sezioni unite della Corte di cassazione, superando entrambi gli orientamenti sviluppatisi negli anni addietro – quello della querela di falso e quello del mero disconoscimento – hanno chiarito che per far valere la non veridicità del testamento olografo, nel caso in cui sussistano dubbi sulla provenienza del medesimo, è necessario che la parte interessata promuova un'azione di accertamento negativo[1].

[1] Nota redazionale a cura di Ylenia Zaira Alfano, Avvocato e Dottore di Ricerca in Istituzioni e politiche finanziaria, tributarie, previdenziali ed ambientali presso Università degli Studi di Napoli Federico II.

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite pongono fine ad una divergenza di vedute tra le sezioni semplici in ordine alle modalità di contestazione di un testamento olografo.

Sembra doveroso, in principio di indagine, chiarire la fisionomia dell'atto di ultima volontà che oggi ci impegna, peraltro particolarmente diffuso in quanto senz'altro rappresenta la forma più semplice per esprimere liberamente e spontaneamente le proprie volontà, non necessitando di un particolare rigore formale, del ricorso ad un notaio o della presenza di testimoni. Proprio per queste ragioni, ai fini del rispetto del c.d. "principio di autodeterminazione" del *de cuius*, la legge impone alla disposizione testamentaria olografa il rispetto dei requisiti richiesti dall'art. 602 c.c. che, al primo comma, dispone che il testamento sia scritto per intero di mano del testatore, ivi comprese la data e la sottoscrizione. Tre sono, infatti, i requisiti essenziali richiesti dalla disposizione codicistica per garantire la validità del testamento olografo: l'autografia, la data e la sottoscrizione.

L'autografia è la scrittura dell'atto in tutte le sue parti ad opera del testatore, senza l'ausilio di mezzi meccanici o di terzi. È ormai pacifico in giurisprudenza che la guida (o l'aiuto) della mano del testatore da parte di un terzo soggetto escluda il requisito dell'autografia, indispensabile per la validità del testamento, non rilevando l'eventuale corrispondenza del contenuto della scheda testamentaria alle volontà del *de cuius* (Cass. n. 24882/2013). È discusso, invece, se ritenere sussistente il requisito dell'autografia quando la guida della mano del *de cuius* da parte di un terzo sia necessaria a causa delle sue condizioni di salute o della carenza di istruzione (ad es. analfabeta), ma se in qualche caso il testamento è stato ritenuto valido (Cass. n. 32/1992), secondo l'indirizzo maggioritario, qualsiasi collaborazione alla materiale compilazione del documento (anche solo l'aver sorretto la penna o contribuito alla formulazione delle lettere) comporta la mancanza del requisito dell'autografia (Cass. n. 12458/2004; n. 7636/1991; n. 3163/1993).

La scrittura autografa può essere fatta con qualsiasi mezzo (penna, carbone, gesso) e su qualunque materia (carta, stoffa, legno, pietra), purché idonea a riceverla (Cass. n. 1089/1959; n. 920/1963; n. 394/1965).

Il testamento olografo può anche contenere segni geometrici (diagrammi, ecc.) ove indispensabili e inseriti in un contesto chiaro; essere redatto in dialetto o in una delle c.d. "lingue morte", purché conosciute dall'autore; assumere la forma di una lettera, laddove siano chiaramente espresse le ultime volontà del testatore.

Quanto alla data, secondo il disposto dell'art. 602, comma 3, c.c., essa «deve contenere l'indicazione del giorno, mese e anno». La sua chiara funzione è quella di indicare l'esatto momento cronologico in cui il testamento è stato redatto, indispensabile per stabilire quale sia il documento efficace in presenza di più atti complementari o per valutare, se al momento della stesura delle ultime volontà, il testatore fosse capace di intendere e di volere.

In merito all'impugnabilità dell'olografo, gli orientamenti, invero distonici, espressi dalla giurisprudenza nel corso degli anni si possono sintetizzare alla maniera che segue.

Secondo un primo indirizzo, il testamento olografo, andrebbe considerato al pari di una qualsiasi altra scrittura privata.

Di conseguenza, colui contro il quale la scheda testamentaria è prodotta, e che intende contestarne l'autenticità, avrebbe l'onere di disconoscere tale scrittura, mentre il soggetto che vuole far valere l'efficacia del testamento, al contrario, dovrebbe proporre l'istanza di verificazione (*infra multis*, cfr. Cass., sentenze nn. 7475/2005, 26943/2008, 28637/2011).

Secondo la differente impostazione, l'unico strumento per censurare la genuinità del testamento olografo sarebbe, invece, la proposizione di una querela di falso ai sensi degli artt. 221 e ss. c.p.c. Tale corrente di pensiero muove dal presupposto che il disconoscimento di una scrittura privata può provenire soltanto dal suo autore, per cui ad esso non si può ricorrere quando sussiste un'alterità soggettiva tra chi ha redatto il documento e chi intende metterne in discussione l'autenticità (Cass. nn. 16362/2003, 8272/2012).

Le Sezioni Unite, con sentenza 15 giugno 2015 n. 12307, Rel. Travaglino, componendo il relativo contrasto, hanno affermato il principio secondo il quale, ove la parte contesti l'autenticità del testamento olografo, la stessa è tenuta a proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura e di conseguenza – secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo – su di essa grava l'onere della relativa prova.

Tra le due tesi sostenute in dottrina e giurisprudenza ed appena riferite – quella della querela di falso e quella del mero disconoscimento – le Sezioni Unite hanno dunque prediletto una terza via, rispolverando l'impianto argomentativo e la soluzione del primo precedente del 1951 (Cass. 15 giugno 1951 n. 1545, Pres. Mandrioli, Est. Torrente, in *Foro it.*, 1951, I, c. 855). In quell'occasione, la Cassazione aveva ritenuto che «incombe al successibile *ex lege* che, dopo aver disconosciuto l'autografia del testamento olografo, promuove petizione d'eredità, l'onere di provare la falsità della scheda testamentaria». Ciò, in quanto l'attrice (nipote del *de cuius*) aveva promosso un'azione di accertamento negativo diretta a negare la qualità di erede testamentaria della convenuta, vedova del *de cuius*, «ed è noto l'insegnamento della migliore e prevalente dottrina» – aggiungeva il relatore Andrea Torrente – «che nelle azioni di accertamento negativo impone all'attore l'onere della

Cass., sez. un., 15 giugno 2015 n. 12307
Pres. Rovelli, Rel. Travaglino
(*Omissis*)

prova dell'inesistenza degli elementi costitutivi della fattispecie dedotta». Nè, poteva ritenersi – proseguiva la Cassazione – che il principio in questione soffrisse deroghe in relazione alla fattispecie della scrittura privata e del testamento olografo. In sostanza, «il principio generale, secondo il quale l'onere della prova nelle azioni di accertamento negativo incombe all'attore si applica anche in tema di accertamento negativo della provenienza di scritture private, o dell'autografia di testamenti olografi (senza che occorra qui precisare se all'uopo sia necessaria la querela di falso)».

In sostanza, il successore legittimo che intenda impugnare il testamento olografo per difetto di autenticità non può limitarsi a disconoscerlo, ma non è neppure tenuto ad esperire querela di falso: ad ogni modo, l'onere probatorio grava comunque sullo stesso, trattandosi di azione di accertamento negativo.

In applicazione del principio di diritto affermato, le sezioni unite cassano con rinvio alla Corte di appello di Roma la sentenza impugnata, relativa ad una vicenda sorta nel 1963 e ora continuata dagli eredi degli originari attori che, rivendicando il proprio diritto e il riconoscimento della qualità di erede, avevano impugnato il testamento olografo – con cui il *de cuius* attribuiva l'intero patrimonio alla vedova – a loro dire falso per difetto di autenticità.

Sembra che le ragioni sottese ad una siffatta decisione possano essere ricondotte, quantomeno, a tre nuclei motivazionali fondamentali.

La prima è di ordine sostanziale, atteso che il testamento, ossia l'atto che raccoglie le ultime volontà del *de cuius*, non può essere equiparato con eccesso di superficialità ad una qualsiasi scrittura proveniente da terzi. Per funzione sociale e caratteristiche proprie, il testamento conserva – e deve conservare – la fisionomia di atto "unico" nell'ambito dell'ordinamento delle successioni, in particolare, e – più generale – dell'intero diritto privato.

La seconda motivazione sembra, invece, assumere natura probatoria, in quanto non appare giustificabile il forte squilibrio tra chi si limita *sic et simpliciter* a disconoscere il testamento e chi, al contrario, ha l'obbligo particolarmente gravoso di dimostrarne la genuinità. La decisione, in questo senso, sembra rispondere a più generali esigenze di giustizia sostanziale e processuale insieme.

La terza ragione, infatti, sembra proprio di economia processuale, nel senso che si vuole evitare che il procedimento incidentale conseguente alla querela di falso determini un inutile e gravoso dispendio di risorse giudiziarie.

In conclusione, dunque, a fronte di una domanda giudiziale basata sulla dedotta autenticità di un testamento olografo per far valere i connessi diritti di erede, chi – sul versante processuale contrapposto - ne eccepisce la falsità, è tenuto anche a provare tale fatto per impedire l'accoglimento dell'azione di parte avversa. Il suddetto principio – così come cristallizzato nella pronuncia delle Sezioni unite - inciderà certamente sul contenzioso in materia di successioni testamentarie e, soprattutto, solleciterà l'esperimento di nuove strategie processuali che possano venire meglio incontro al soddisfacimento delle esigenze degli assistiti. Il che potrebbe dare luogo ad un contenzioso particolarmente "dinamico" e stimolante, soprattutto qualora si tenga conto della circostanza che, come noto, ove l'attore proponga domanda di accertamento negativo di un diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria, ma formuli, a sua volta, domanda riconvenzionale per conseguire il riconoscimento del diritto negato da controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive e contrapposte pretese, restando soccombente chi non assolva tale onere.

I fatti

1.1118 luglio 1963 decedeva C.A.

1.1. La vedova A. C. ne fece pubblicare un testamento olografo, dell'8 luglio 1963, con il quale le veniva attribuito l'intero patrimonio.

1.1.2. Gli altri eredi, C., B., C. e G. G. A., premesso che il defunto, dal giugno 1963, era stato colpito da ictus ed era caduto in stato di totale incoscienza sino al decesso, convennero in giudizio la C. impugnando il testamento, a loro dire falso per difetto di autenticità, e rivendicarono il proprio diritto al riconoscimento della qualità di eredi, oltre alla attribuzione dei beni del *de cuius* e alla declaratoria di indegnità della vedova, con conseguente condanna alla restituzione dei frutti percepiti.

1.1.3. In subordine, osservarono che, comunque, il testamento sembrava assegnare alla C. il solo usufrutto dei beni ereditari, con conseguente diritto di essi attori alla nuda proprietà.

2. Il Tribunale di Roma, con sentenza del 12 gennaio 1981, rigettò le domande.

2.1. La pronuncia si fondava sull'assunto che il testamento olografo disconosciuto dagli attori fosse impugnabile soltanto con querela di falso, che, nella specie, pur se ritualmente formulata, appariva sfornita di prova.

3. In concomitanza con l'appello proposto avverso questa sentenza, fu introdotto dagli appellanti un autonomo giudizio per querela di falso.

3.1. La domanda fu accolta in entrambi i giudizi di merito.

3.2. Questa Corte, investita dell'impugnazione della sentenza di appello sul falso, rilevato un difetto di contraddittorio, annullò la decisione con sentenza n. 2671 del 23 febbraio 2001, senza che la causa fosse mai riassunta.

4. L'appello proposto avverso la sentenza del 1981 venne deciso il 29 ottobre 2007 dalla Corte capitolina, che rilevò in limine la mancata impugnazione in parte qua della sentenza di primo grado affermativa della necessità della querela, e, verificato che il separato processo per querela di falso si era estinto per mancata riassunzione, rigettò il gravame.

5. Avverso questa sentenza hanno proposto separato ricorso B. A. e G. B. A. (il secondo nella qualità erede di C. A.).

5.1. D. e L. P. (eredi C. A.) hanno resistito proponendo a loro volta ricorso incidentale (anche) condizionato, cui ha resistito B. A. con controricorso.

5.1.1. Vi sono in atti memorie illustrative.

6. Per quanto di rilievo nel presente giudizio di rimessione a queste sezioni unite, B. A. ha lamentato (con il secondo motivo di ricorso) la violazione e falsa applicazione degli artt. 214 e seguenti e 221 e seguenti, c.p.c, anche in relazione agli artt. 163, 345 e 112 c.p.c. (art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.) sostenendo che, se la pronuncia impugnata avesse inteso confermare la

sentenza di primo grado nella parte in cui individuava nella querela di falso e non anche nella verificazione di scrittura l'unico mezzo per infirmare il testamento olografo, tale motivazione doveva ritenersi censurabile alla luce del più corretto orientamento giurisprudenziale che riconosceva la possibilità di ricorso ad entrambi gli strumenti processuali (querela di falso e disconoscimento seguito dalla verificazione) per contestare la genuinità del testamento

6.1. Formulava, a tal fine, il seguente quesito di diritto: Dica la corte se all'erede legittimo deve ritenersi consentita la facoltà di disconoscere, ai sensi e per gli effetti degli artt. 214 e seguenti c.p.c., il testamento olografo fatto valere contro di lui, e se tale disconoscimento può essere esercitato anche in sede di azione di *petitio heraeditatis*, nel corso della quale l'erede legittimo esplicitamente contesti l'autenticità del predetto testamento.

6.2. Dello stesso tenore i motivi di impugnazione di G. B. A., che, nella (più ampia) formulazione del quesito, chiede tra l'altro a questa Corte la conferma del principio di diritto secondo il quale il testamento olografo può essere disconosciuto *ex* artt. 214 e segg c.p.c. dall'erede legittimo che disconosca l'autenticità del testamento e che l'onere della proposizione dell'istanza di verificazione del documento contestato incombe su chi vanti diritti in forza di esso.

7. Con ordinanza di rimessione n. 28586 del 20 dicembre 2013, la seconda sezione, investita dei ricorsi riuniti, e con riguardo al comune motivo relativo allo strumento processuale utilizzabile per contestare l'autenticità del testamento olografo, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, che li ha a sua volta trasmessi a queste sezioni unite, ritenendo opportuna la risoluzione del contrasto esistente nella giurisprudenza della Corte di legittimità *in subiecta materia*.

7.1. Con il citato provvedimento interlocutorio si rileva che, sulla questione, si sono diacronicamente contrapposti due orientamenti.

7.2. Secondo un primo indirizzo, il testamento olografo, nonostante i requisiti di forma previsti dall'art. 602 c.c., trova comunque la sua legittima collocazione tra le scritture private, sicché, sul piano della efficacia sostanziale, è necessario e sufficiente che colui contro il quale sia prodotto disconosca (*rectius*, non riconosca) la scrittura, da ciò derivando l'onere della controparte, che alla efficacia di quella scheda abbia invece interesse (perché fonte della delazione ereditaria), di dimostrare la sua provenienza dall'autore apparente.

7.2.1. Si evidenzia in particolare che, alla luce di tale orientamento nell'ipotesi di conflitto tra l'erede legittimo che disconosca l'autenticità del testamento e colui il quale vanti diritti in forza di esso, l'onere della proposizione dell'istanza di verificazione del documento contestato incombe su quest'ultimo, cui spetta la dimostrazione della qualità di erede, mentre nessun onere, oltre quello del disconoscimento, grava sul primo, con l'ulteriore conseguenza che, sulla ripartizione dell'onere probatorio, nessuna rilevanza può attribuirsi alla posizione processuale delle parti - ossia se la falsità del documento sia fatta valere in via principale dall'erede legittimo che a tal fine abbia proposto l'azione, oppure se, introdotto dall'erede testamentario un giudizio per il riconoscimento dei propri diritti ereditari in forza della scheda testamentaria, questa sia stata disconosciuta dall'erede legittimo. 7.3. Un secondo orientamento, pur senza iscrivere il testamento olografo nella categoria degli atti pubblici, ne evidenzia tuttavia la (particolare elevata) rilevanza sostanziale e processuale, di talché la contestazione della sua autenticità si risolve in un'eccezione di falso, e deve essere sollevata soltanto nei modi e con le forme di cui all'art. 221 e ss. c.p.c., con il conseguente onere probatorio a carico della parte che contesti la genuinità della scheda testamentaria.

7.4. L'ordinanza di rimessione non tralascia di osservare come queste stesse sezioni unite, con la sentenza n. 15169 del 23 giugno 2010, chiamate a risolvere un altro contrasto insorto sui modi di contestazione delle scritture private provenienti da terzi estranei alla lite, ebbero modo di indicare, sia pur *in obiter*, nella querela di falso lo strumento processuale idoneo a privare di ogni efficacia il testamento olografo, anche se proprio il detto carattere di *obiter dictum* ha impedito il superamento della contrapposizione tra i due indirizzi - tanto che in epoca successiva ad essa si leggono pronunce ancora orientate in un senso o. nell'altro, pur nella consapevolezza del *dictum* delle sezioni unite.

7.5. Dalla constatazione dell'apparente insanabilità di un ormai pluridecennale contrasto tra i due orientamenti l'ordinanza di rimessionedel1a seconda sezione civile ha tratto motivo per rimettere la questione a queste sezioni unite affinché provvedano alla sua ricomposizione, anche alla luce degli studi e delle conclusioni (a loro volta non univoci) cui è pervenuta la dottrina specialistica.

7.5.1. Non può tacersi che le singole indagini ermeneutiche sfociate nell'adesione all'uno o all'altro indirizzo appaiono ciascuna sorretta da argomentazioni che, singolarmente valutate, si caratterizzano tutte e parimenti per autorevolezza e persuasività, così che l'odierna questione non pare potersi ricondurre, *sic et simpliciter*, ad una superficiale scelta dello strumento processuale cui ricorrere per contraddire o impedire che il testamento acquisti efficacia nei riguardi di chi non ne è menzionato quale beneficiario, ovvero, su di un piano del tutto speculare, perché possa farsi valere nei confronti di chi, potenziale erede ab intestato, dalla efficacia di quell'atto veda compromesse, le proprie pretese ereditarie, consacrando definitivamente i diritti del successore chiamato nella scheda olografa.

7.5.2. La scelta *de qua* postula, difatti, la parallela indagine in ordine al valore, anche probatorio, delle scritture private che non provengono da nessuna delle

parti in causa, e in ordine al riparto dell'onere probatorio.

7.5.3. E ciò perché il testamento olografo non è solo un documento che fonda, o contribuisce a fondare, sul piano probatorio, le ragioni della parte in causa, ma costituisce esso stesso il titolo in forza del quale il soggetto ivi menzionato diviene titolare di diritti soggettivi, e in ragione del quale si realizza la successione *in locum et ius defuncti*.

8. Ricostruendo *funditus* i termini del contrasto, emerge come parte della giurisprudenza di questa Corte, neI riconoscere ai testamento olografo natura giuridica di scrittura privata, ammetta che la contestazione della autenticità della sua sottoscrizione possa legittimamente compiersi attraverso il semplice disconoscimento (i. e. il non riconoscimento) della scheda testamentaria.

8.1. La tesi trova un suo risalente precedente nella pronuncia di cui a Cass. n. 3371 del 16 ottobre 1975, secondo cui la parte che intenda contestare l'autenticità di una scrittura privata non riconosciuta non deve proporre querela di falso, occorrendo invece impugnare, in via di eccezione, la sottoscrizione mediante il disconoscimento, con la conseguenza che graverebbe sulla controparte l'onere di chiedere la verificazione e di dimostrare l'autenticità della scheda testamentaria. A fondamento di tale decisione la Corte pose la considerazione secondo cui lo strumento della querela di falso si rende indispensabile solo quando la scrittura abbia acquistato l'efficacia di piena prova ai sensi dell'art. 2702 c.c. per riconoscimento tacito o presunto, ovvero all'esito del procedimento di verificazione (e ciò anche nell'ipotesi in cui, contro l'erede istituito con un precedente testamento, sia prodotto un successivo testamento istitutivo di altro erede).

8.2. La giurisprudenza favorevole allo strumento processuale della verificazione *ex* art. 214 c.p.c., peraltro, non esclude tout court il ricorso alla querela di falso, riconosciuta come strumento alternativo rispetto al semplice disconoscimento (così, tra le altre, Cass. n. 3883 del 22 aprile 1994), ma mette a sua volta in rilievo - sulla premessa per cui l'onere probatorio ricade sulla parta che del testamento voglia servirsene e che a tal fine propone l'istanza di verificazione (salvo la diversa scelta della controparte di promuovere azione di querela di falso) - la non incidenza sull'onere probatorio della posizione processuale assunta dalle parti stesse (e cioè se l'azione sia esperita dall'erede legittimo che adduca in via principale la falsità del documento, ovvero dell'erede testamentario che voglia far valere i propri diritti (Cass. n. 7475 del 12 aprile 2005).

83. Tracce dell'orientamento in parola si rinvengono anche in epoca successiva al ricordato *obiter* di queste sezioni unite.

8.3.1. Secondo Cass. n. 28637 del 23 dicembre 2011, difatti — riaffermatosi in premessa che querela di falso e disconoscimento sono istituti preordinati a finalità diverse e del tutto indipendenti tra loro -, il testamento olografo non perderebbe la sua natura di scrittura privata per il fatto di dover rispondere ai requisiti di forma imposti dalla legge (*ex* art. 602 c.c.), volta che esso deriva la sua efficacia dal riconoscimento, espresso o tacito, che ne compia il soggetto contro il quale la scrittura è prodotta: quest'ultimo, per impedire tale riconoscimento e contestare tout court l'intera scheda testamentaria, deve dunque proporre l'azione di disconoscimento, che pone a carico della controparte l'onere di dimostrare, in contrario, che la scrittura non è stata contraffatta e proviene, invece, effettivamente dal suo autore apparente.

9. A questo indirizzo si contrappone l'orientamento che, pur non attribuendo valore di atto pubblico al testamento olografo, postula, per la contestazione della sua autenticità, la proposizione della querela di falso.

9.1 Anche tale filone interpretativo ha origini assai risalenti: si legge in Cass. n. 2793 del 3 agosto 1968 che la contestazione dell'erede legittimo si risolve in una eccezione di falso, da sollevarsi esclusivamente nelle forme di cui agli artt. 221 c.p.c e ss., atteso che il disconoscimento può provenire soltanto da chi sia autore dello scritto o da un suo erede - in tal senso, e prima ancora, Cass. n. 766 del 18 marzo 1966, secondo la quale il principio sostanziale dell'art. 2702 c.c. volto a disciplinare l'efficacia in giudizio della scrittura privata riconosciuta effettivamente o presupposta tale, e la procedura di disconoscimento e di verificazione regolata dagli artt. 214 e ss. c.p.c., sono istituti applicabili solo alle scritture provenienti dai soggetti del processo e alla ipotesi di negazione della propria scrittura o della propria firma da parte di quel soggetto contro il quale sia stato prodotto lo scritto. Quando invece l'atto non sia attribuibile alla parte contro cui viene prodotto, la contestazione della sua autenticità, risolvendosi in una eccezione di falso, necessita della relativa querela.

9.2. Sarà proprio questo risalente insegnamento a costituire a lungo una delle più solide basi su cui si fonda l'indirizzo giurisprudenziale favorevole al ricorso allo strumento disciplinato dagli artt. 221 e segg. cit. Gli eredi legittimi che contestano l'autenticità della scheda olografa, secondo questa interpretazione (fatta propria anche da una parte della dottrina), devono, difatti, ritenersi soggetti estranei alla scrittura testamentaria, onde la loro esclusione anche dallo schema dell'art. 214, secondo comma, c.p.c.

9.3. Conferma indiretta della ratio di tale ricostruzione si trova nella pronuncia di cui a Cass. n. 1599 del 28 maggio 1971, la quale, pur concludendo nella specie per la legittimità del solo disconoscimento, a ciò perviene solo in ragione della qualifica di erede attribuita alla parte che in concreto ed in quel giudizio contestava un testamento olografo. Si legge, difatti, in sentenza che l'erede istituito col primo testamento,

agendo con la *petitio heraeditatis* in quanto investito di un valido titolo di legittimazione fino al momento in cui non ne sia dichiarata giudizialmente la caducazione, conserva pur sempre la veste di erede anche nei confronti di altro soggetto che pretenda avere diritto alla eredità in base a successiva disposizione testamentaria, così che egli non può qualificarsi terzo fino al momento del definitivo accertamento della validità del secondo testamento, ed è legittimato a contestare l'efficacia del testamento posteriore mediante il mero disconoscimento, senza necessità di proporre querela, incombendo sull'altra parte che abbia proposto domanda riconvenzionale – tendente a far dichiarare la validità del secondo testamento e la conseguente caducazione delle disposizioni contenute nel primo – l'onere di provare tale domanda chiedendo la verificazione dell'olografo successivo di cui intende avvalersi.

9.4. L'indirizzo favorevole alla querela di falso, che tiene conto della provenienza della scrittura, risulta espresso in seguito da Cass. n. 16362 del 30 ottobre 2003, secondo cui la procedura di disconoscimento e di verificazione di scrittura privata riguarda unicamente le scritture provenienti da soggetti del processo e presuppone che sia negata la propria firma o la propria scrittura dal soggetto contro il quale il documento è prodotto, mentre, per le scritture provenienti da terzi estranei, come nel caso del testamento olografo, la contestazione non può essere sollevata secondo la disciplina dettata dalle predette norme, bensì nelle forme dell'art. 221 e ss. c.p.c., perché si risolve in una eccezione di falso.

9.5. Le argomentazioni a favore dello strumento della querela, principalmente incentrate sull'assunto della terzietà del soggetto rispetto al testamento olografo contro di lui prodotto, trovano una peculiare evoluzione interpretativa nella già ricordata sentenza di queste Sezioni Unite n. 15169 del 2010 (sopra, 7.4).

Intervenendo sul contrasto relativo ai modi di contestazione delle scritture private provenienti da terzi estranei alla lite, la pronuncia ne ricostruisce l'efficacia probatoria inquadrandole tra le prove atipiche dal valore meramente indiziario, e, tenendo conto di tale valore probatorio, afferma che esse possono essere liberamente contestate dalle parti; ma, circoscrivendone l'analisi con particolare riguardo al testamento olografo, nega poi che un simile documento possa annoverarsi tra le prove atipiche per l'incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata riconosciutagli, ritenendo (senza che l'affermazione costituisca *ratio decidendi* della pronuncia) che la sua contestazione necessiti della querela di falso.

9.5.1. L'intero plesso argomentativo della sentenza rende peraltro tale *obiter* del tutto peculiare, poiché le stesse scritture provenienti da terzi finiscono per distinguersi in due sottocategorie - la prima, contenente la generalità delle scritture, a valenza probatoria "debole", la seconda, comprensiva di atti di particolare incisività perché essi stessi titolo immediatamente esecutivo del diritto fatto valere, a valenza sostanziale e processuale "particolarmente pregnante" -, per la contestazione di ciascuna delle quali si indica uno distinto strumento processuale.

9.6. L'orizzonte della giurisprudenza di legittimità si sposta così, alla luce della soluzione adottata, dal rapporto tra scrittura e soggetto (terzo) contro cui è prodotta al valore intrinseco del documento, in una nuova e più attenta consonanza con la relativa elaborazione dottrinaria.

9.6.1. L'indirizzo favorevole alla tesi della necessità della querela trova, infine, recente conferma nella pronuncia di cui a Cass. n. 8272 del 24 maggio 2012, predicativa della correttezza del rimedio processuale disciplinato dagli arti. 221 e ss. c.p.c. essendo il testamento un documento proveniente da terzi, e riaffermativa, nel solco delle Sezioni Unite, dell'incidenza sostanziale e processuale particolarmente elevata della scheda olografa, che giustifica il ricorso alla querela di falso per contestarne l'autenticità.

10. Il panorama giurisprudenziale si completa con l'antico enunciato di cui a Cass. n. 1545 del 15 giugno 1951, che, premessa la legittimità della proposizione di un'azione di accertamento negativo in ordine alla provenienza delle scritture private e del testamento olografo, afferma che l'onere della prova spetta all'attore che chieda di accertare la non provenienza del documento da chi apparentemente ne risulta l'autore, in consonanza con l'opinione dottrinaria secondo cui la contestazione della genuinità del testamento olografo si traduce in una domanda di accertamento negativo della validità del documento stesso.

10.1. La pronuncia (senza assumere tuttavia posizione esplicita sulla forma di tale accertamento negativo, se, cioè, dovesse o meno seguire le forme della querela di falso), fu oggetto di autorevoli consensi e di penetranti critiche in dottrina (in estrema sintesi, alla tesi secondo cui l'impugnazione per falsità del testamento olografo si risolve in una *quaestio nullitatis*, con conseguente applicabilità alla fattispecie della norma di cui all'art. 606 c.c. dettata in tema di nullità del testamento olografo per mancanza dei requisiti si replicò che l'olografo impugnato per falsità non è nullo per difetto di forma ma inesistente), non trovò ulteriore seguito in giurisprudenza, che vide così contrapporsi, come finora ricordato, la tesi della verificazione a quella della querela, con opposte conseguenze in ordine all'onere della prova, ripartito sul presupposto delle diverse finalità e dell'indipendenza dei due istituti.

11. La questione del riparto degli oneri probatori, in particolare, fu oggetto di approfondita disamina nella sentenza di questa Corte n. 3880 del 18 giugno 1980, ove si legge che la querela postula l'esistenza di una scrittura riconosciuta, mentre il disconoscimento, investendo la provenienza stessa del documento, mira

a impedire che la scrittura medesima acquisti efficacia probatoria, con la conseguènza che chi contesti l'autenticità della sottoscrizione della scrittura onde impedire che all'apparente sottoscrittore di essa venga imputata la dichiarazione sottoscritta nella sua totalità, deve disconoscere la sottoscrizione e non già proporre la querela di falso, mentre invece, allorché sia accertata l'autenticità della sottoscrizione, chi voglia contestare la provenienza delle dichiarazioni contenute nella scrittura di colui, che, ormai incontrovertibilmente, 1'ha sottoscritta, ha l'onere di proporre la querela di falso.

12. In una dimensione del tutto speculare rispetto alle posizioni della giurisprudenza, la dottrina specialistica si è a sua volta divisa tra i due citati e dominanti orientamenti, con argomentazioni che fanno di volta in volta riferimento

- al rapporto tra provenienza della scrittura e parte in causa contro cui è prodotta;
- alla valutazione del documento per la riconosciuta incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata;
- all'esigenza di tener separato il piano del contenuto del testamento (concreto *thema probandum*) da quello dello strumento mediante il quale esso possa acquisire rilevanza agli effetti processuali.

Su di un piano più generale, ciascuna delle tesi proposte non appare poi insensibile al problema dell'efficacia delle scritture private, e dei relativi strumenti di impugnazione.

13. La tesi favorevole all'indirizzo che reputa sufficiente il ricorso al disconoscimento colloca tout court il testamento olografo tra le scritture private.

13.1. Tale ricostruzione della scheda testamentaria è sostanzialmente univoca, salva l'attribuzione ad essa di quel "valore intrinsecamente elevato" evidenziato da questa stesse sezioni unite nel 2010. Distinzione peraltro criticata da chi ne contesta il fondamento normativo, denunciando l'irragionevolezza dell'attribuzione ad alcuni documenti provenienti da terzi di un regime giuridico "rafforzato" rispetto a quanto assicurato alle scritture private provenienti dalle parti – regime del quale si lamenta l'assenza di un efficace riferimento normativo che sostenga l'intrinseco grado di attendibilità del testamento olografo a giustificazione della necessaria proposizione della querela di falso, e la conseguente confusione concettuale tra il piano processuale e quello sostanziale (confondendosi cioè l'aspetto morfologico del documento e del suo contenuto con lo strumento processuale funzionale al suo riconoscimento sul piano della prova in giudizio»

Tale sovrapposizione concettuale conduceva, difatti, secondo tale orientamento, all'errore in cui incorrevano i sostenitori della necessità di ricorrere alla querela di falso, così criticandosi l'assunto secondo cui incombeva su colui che contestava il testamento olografo la prova del suo accertamento negativo, e ritenendosi invece sufficiente, al pari di ogni scrittura privata, il mero disconoscimento del documento. 13.2. L'indirizzo favorevole al semplice disconoscimento della scheda testamentaria apparve, peraltro, *illico et immediate* destinato a confrontarsi con due delicate questioni.

13.2.1. La prima questione aveva ad oggetto il rapporto tra autore del testamento e parti in causa, poiché il testamento proviene pur sempre da un terzo rispetto alle parti del processo, però solo esulando, secondo i sostenitori della tesi della querela di falso, dalla fattispecie normativa di cui all'art. 214 c.p.c. — a tanto replicandosi che la scheda olografa, pur materialmente proveniente da chi non può assumere la qualità di parte in senso processuale o sostanziale, acquistando efficacia solo con la morte del suo autore, è pur tuttavia caratterizzata da una sua così specifica peculiarità che la posizione di "parte" del destinatario della attribuzione deriva unicamente dalla devoluzione ereditaria, evidenziandosi poi l'esistenza di casi in cui il documento, pur non provenendo da alcuna delle parti in causa, non può essere considerato alla stregua di una scrittura di terzo estraneo alla lite.

13.2.2. Si è ancora opinato, avvertendo l'utilità di circoscrivere la qualità di terzo rispetto alla scrittura privata prodotta in giudizio (e dunque all'olografo), che, dall'esame esegetico degli artt. 2702, 2704 c.c., 214 c.p.c., e in una più ampia dimensione di teoria generale del diritto, il concetto di terzo ha natura relazionale, per tale intendendosi chi è estraneo a un qualsiasi rapporto o atto giuridico, così individuandosi tre diverse dimensioni in cui si colloca il concetto di terzo (e, specularmente, quello di parte), e cioè quella proprio della formazione della scrittura (che, considerando la convenzione come fatto storico puntuale, definisce "parte" colui che abbia sottoscritto o vergato di suo pugno la scrittura, e correlativamente terzo chi non abbia né sottoscritto né vergato a mano la medesima), quella negoziale (afferente alla situazione giuridica di diritto sostanziale disciplinata dal contenuto della scrittura privata prodotta in giudizio, in tale prospettiva essendo parte la persona fisica/soggetto autore della dichiarazione), e infine quella processuale (quella, cioè del giudizio in cui la scrittura privata è prodotta, in questa accezione essendo "terzo" la persona fisica che non in giudizio nel processo pendente).

L'espressione "eredi o aventi causa" utilizzata dal secondo comma dell'art. 214 c.p.c. andrebbe, pertanto, intesa in senso ampio, e comprensiva di tutti coloro che si trovino in una "generica posizione di dipendenza".

13.2.3. La critica alla preclusione del disconoscimento imposta all'erede legittimo (formalmente terzo sino alla declaratoria di non autenticità o di falsità dell'olografo), si appunta ancora sull'erronea valorizzazione del nesso processuale tra il documento ed il soggetto, mentre anche il successibile *ex lege*, in ragione della propria posizione sostanziale, non sarebbe "terzo" bensì soggetto contro il quale l'olografo è prodotto.

13.2.4. La posizione del successibile *ex lege* (se parte o terzo rispetto al testamento olografo che istituisca erede altro soggetto), dissolta in parte qua la differenza tra erede legittimo e quello testamentario ai fin del mezzo cui ricorrere per contestare una scheda olografa, diviene così oggetto di un accertamento giudiziale circoscritto alla fattispecie successoria (legale o testamentaria) invocata in proprio favore, onde il riparto dell'onere della prova andrebbe riferito unicamente all'effetto giuridico di tale fattispecie: costituendo proprio il negozio Testamentario il tema della prova, dell'attore o del convenuto, il relativo onere graverebbe ipso facto su colui che vuol far valere quel documento, con l'effetto che la parte nei cui confronti l'atto testamentario é prodotto può limitarsi al disconoscimento.

13.2.5. La seconda questione, a sua volta influente sull'elaborazione teorica che ha riguardo all'onere della prova, esplora il rapporto tra successione legittima e successione testamentaria, e la supposta preminenza della seconda sulla prima. Si afferma, così, che il tenore dell'art. 457, secondo comma, c.c. (a mente del quale "non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria") attribuirebbe alle norme sul testamento valenza dispositiva, a fronte della valenza suppletiva della legittima. Per i fautori della querela di falso, questa preminenza inciderebbe in modo determinante sulla ripartizione dell'onere probatorio, perché la contestazione del testamento olografo si traduce in una azione di accertamento negativo volta che, a fronte della "posizione consolidata" attribuita dal testamento all'erede votato, chi voglia impugnarlo avrebbe l'onere di dimostrare la falsità della provenienza o la insussistenza dei requisiti di validità, in osservanza dei principi generali di ripartizione dell'onere probatorio prescritti dall'art. 2697 c.c.

La preminenza della successione testamentaria è stata, peraltro, autorevolmente contestata, sino ad invertirne il rapporto con quella legittima, attribuendo a quest'ultima funzione primaria (e conseguentemente carattere dispositivo alla sua disciplina), residuando alla vocazione testamentaria un carattere soltanto suppletivo: di qui, la legittimità del (solo) disconoscimento della scheda testamentaria.

14. La tesi favorevole all'indirizzo che reputa necessaria la querela di falso muove dalla premessa secondo cui il testamento olografo, costituendo una autentica prova legale, può essere "distrutto", e oggetto di verifica, soltanto attraverso lo strumento processuale di cui agli artt. 221 ss. c.p.c..

14.1. Le posizioni dottrinarie contrarie al disconoscimento, meno numerose, non appaiono tuttavia meno autorevoli per la dovizia delle argomentazioni addotte, volte ad indagare *funditus* sugli aspetti, sostanziali e processuali, riconducibili alle peculiarità del testamento olografo.

14.2. Pur non dubitandosi della estraneità del testamento dalla categoria degli atti pubblici, ne viene pur tuttavia evidenziato il carattere sui generis sul piano sostanziale, reso manifesto innanzitutto dalla circostanza che la falsificazione della scheda olografa, nel diritto penale, è equiparata, *quoad poenam*, al medesimo reato avente ad oggetto gli atti pubblici, secondo quanto previsto dall'art. 491 c.p., mentre la stessa condotta criminosa, a differenza che per le scritture private, è perseguibile d'ufficio ai sensi del successivo art. 493 bis.

14.3. Non si omette poi di considerare che l'olografo produce immediatamente e direttamente effetti nella sfera giuridica del terzo, e costituisce, una volta pubblicato, titolo immediato di acquisto per l'erede e per il legatario, come prescritto dall'art. 620 quinto comma c.c., trattandosi di scrittura la cui efficacia non necessita dell'accertamento della autenticità, e comunque distinta da tutte le altre scritture private, per loro natura inidonee a costituire titolo immediatamente costitutivo di diritti verso i beneficiati.

14.4. Al riconoscimento del suo intrinseco valore sul piano sostanziale contribuisce, secondo tale orientamento, la stessa disciplina delle nonne sulla pubblicità degli atti (in particolare, gli artt. 2648 e 2660 cod. civ.), che consentono la trascrizione dell'acquisto a causa di morte per effetto della sola presentazione del testamento e dell'atto di accettazione della eredità, restando così implicitamente confermata la non necessità di verificare l'autenticità della scheda, in evidente contrapposizione con il trattamento riservato alle altre scritture private, che possono trascriversi solo se autenticate o giudizialmente accertate, secondo il disposto dell'art. 2657 c.c.

14.5. Si è poi contestato che il procedimento di verificazione sia adeguato al disconoscimento del testamento, trovandosi il documento in deposito presso un notaio per la pubblicazione art. 620 c.c.): e se per la querela di falso l'art. 224 prevede il sequestro del documento quale misura più elevata per la sua custodia quando è tenuto presso un depositario, nessuna disposizione così rigorosa è prevista nel procedimento di verificazione.

14.6. Sul piano più squisitamente processuale, si poi affermato che la contestazione della autenticità del testamento andrebbe esercitata servendosi del più rigoroso strumento della querela non tanto per la efficacia probatoria del documento, quanto perché, in materia di contraffazione, l'azione di verificazione si risolverebbe in una iniziativa processuale identica nel contenuto alla querela, ma inammissibilmente libera dalle formalità essenziali che la legge prevede invece nella disciplina dettata dagli arte. 221 e ss. c.p.c.. E si è ancora posto l'accento sulla natura dell'accertamento – per i suoi riflessi sull'onere della prova – e sulla posizione di terzietà del successibile *ex lege* rispetto al testamento.

14.6.1. La soluzione della querela, difatti, conduce, secondo i suoi sostenitori, ad un più corretto riparto dell'onere della prova, che verrebbe a gravare su chi contesta il testamento olografo, in ossequio al disposto dell'art. 2697 e dell'art. 457, secondo comma, c.c., il quale ultimo prevede la successione *ex lege* solo in mancanza di vocazione testamentaria - risolvendosi la contestazione del documento olografo, come si è detto, in una domanda di accertamento negativo (così aderendosi alla tesi della preminenza della vocazione testamentaria rispetto alla legale). Quanto poi al rapporto tra erede ab intestato e testamento, si afferma che il disconoscimento di una scrittura non può provenire da terzi, poiché tale strumento è riservato alle parti contro cui il documento è rivolto, e agli eredi o aventi causa, che possono limitarsi a non riconoscere la scrittura o la sottoscrizione del suo autore. La fattispecie normativa si riferisce, difatti, ad una scrittura del *de cuius* prodotta contro gli eredi a fondamento di una pretesa eccepita nei loro riguardi, mentre, prodotto il testamento, deve escludersi che chi lo contesti possa qualificarsi, sic et simpliciter, erede, poiché detta qualifica in capo ai parenti che lo impugnano richiede proprio la dimostrazione della falsità del testamento: per il successibile *ex lege* non residuerebbe, dunque, che lo strumento della querela di falso per contestare l'autenticità del testamento olografo.

15. Gli arresti giurisprudenziali e il perdurante contrasto che li caratterizza, al pari delle divergenti conclusioni cui è pervenuta la stessa dottrina, sono lo specchio della complessità della questione posta al collegio, la cui soluzione sul piano teorico è destinata ad assumere un determinante rilievo nelle controversie per lesione di legittima ove assai di frequente si sollevano, in via di domanda o di eccezione, doglianze in ordine alla autenticità del testamento.

La peculiarità e la singolarità della questione sta poi nel fatto che tanto gli argomenti che sorreggono quanto le critiche che contestano ciascuna delle possibili soluzioni non mancano di autorevolezza e di forza persuasiva.

16. A sostegno della sufficienza del disconoscimento gli argomenti maggiormente convincenti appaiono quelli predicativi:

- della natura di scrittura privata del testamento olografo;
- della attribuzione al successibile *ex lege* della qualità di erede dell'(apparente) autore della scheda olografa;
- della netta distinzione tra il piano sostanziale, che riguarda più propriamente il *thema* probandum, e il piano processuale, che riguarda le modalità con le quali in un processo può trovare ingresso, con dignità di prova, il documento di delazione testamentaria.

17. L'indirizzo a sostegno della necessità della querela di falso trova invece fondamento:

- nella incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata che è riconosciuta al testamento, testimoniata da un plesso di norme la cui lettura depone (deporrebbe) in tal senso;
- nella esclusione in capo al successibile *ex lege* della qualità di erede (almeno sino a quando tale qualità non sia stata processualmente accertata), con conseguente inapplicabilità della fattispecie contemplata nell'art. 214, secondo comma, c.p.c..

18. Non vanno per altro verso trascurate le riflessioni critiche specularmente mosse alle argomentazioni favorevoli all'una e all'altra delle tesi che si propongono oggi come soluzione (senza apparente alternativa) della questione oggetto di giudizio.

18.1. Quanto al rapporto tra successore *ex lege* e scheda olografa, ed alla posizione dell'erede ab intestato, il vasto dibattito giurisprudenziale e dottrinale che, in seno alla teoria generale del processo, si agita in ordine alla stessa categoria concettuale di "terzo", non sembra del tutto funzionale all'adozione di una soddisfacente soluzione del caso concreto. Non sembra, difatti, seriamente revocabile in dubbio che alcuni successibili, quali i legittimari, difficilmente possano essere qualificati "terzi" ai fini della non riconoscibilità della sottoscrizione del *de cuius*. Mentre la stessa impugnazione del testamento olografo, la contestazione della sua provenienza e/o autenticità, è spesso proposta proprio da chi, pur beneficiano di una quota inferiore a quella spettantegli, è comunque (anche) un erede testamentario, sicché nei suoi confronti non potrebbe porsi alcuna questione di accertamento della sua qualità di erede.

18.1.1. Di conseguenza, non appare utile prospettare alternative che, a seconda della posizione assunta da chi contesta il testamento (escluso totalmente dalla eredità, erede legittimo compreso nelle categorie dei legittimari, erede testamentario sia pur per quota che non lo soddisfi), postulino poi l'adozione di soluzioni differenziate caso per caso.

18.1.2. Né appare senza significato considerare che una formale disamina del concetto di terzo conduce inevitabilmente a ritenere che quella posizione, ai fini dell'art. 214 c.p.c., non andrebbe esaminata non dal punto di vista del soggetto parte della lite ma dell'autore del documento che si vuoi disconoscere - e sotto tale profilo il *de cuius* non è mai parte nel giudizio di impugnazione del proprio testamento -, e che l'erede in disconoscimento della scrittura o della sottoscrizione del suo autore sarebbe colui che subentra al *de cuius* nei suoi rapporti - e ciò presuppone che quel medesimo scritto si sarebbe potuto produrre nei confronti del testatore se ancora in vita.

E tuttavia risulta assai poco agevole affermare che, tra i documenti (siano essi negoziali oppure dichiarazioni di scienza) possa annoverarsi, sic et simpliciter, il testamento, formato dal medesimo *de cuius*, ma destinato a produrre effetti nella sfera giuridica dei suoi

destinatari e non in quella dell'autore, acquistando efficacia dal momento del suo decesso e non prima. La ratio della distinzione tra scritture private, fatta propria dalle sezioni unite di questa Corte nel 2010, secondo cui ad alcune di esse andrebbe attribuito un valore intrinsecamente maggiore, trova proprio in tali considerazioni il suo fondamento, pur senza trascurare la legittimità delle critiche di chi contesta l'irragionevolezza dell'attribuzione ad alcune di esse di un regime giuridico "rafforzato" rispetto a quanto assicurato a quelle provenienti dalle parti, anche alla luce della difficoltà di individuare un criterio da adoperare per la relativa classificazione.

18.2. Parimenti poco esplorabile, ai fini che occupano il collegio, si rivela la altrettanto delicata questione relativa alla preminenza della forma testamentaria su quella legittima o viceversa, secondo la lettura data dell'art. 457, secondo comma, c.c., e alle relative conseguenze in ordine all'onere dalla prova. Il percorso interpretativo che la caratterizza appare altrettanto impervio, e conduce a risultati assai poco certi, alla luce dei rilievi sollevati dai fautori dell'indirizzo favorevole al disconoscimento, i quali sottolineano come nella specie non si controverta sul valore della fonte della successione (legale o testamentaria, che resta il *thema probandum*), ma sullo strumento probatorio utilizzabile per dare ingresso nel processo al documento stesso.

19. L'indagine deve allora indirizzarsi verso l'analisi dei due più rilevanti aspetti della questione:

a) il valore sostanziale da attribuire al testamento;
b) il meccanismo processuale attraverso cui il testamento possa acquistare definitiva efficacia probatoria.

19.1. Privilegiando l'aspetto processuale della questione, sembra potersi concordare con l'assunto secondo cui, qualunque valore possa attribuirsi al testamento olografo, la sua contestazione avrà pur sempre ad oggetto il titolo della successione, e ciò riguarderà propriamente il *thema probandum*, mentre la opzione tra disconoscimento e successiva (eventuale) verificazione a carico di chi di quel testamento voglia valersi, ovvero querela di falso a carico di chi quel testamento voglia eliminare dalla realtà processuale, riguarda squisitamente il piano della prova, ossia lo strumento processuale funzionale a consentire che il testamento spieghi efficacia neI processo. Con la conseguenza che la sua natura di scrittura privata è destinata a privilegiare la prima soluzione.

19.2. Se invece viene si privilegia l'aspetto sostanziale della vicenda, appare valorizzata l'intrinseca, elevata e peculiare incidenza che il testamento spiega per sua stessa natura. E si è già avuto modo di osservare come, sotto tale profilo, non manchino conferme offerte dal relativo plesso di norme destinate a evidenziarne le differenze rispetto ad una ordinaria scrittura privata (dalla sua immediata esecutività e trascrivibilità, alla disciplina penalistica che ne accomuna le sorti al documento pubblico nella ipotesi di falsificazione). È indiscusso, anche da parte di chi finisce per propendere per la soluzione favorevole al disconoscimento, che il testamento olografo sia una scrittura il cui tratto formalistico, olografo, datato e sottoscritto ai fini della sua validità la rende una scrittura privata sui generis, i cui requisiti tendono a garantire la corrispondenza del contenuto del documento a quello della dichiarazione e la tutela della integrale autenticità di quest'ultima contro le manomissioni del terzo. Proprio all'olografia (di cui non si rinvengono altri riscontri) è attribuita una funzione specifica, ossia la funzione integrativa della "conoscenza" dell'atto, nel senso che con essa vuoi garantirsi che il testo sia stato "conosciuto" dal suo autore, in un significato dunque che va oltre la "presunzione di conoscenza" delle normali scritture.

In favore di questo indirizzo, che conduce alla soluzione favorevole alla querela di falso, si rilevano ancora la maggiore coerenza dello strumento della querela (che, con la partecipazione al processo del Pubblico Ministero, assicurerebbe migliore armonia con la rigorosa disciplina penale prevista per la ipotesi di falsificazione dell'olografo, parificata al reato di falsificazione dell'atto pubblico); la maggiore coerenza in riferimento all'oggetto dell'indagine (poiché con la contestazione della autenticità dell'olografo l'accertamento non si limita mai alla sola sottoscrizione per stabilirne la provenienza, ma all'intero testo, investito di dubbi in ordine alla sua genuinità, e ciò in armonia con l'oggetto dell'indagine per l'ipotesi di querela di falso dell'atto pubblico); la maggiore adeguatezza agli effetti giuridici dell'olografo, il quale, a differenza di ogni altra scrittura privata, è immediatamente esecutivo ed immediatamente costitutivo di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, in capo al chiamato alla successione.

20. È convincimento del collegio che le inevitabili aporie destinate a vulnerare l'una e l'altra ipotesi di soluzione, tra quelle prospettate sino ad oggi in dottrina e in giurisprudenza, possano essere non del tutto insoddisfacentemente superate adottando una terza via, già indicata dalla giurisprudenza di questa Corte con la risalente sentenza del 1951 (Cass., 15.06.1951 n. 1545, Pres. Mandrioli, est. Torrente), e cioè quella predicativa della necessità di proporre un'azione di accertamento negativo della falsità.

20.1. Pur nella consapevolezza delle obiezioni mosse *illo tempore* a tale ipotesi di soluzione del problema, è convincimento del collegio che la proposizione di una azione di accertamento negativo che ponga una *questio nullitatis* in seno al processo (anche se, più correttamente, sarebbe a discorrere di una *quaestio inexistentiae*) consente di rispondere:

- da un canto, all'esigenza di mantener il testamento olografo definitivamente circoscritto nell'orbita delle scritture private;

- dall'altro, di evitare la necessità di individuare un (assai problematico) criterio che consenta una soddisfacente distinzione tra la categoria delle scritture private la cui valenza probatoria risulterebbe "di incidenza sostanziale e processuale intrinsecamente elevata, tale da richiedere la querela di falso", non potendosi esse "relegare nel novero delle prove atipiche" (così la citata Cass., sez. un., 15161/2010 al folio 4 della parte motiva); dall'altro, di non equiparare l'olografo, con inaccettabile semplificazione, ad una qualsivoglia scrittura proveniente da terzi, destinata come tale a rappresentare, *quoad probationis*, una ordinaria forma di scrittura privata non riconducibile alle parti in causa;
- dall'altro ancora, di evitare che il semplice disconoscimento di un atto caratterizzato da tale peculiarità ed efficacia dimostrativa renda troppo gravosa la posizione processuale dell'attore che si professa erede, riversando su di lui l'intero onere probatorio del processo in relazione ad un atto che, non va dimenticato, è innegabilmente caratterizzato da una sua intrinseca forza dimostrativa;
- infine, di evitare che la soluzione della controversia si disperda nei rivoli di un defatigante procedimento incidentale quale quello previsto per la querela di falso, consentendo di pervenire ad una soluzione tutta interna al processo, anche alla luce dei principi affermati di recente da questa stessa Corte con riguardo all'oggetto e alla funzione del processo e della stessa giurisdizione, apertamente definita "risorsa non illimitata" (Cass., sez. un., 26242/2014).

21. Va pertanto affermato il seguente principio di diritto: La parte che contesti l'autenticità del testamento olografo deve proporre domanda di accertamento negativo della provenienza della scrittura, e l'onere della relativa prova, secondo i principi generali dettati in tema di accertamento negativo, grava sulla parte stessa.

In questi sensi ed entro tali limiti il ricorso principale va accolto (con conseguente assorbimento dì quello incidentale), e il procedimento rinviato alla Corte di appello di Roma che, alla luce del principio di diritto ora esposto, esaminerà le ulteriori questioni conseguenti alla sua applicazione.

P.Q.M.

(*Omissis*)

In evidenza

Tribunale di Napoli, Sezione XII Civile
Sentenza del 1 giugno 2015 n. 9440 - Giud. Gatti

Confessione stragiudiziale – Presupposti – Effetti dichiarazione del procuratore della parte – Caparra confirmatoria – Presunzione

La confessione stragiudiziale deve provenire dalla parte personalmente trattandosi di atto personale che presuppone il potere di disposizione, con l'effetto che devono ritenersi prive di efficacia e valore confessorio le dichiarazioni rese dal procuratore, ovvero dal consulente ammissive di fatti sfavorevoli alla stessa. Nell'ambito di una regolamentazione negoziale, la caparra confirmatoria deve essere prevista espressamente dalle parti, non potendo essere in alcun modo presunta[1].

Trib. Napoli , sez. XII, 01 giugno 2015, n. 9440
Giud. Gatti
(*Omissis*)

*** ha convenuto davanti a questo tribunale la Società *** S.r.l. (in seguito ***) per sentir dichiarare la

[1] Nota a sentenza a cura di Raffaele Micillo, Avvocato
La sentenza annotata, si presta resa a plurime censure. Di natura strettamente documentale, si perviene alla decisione disattendendo le risultanze processuali, ma cosa più rilevante, la volontà negoziale delle parti, di cui al contratto preliminare poi dichiarato risolto.
Non condivisibile, in ragione del tenore letterale del regolamento negoziale, il convincimento che il promittente acquirente abbia versato la minor somma di € 5000,00. Vero è che il mancato disconoscimento della sottoscrizione apposta in calce al contratto preliminare, *rectius* il mancato disconoscimento del contratto stesso, davano piena ed assoluta prova di quanto cristallizzato nell'art. 14, lettera a del contratto: il pagamento in contanti della somma di € 5000,00. La richiesta di formule sacramentali, non previste dal vigente ordinamento, contrasta con la formale volontà delle parti che, come condizione di pagamento, avevano previsto espressamente che contestualmente alla sottoscrizione del contratto, il promittente acquirente versasse l'acconto. Dichiarazione che di per sé, unitamente al contratto stesso, sostanziava quietanza, *recte* riconoscimento dell'avvenuto pagamento. Più che ricercare una ulteriore quietanza, il Giudice, a supporto della sua decisione, avrebbe dovuto, coerentemente rinvenire una glossa, una ricognizione delle parti circa il mancato versamento della somma all'atto della stipula. L'assenza della stessa, il mancato disconoscimento del contratto, fungevano da prova dell'esatto e puntuale adempimento del contratto, ovverosia che, al memento della stipula dello stesso, il promittente acquirente versava l'acconto prezzo pattuito. Così come riconoscere ed imputare nella dichiarazione fatta dal solo procuratore dell'attore, elemento di prova circa la somma versata al promittente venditore, tradisce l'orientamento della dottrina e della giurisprudenza in tema di confessione stragiudiziale, secondo il quale questa deve provenire dalla parte personalmente (Cass. 3186/2006; Cass. 2813/2000, Cass. 12411/2008; Cass. 2306/2008; Cass. 12411/2005), trattandosi di atto personale che presuppone il potere di disposizione, con l'effetto che devono ritenersi prive di efficacia e valore confessorio le dichiarazioni rese dal procuratore, ovvero dal consulente ammissive di fatti sfavorevoli alla stessa (cfr. Cass. 19189/2003; Cass. 600/1996). *Ad adbundantiam*, si ricorda che in tema di confessione giudiziaria, l'art. 229 c.p.c., espressamente richiedendo che la confessione sia contenuta in un atto processuale sottoscritto personalmente dalla parte, pone una esigenza di specificità della firma che, come è giustificato anche dalla gravità egli effetti giuridici della confessione, si risolve in quella di diretta inerenza esclusiva della firma all'atto ed al suo contenuto, inerenza che non è affatto soddisfatta, nel caso memoria giudiziaria, colla sottoscrizione della procura scritta a margine o in calce, che, anche quando è scritta nel medesimo foglio, è atto giuridicamente distinto, benché collegato (cfr. Cass. civ., sez. III, 06.12.2005, n. 26686).
Errore più evidente è nella interpretazione che il Giudice offre dell'art. 15 del regolamento negoziale, laddove, in maniera leggera, imputa alle parti una volontà negoziale mai espressa.
La dottrina (*ex multis* A. Cecchini, M. Costanza, M. Franzoni, A. Gentili, F. Roselli, G. Vettori, *Gli effetti del contratto*, Torino; M. Bianca, *Diritto Civile vol. 3, Il contratto*, Milano; F. Galgano, *Il contratto*, Milano; G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario al Codice Civile,* Milano; E. Betti, *Teoria Generale del Negozio giuridico,* Milano) e la giurisprudenza tutta (*ex multis* Cass. 3014/1985; Cass. 3833/77; Cass. 1449/1976), è concorde nel ritenere che, nell'ambito di una regolamentazione negoziale, la caparra confirmatoria deve essere prevista espressamente dalle parti, non potendo essere in alcun modo presunta.
In considerazione della natura e della funzione cui ordinamento giuridico riconosce all'istituto in parola, quale reciproco impegno delle parti di garantire l'adempimento (1385 c.c.), è *ius receptum* che essa debba essere prevista e voluta espressamente dalle parti, *rectius* non vi può essere dubbio alcuno sulla volontà negoziale delle parti a che le somme versate, nell'ambito di un contratto sinallagmatico, **** imputate a titolo di caparra confirmatoria, in luogo di acconto prezzo. Nel silenzio delle parti, come nel caso di specie (l'art. 14, lettera a) del contratto) il versamento del denaro è ed andava considerato come anticipo prezzo e non come caparra.
Nell'art. 15 le parti hanno chiarito che nell'ipotesi di risoluzione del contratto, il promittente venditore avrebbe trattenuto a sé le somme versate dal promittente acquirente "a titolo di caparra confirmatoria", sulla logica premessa che le parti avessero esplicitamente e preventivamente imputato i versamenti fatti a tale titolo, del ché non ce ne è prova. Il tenore dell'art. 15, infatti, ha solo una valenza meramente ricognitiva circa gli effetti di una eventuale risoluzione del contratto sulle somme versate a specifico titolo di caparra cofirmataria, giammai che le somme incassate dalla società convenuta andavano imputate e sostanziavano tutte una caparra confirmatoria. Ritenere che l'art. 15 possa di riflesso ed ex post qualificare tutte le somme incassate dal venditore come caparra confirmatoria, è avulso dal tenore letterale del contratto, ma, peggio, è contraria alla volontà negoziale delle parti.

risoluzione del contratto preliminare stipulato il 4 dicembre 2008, avente ad oggetto la compravendita della porzione immobiliare di un costruendo complesso su un terreno di proprietà della convenuta, sito in Giugliano e riportato in catasto alla partita 8, foglio 51.

Parte attrice ha esposto di aver versato un anticipo del prezzo nella misura di euro 10.000,00 e di non aver accettato la clausola vessatoria prevista dall'articolo 15 del contratto, in ragione della quale il promissario acquirente riconosceva al promissario alienante la facoltà di avvalersi della clausola risolutiva espressa dall' articolo 1456 c.c. nelle ipotesi espressamente previste da detta pattuizione. La stesa clausola attribuiva inoltre all'***, ove si fosse avvalsa della richiamata pattuizione, il diritto di trattenere la somma versata da esso*** a titolo di caparra confirmatoria.

Il *** ha, altresì, allegato che nel preliminare non veniva fissata la data per la stipula de definitivo e che la mancata consegna dell'immobile entro il 31 agosto 2008, data a tal fine concordata, faceva venir meno l'interesse alla stipula da parte di esso attore.

Su tali premesse, postulava la ripetizione dell'acconto versato.

La società *** S.r.l., ritualmente costituitasi, ha eccepito che:

Il *** versava esclusivamente la somma di euro 5.000,00

Non provvedeva alla stipula del definitivo, benché a tanto invitato;

Si sottraeva alla consegna dell'immobile;

Non provvedeva al pagamento delle somme pattuite in corrispondenza degli stati di avanzamento dei lavori, né l'importo finale di euro 120.000,00, in occasione della stipula del rogito notarile;

La clausola risolutiva espressa non aveva natura vessatoria;

L' articolo 15 del contratto prevedeva espressamente che la somma versata dal promittente acquirente avesse natura di caparra confirmatoria.

Ciò posto, parte convenuta ha postulato il rigetto della domanda e l'accertamento, in via riconvenzionale, della legittimità del recesso di essa ***, con il conseguente diritto a ritenere la caparra.

Tanto premesso, giova rilevare che la parte attrice ha dedotto, che nell' atto introduttivo del giudizio, la natura vessatoria della pattuizione contrattuale in cui veniva prevista la clausola risolutiva espressa. Sul punto, è appena il caso di rilevare che costituisce principio di diritto pacifico in giurisprudenza quello secondo cui "un contratto è qualificabile "per adesione" se secondo il disposto dell'art. 1341 c.c. – e come tale soggetto, per l'efficacia delle clausole cosiddette vessatorie, alla specifica approvazione per iscritto – solo quando sia destinato a regolare una serie indefinita di rapporti e sia stato predisposto unilateralmente da un contraente.

Ne consegue che tale ipotesi non ricorre quando risulta che il negozio è stato concluso mediante trattative intercorse tra le parti". (Cass. 15 aprile 2015, n. 7605; conf. Cass. 19 maggio 2006, n. 11757). In altri termini, ricorre la fattispecie del contratto per adesione quando una delle parti abbia predisposto le condizioni generali del contratto con l'intento di utilizzarle per disciplinare in modo uniforme una serie indefinita di rapporti.

La predisposizione unilaterale del contratto, di per se, non consente quindi di ascrivere la fattispecie al paradigma dell'articolo 1341 c.c., ove difetti il richiamato fine. Nel caso che ci occupa, parte attrice non ha allegato alcuno degli elementi di fatto che rendono applicabile la disciplina dettata dall'articolo 1341 c.c; non specificando se il contenuto del contratto fosse stato predisposto dalla società convenuta o se, invece, costituisse il risultato di trattative intercorse tra le parti, né se lo stesso, pur predisposto dall'***, costituisse lo schema negoziale che detta società applicava in tutti i contratti di vendita immobiliare dalla stessa stipulati.

Quanto all'applicabilità della clausola prevista dall'articolo 15 del contratto, si osserva che le parti convenivano che il promissario acquirente potesse avvalersi di tale facoltà in una serie di ipotesi specificatamente indicate, tra le quali il ritardo di oltre trenta giorni nel versamento delle rate previste dall'articolo 14 dello stesso accordo. Ebbene, la richiamata clausola prevedeva che euro 5.000,00, venissero versati in contanti all' atto della sottoscrizione del preliminare e che euro 10.000.00 venissero pagati con versamenti mensili a stati di avanzamento dei lavori.

Al riguardo, occorre evidenziare che la clausola che disciplina il pagamento del prezzo, di per se, non prova che il *** abbia versato la somma di euro 5.000,00 in contanti all'atto della sottoscrizione del preliminare. La scrittura, invero, non reca alcuna quietanza di pagamento, in tal senso. Deve, perciò, ritenersi dimostrato il solo pagamento della somma di euro 5.000,00 portata dall' assegno bancario prodotto da parte attrice.

Appare eloquente in tal senso la missiva inviata dall' odierno difensore del ***, il quale richiedeva all' *** la restituzione della somma versata dal proprio assistito e che indicava in euro 5.000,00.

La domanda è quindi infondata e come tale deve essere disattesa.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo in base al valore effettivo della causa, in ragione dei parametri di cui l d.m. 10 marzo 2014, n. 55

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da *** contro la Società *** s.r.l; con atto di citazione notificato il 21 febbraio 2015, ogni altra richiesta, difesa ed eccezione disattesa, così provvede:

Rigetta la domanda;

Accoglie la riconvenzionale e per l'effetto dichiara la legittimità del recesso e dell'incameramento da parte della convenuta della caparra confirmatoria;

(*Omissis*)

Diritto e procedura penale

Confini e ruolo dell'*assistenza* e della *rappresentanza* nel procedimento di riesame dell'ordinanza di sequestro preventivo disposta a carico dell'ente 90
di Fabiana Falato

Il divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria 104
di Antonio Maddaluno

Tutela giurisdizionale in caso di sovraffollamento carcerario. Prime applicazioni della giurisprudenza di merito 110
di Chiara Esposito

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 119
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 128

Rassegna di merito 132

Fabiana Falato
Professore aggregato di Diritto Processuale Penale – Docente di Cooperazione giudiziaria penale –
Università degli Studi di Napoli "Federico II"

Confini e ruolo dell'*assistenza* e della *rappresentanza* nel procedimento di riesame dell'ordinanza di sequestro preventivo disposta a carico dell'ente

abstract

To the entities who receveives the preventive seizure measure mus be notified to the information contained in the arts. 369, 369-bis *c.p.p. and the warning that to partecipate in the review proceding must file declaration of constitution.*

keywords

Preventive seizure – entities – review request – warranty information – declaration of constitution.

abstract

All'ente destinatario del provvedimento di sequestro preventivo devono essere notificate le informazioni contenute negli artt. 369 e 369-bis *c.p.p., nonché l'avvertimento che per partecipare al procedimento di riesame deve depositare la dichiarazione di costituzione.*

parole chiave

Sequestro preventivo – enti – richiesta di riesame – informazione di garanzia – dichiarazione di costituzione.

sommario

1. L'abbrivio giurisprudenziale. – **2.** Responsabilità penale *personale* degli enti. – **2.1.** I confini della responsabilità da reato degli enti intesa come *tertium genus*. – **2.2.** Le omissioni della giurisprudenza e gli *apparenti* problemi posti dalla dottrina in tema di valutazione giudiziale della colpa di organizzazione. – **3.** Rappresentanza ed assistenza: posizioni giuridiche soggettive *necessarie* nel procedimento di riesame dell'ordinanza di sequestro preventivo disposta a carico dell'ente.

1. L'abbrivio giurisprudenziale

All'udienza del 28 maggio 2015, le Sezioni unite della Corte di Cassazione[1] hanno dato risposta affermativa, «purché la *societas* risulti non avere ancora ricevuto, al momento della presentazione della richiesta di riesame, l'informazione di garanzia a norma dell'art. 57 d.lgs. n. 231 del 2001», al quesito «se in materia di responsabilità degli enti da reato, sia ammissibile la richiesta di riesame *ex* art. 324 c.p.p. avverso il decreto di sequestro preventivo proposta dal difensore di fiducia dell'ente in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 del d.lgs. n. 231 del 2001»[2].

Dunque, secondo l'informazione provvisoria, è ammissibile la richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo che sia proposta dal difensore dell'ente collettivo che non abbia formalizzato la propria costituzione nel procedimento *ex* art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001, sempre che all'ente non sia stata inviata, in un momento anteriore alla richiesta, l'informazione di garanzia ai sensi dell'art. 57 d.lgs. n. 231 del 2001.

La questione, in precedenza, era dibattuto in giurisprudenza quanto in dottrina.

In giurisprudenza, un primo orientamento[3] negava che l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente fosse subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento a norma dell'art. 39 del d.lgs. n. 231 del 2001.

Questo il ragionamento: se è vero che l'art. 39 del d.lgs. n. 231/2001 disciplina, dal punto di vista formale, la partecipazione dell'ente nel procedimento, accollandogli l'onere di presentare una dichiarazione contenente, tra l'altro, anche le generalità del rappresentante cosicché in caso di carenza di tali indicazioni è prevista l'inammissibilità dell'atto dichiarativo di costituzione, con la conseguenza che l'ente non potrà partecipare in maniera completa al procedimento e, nella fase del giudizio, verrà dichiarato contumace; nello stesso tempo, gli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 231 del 2001, stabiliscono espressamente che per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano, oltre alle norme specifiche di detto decreto, le disposizioni del codice di procedura penale, in quanto compatibili, e che all'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili. Di modo che, in base agli artt. 257 e 324 c.p.p., è indubbio che il potere di proporre riesame avverso il decreto di sequestro spetti (oltre che all'imputato, alla persona alla quale le cose sono state

[1] Cass., sez. un., udienza del 28 maggio 2015, Santacroce, *Presidente* – Biogas Soc. Coop. A.r.l., *ricorrente.*

[2] Cass., 13 gennaio 2015, n. 5725.

[3] Cass., 5 novembre 2007, n. 43642; Id., 5 ottobre 2005, n. 42315.

sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione) anche al loro difensore; il quale, nominato ai sensi dell'art. 96 c.p.p., può proporre richiesta di riesame senza dover essere munito di procura ai sensi dell'art. 100 c.p.p., necessaria ai fini della costituzione dell'ente nel procedimento. Corrobora la conclusione affermata l'art. 52, c. 1, d.lgs. n. 231 del 2001, in base al quale l'ente, «per mezzo del suo difensore», può proporre appello contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari, indicandone contestualmente i motivi, e «si osservano le disposizioni di cui all'art. 322 *bis* c.p.p., cc. 1-*bis* e 2».

Ebbene, si dice, la specificazione «per mezzo del suo difensore», in luogo di «per mezzo del proprio rappresentante legale», evidenzia da un lato, che l'impugnazione della misura cautelare non è subordinata alla manifestazione di volontà da parte dell'ente di partecipare al giudizio ed alla conseguente costituzione nel giudizio stesso a norma dell'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001 e dall'altro che «in tema di responsabilità da reato degli enti, i diritti di difesa, con esclusione degli atti difensivi cosiddetti personalissimi – che presuppongono, cioè, la diretta partecipazione del soggetto collettivo attraverso il proprio rappresentante legale –, possono essere esercitati in qualunque fase del procedimento dal difensore nominato d'ufficio, anche qualora la persona giuridica non si sia costituita ovvero quando la sua costituzione debba considerarsi inefficace a causa dell'incompatibilità del rappresentante legale perché indagato o imputato del reato presupposto"[4].

Al riferito orientamento se ne contrappone altro, secondo il quale «in tema di responsabilità da reato, l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento a suo carico è subordinato all'atto formale di costituzione a norma dell'art. 39, d.lgs. n. 231 del 2001»[5].

Specificamente: sul presupposto che l'art. 39 d.lgs. testualmente stabilisce al c. 2 che «L'ente che intende partecipare al procedimento si costituisce depositando nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente una dichiarazione contenente a pena di inammissibilità: a) la denominazione dell'ente e le generalità del suo legale rappresentante; b) il nome ed il cognome del difensore e l'indicazione della procura; c) la sottoscrizione del difensore; d) la dichiarazione o l'elezione di domicilio», si rileva che l'atto dichiarativo ha natura autonoma rispetto alla procura conferita al difensore come lo si evince dal chiaro testo del c. 3 dell'art. 39 d.lgs. là dove stabilisce che «la procura, conferita nelle forme previste dall'articolo 100, c. 1, del codice di procedura penale, è depositata nella segreteria del pubblico ministero o nella cancelleria del giudice ovvero è presentata in udienza unitamente alla dichiarazione di cui al c. 2»[6]. Ancora. Si evidenzia che l'art. 39 d.lgs. è assolutamente chiaro nel momento in cui commina la sanzione processuale dell'inammissibilità (come tale rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento) in assenza del predetto atto di costituzione, la cui presenza formale è richiesta nella fase nella quale si opera, dal momento che l'art. 39, c. 2, d.lgs. fa riferimento all'intero procedimento disciplinato nel Capo 3 della legge del 2001, il quale ricomprende anche le questioni relative ai sequestri ed alle loro impugnazioni ai sensi dell'art. 53 d.lgs.

In sostanza, secondo l'ultima tesi, è proprio la struttura della norma in questione a prevedere due fasi autonome, sia pure complementari l'una all'altra: quella relativa all'atto di costituzione in giudizio che è sostanzialmente la forma con la quale l'ente dichiara di voler partecipare al giudizio e quella del conferimento della procura speciale al difensore per costituirsi e per sottoscrivere il relativo atto.

A ben vedere, le Sezioni unite hanno riconosciuto maggiore persuasività al primo degli orientamenti citati. Il *novum,* rispetto a questo, è rappresentato dal punto di raccordo compiuto con la disciplina dell'informazione di garanzia; che, nella soluzione offerta dalla Corte, è situazione preclusiva della ammissibilità della richiesta di riesame avverso l'ordinanza di sequestro preventivo proposta dal difensore in assenza del previo deposito della dichiarazione di costituzione.

Diciamo subito che non condividiamo il *dictum* delle Sezioni unite, contraddetto proprio da quel collegamento funzionale tra diritto alla difesa tecnica e costituzione dell'ente nel procedimento, nonché dalla natura della istanza di riesame. Si dirà.

2. Responsabilità penale *personale* degli enti

Lo spunto giurisprudenziale offre l'occasione per speculare sul titolo della responsabilità da reato degli enti[7].

La questione, nonostante sia stata chiarita recentemente dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza Tyssen Krupp[8], desta perplessità soprattutto in riferimento al titolo della responsabilità degli enti, atteso il coinvolgimento delle norme di organizzazione della giurisdizione che, nella materia penale, sono estrinsecazioni di «un potere servente

[4] Cass., 5 novembre 2012, n. 41398.

[5] A partire da Cass., 5 febbraio 2008, n. 15689 fino a Cass., 9 dicembre 2014, n. 52748.

[6] Cass., 9 dicembre 2014, n. 2386.

[7] Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo,* in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001,* a cura di Lattanzi, II edizione, Milano 2010, p. 37 chiarisce che il decreto legislativo si riferisce agli «enti pubblici economici i quali, sebbene non siano animati da vere e proprie finalità lucrative, comunque ispirano la propria gestione al principio di economicità, e comunque sono assoggettati ad uno statuto privatistico di disciplina. Specularmente, non sorprende che la disciplina proietti il suo spettro anche sugli enti a soggettività privata che svolgono un pubblico servizio dove, infatti, la finalità di natura pubblicistica non esclude il movente economico (sommandosi ad esso)».

[8] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

alla tutela dei diritti inviolabili della persona e delle situazioni giuridiche soggettive in movimento nel processo»[9], mentre nel campo del diritto amministrativo tendono alla tutela nel confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi (art. 103, 1° c., Cost.).

Diversi sono pure i *moda* di attuazione della tutela di quelle posizioni giuridiche: il giudizio penale pone al centro dell'osservazione la figura dell'imputato e il suo *status libertatis* in rapporto al fatto; quello amministrativo si rileva come un giudizio sull'atto teso a verificarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati dal ricorrente, nonché (come giudizio) sul rapporto, volto a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta nel processo.

Sicché, il problema dell'etichetta – responsabilità penale/responsabilità amministrativa – non si risolve in una mero argomento accademico, investendo, viceversa, il tema delle garanzie procedurali oltre che sostanziali su cui fonda il giudizio di responsabilità; primo fra tutti, appunto, il titolo della responsabilità *da reato* della persona giuridica.

Interrogarsi sulla possibilità di chiamare a rispondere direttamente ed autonomamente la persona giuridica di reati commessi al suo interno da persone fisiche significa muoversi attraverso variegate direttive d'indagine che investono la identificazione del modello sanzionatorio da seguire (civile, penale o amministrativo); dei criteri (soggettivi e/o oggettivi) di iscrizione dell'illecito all'ente; nonché, delle garanzie sostanziali e processuali applicabili.

Non v'è dubbio che le Sezioni unite abbiano messo dei punti fermi nell'ampio dibattito riguardante la natura del sistema sanzionatorio previsto dal decreto legislativo n. 231 del 2001; ciò che lascia perplessi è la carenza di contenuto della locuzione *tertium genus* adottata per qualificare la responsabilità da reato degli enti. Si vedrà.

In sintesi[10], il principio, tra gli altri, fissato dalla Corte: il sistema previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001 è un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus* che, compatibile con i principi costituzionali, coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficienza preventiva con quelle della massima garanzia.

In tal modo, quelle Sezioni compongono non soltanto i diversi orientamenti giurisprudenziali formatisi in tema, ma superano i *dicta* di precedenti sentenze, pure delle Sezioni Unite, orientate in senso diverso.

Una prima volta la Corte sembrò orientata a riconoscere natura penale alla responsabilità degli enti[11], rimarcando il profilo strutturale-normativo del nuovo istituto, che segnava (e segna) l'introduzione nell'ordinamento di uno specifico ed innovativo sistema punitivo per gli enti collettivi, dotato di specifiche regole quanto alla struttura dell'illecito, all'apparato sanzionatorio, alla responsabilità patrimoniale, alle vicende modificative dell'ente, al procedimento di cognizione e a quello di esecuzione, il tutto funzionale alla creazione di un efficace ed efficiente strumento di controllo sociale.

Specificamente, la Corte evidenziò che: la responsabilità della persona giuridica è aggiuntiva, non anche sostitutiva rispetto a quella delle persone fisiche, regolata, invece, dal diritto penale comune; il criterio d'imputazione del fatto all'ente fonda sulla commissione del reato a vantaggio o nell'interesse della persona giuridica da parte di determinate categorie di soggetti e che, di conseguenza, v'è convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato fatto di entrambe, per ambedue antigiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Ancora: pur avendo la responsabilità dell'ente una sua autonomia, è imprescindibile il suo collegamento alla oggettiva realizzazione del reato, integrato in tutti gli elementi strutturali che ne fondano lo specifico disvalore, da parte di un soggetto fisico qualificato.

Di recente, invece, quelle stesse Sezioni hanno dichiarato la natura amministrativa dell'ente[12]; mentre, per un filone giurisprudenziale minoritario[13], si tratterebbe, si ripete, di un *tertium genus* di responsabilità rispetto ai sistemi tradizionali penale e amministrativo, prevedendo un'autonoma responsabilità in capo all'ente nel caso in cui un soggetto, che riveste una posizione apicale nell'organizzazione della persona giuridica, abbia commesso, nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso, uno dei reati espressamente elencati, sul presupposto che il fatto-reato «è fatto della società, di cui essa deve rispondere»[14].

Anche sul fronte della dottrina si sono registrati – e si registrano – orientamenti discordanti[15]; che

[9] Riccio, *La Procedura Penale. Tra storia e politica,* Napoli, 2011, p. 23.

[10] Per l'approfondimento si rinvia a Silvestri, *La responsabilità da reato degli enti,* in Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni penali, Anno 2014,* Roma-gennaio 2015, p. 249.

[11] Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654. Nello stesso senso, Cass., 20 dicembre 2005, n. 3615.

[12] Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561; Id., sez. un., 23 gennaio 2011, n. 34476. Conformi, Cass., 25 gennaio 2013, n. 21192; Id., 25 giugno 2013, n. 42503.

[13] Cass., 18 febbraio 2010, n. 27735; Id., 9 luglio 2009, n. 36083.

[14] Letteralmente, Cass., 18 febbraio 2010, n. 27735.

[15] Sugli orientamenti della dottrina in ordine alla controversa questione sulla natura della responsabilità configurata nel d.lgs. n. 231 del 2001, di recente, de Simone, *La responsabilità da reato della* societas *nell'ottica dei principi costituzionali,* in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n.*

si riportano ora all'uno, ora all'altro approdo giurisprudenziale. Secondo alcuni, la responsabilità è di tipo amministrativo, in coerenza con l'intestazione della normativa; con la disciplina della prescrizione; con le vicende modificative dell'ente; con l'assenza di una disposizione afferente alla sospensione della esecuzione della pena. Secondo altri, invece, la responsabilità è penale, considerato che il presupposto della responsabilità dell'ente – definita amministrativa dal legislatore – è la commissione di un reato. Si parla, così, di fattispecie plurisoggettiva eventuale, o a concorso necessario, o ancora di fattispecie complessa e necessariamente plurisoggettiva. Gli argomenti che sostengono la riferita tesi sono molteplici. Tra gli altri, a schema: l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella dell'autore del reato; la giurisdizione penale; l'impronta penalistica delle severe sanzioni; la rilevanza del tentativo; la possibilità di rinunziare all'amnistia.

L'ultimo indirizzo giurisprudenziale, viceversa – s'è visto – pur rimarcando i tratti penalistici della normativa, valorizza l'autonomia del sistema delineato dal decreto legislativo del 2001 e reputa che si sia in presenza di un *tertium genus*, «una sorta di terzo binario del diritto criminale»[16]. Nello stesso tempo, però, chiarisce che «quale che sia l'etichetta che si voglia imporre su tale assetto normativo», esso è scevro da qualunque «*vulnus* costituzionale». Non v'è violazione del principio della responsabilità per fatto proprio, atteso che «il reato commesso dal soggetto inserito nella compagine dell'ente, in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questo, è sicuramente qualificabile come "proprio" anche della persona giuridica, e ciò in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda. Infatti, la persona fisica, operando nell'ambito delle proprie competenze societarie nell'interesse dell'ente, agisce come organo e non come soggetto da questo distinto, anche quando tale attività degeneri in illecito penale[17]. Né v'è inosservanza del principio costituzionale di colpevolezza: «tale principio deve essere considerato alla stregua delle peculiarità della fattispecie, affatto diversa da quella che si configura quando oggetto dell'indagine sulla riprovevolezza è direttamente una condotta umana. Qui il rimprovero riguarda l'ente e non il soggetto che per esso ha agito: sarebbe dunque vano e fuorviante andare alla ricerca del coefficiente psicologico della condotta invocata dal ricorrente»[18]. Entrambe le situazioni – soprattutto l'esigenza della personalità della responsabilità nelle sue accezioni di divieto di responsabilità per fatto altrui (art. 5 d.lgs.) e di responsabilità penale colpevole (artt. 6 e 7 d.lgs.) – sono garantite dai criteri di imputazione oggettiva del reato della persona fisica all'ente dettati dall'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001, anche quando si tratti di reati colposi di evento[19].

Secondo tale regola, l'ente risponde dei reati commessi «nel suo interesse o a suo vantaggio» dai suoi vertici apicali ovvero da coloro che sono sottoposti alla direzione o alla vigilanza dei medesimi. I criteri d'imputazione dell'interesse e del vantaggio si pongono in rapporto di alternatività, come confermato dalla congiunzione disgiuntiva *o* presente nel testo della disposizione; sicché, «il criterio dell'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile *ex ante*, al momento della commissione del fatto, e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo», mentre «il criterio del vantaggio ha una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito»[20].

Soluzione alquanto scontata, atteso che in proposito la Relazione allo Schema del decreto legislativo ha chiarito che «il richiamo all'interesse dell'ente caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta delittuosa della persona fisica e che si "si accontenta" di una verifica *ex ante*; viceversa, il vantaggio, che può essere tratto dall'ente anche quando la persona fisica non abbia agito nel suo interesse, richiede sempre una verifica *ex post*».

In sintesi: i criteri di imputazione della responsabilità amministrativa da reato sono oggettivi e sono individuati nell'interesse e nel vantaggio. A loro volta,

231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma, a cura di M. Stile, Mongillo, G. Stile, Napoli, 2013, p. 261 ss.; Del Signore, sub *art. 1,* in *Enti e responsabilità da reato,* cit., p. 63 ss.; Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo,* cit., p. 3 ss.

[16] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 3843.

[17] Così, pure Cass., 18 febbraio 2010, n. 27735.

[18] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 3843.

[19] Con l'introduzione nel d.lgs. dell'art. 25-*septies* (relativo ai reati di omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime commessi con violazione delle norme a tutela della salute e della sicurezza sul lavoro) sono stati inseriti nel catalogo dei reati-presupposto anche i delitti colposi. Tuttavia, il criterio di imputazione oggettivo non è stato modificato al fine di adattarlo a tale diversa categoria di illeciti.
Le Sezioni Unite hanno affrontato il tema della compatibilità logica tra la non volontà dell'evento, tipica degli illeciti colposi ed il finalismo sotteso al concetto di *interesse* dell'ente: «nei reati colposi di evento i concetti di interesse e vantaggio, nei reati colposi d'evento, vanno di necessità riferiti alla condotta e non all'esito antigiuridico. Tale soluzione non determina alcuna difficoltà di carattere logico: è ben possibile che una condotta caratterizzata dalla violazione della disciplina cautelare e quindi colposa sia posta in essere nell'interesse dell'ente o determini comunque il conseguimento di un vantaggio. (…) Tale soluzione interpretativa (…) si limita ad adattare l'originario criterio d'imputazione al mutato quadro di riferimento, senza che i criteri d'iscrizione ne siano alterati. L'adeguamento riguarda solo l'oggetto della valutazione che, coglie non più l'evento bensì solo la condotta, in conformità alla diversa conformazione dell'illecito. (…) È ben possibile che l'agente violi consapevolmente la cautela, o addirittura preveda l'evento che ne può derivare, pur senza volerlo, per corrispondere ad istanze funzionali a strategie dell'ente».

[20] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

i criteri imputativi sono concorrenti, ma alternativi, considerato che i termini hanno riguardo a concetti giuridicamente diversi, potendosi distinguere un interesse a monte per effetto di un indebito arricchimento in conseguenza dell'illecito, prefigurato e magari non realizzato, da un vantaggio obiettivamente conseguito con la commissione del reato, seppure non prospettato *ex ante*.

Dunque – seguendo l'orientamento prevalente in giurisprudenza – se è innegabile che l'accertamento di un esclusivo interesse dell'autore del reato o di terzi alla sua consumazione impedisca di chiamare l'ente a rispondere dell'illecito amministrativo, tuttavia, ai fini della configurabilità della responsabilità dell'ente, è sufficiente che venga provato che esso abbia ricavato dal reato un vantaggio, anche qualora non sia stato possibile determinare l'effettivo interesse vantato *ex ante* alla consumazione dell'illecito e purché non sia stato accertato contestualmente che l'illecito sia stato commesso nell'esclusivo interesse del suo autore persona fisica o di terzi. Del resto, si dice, l'art. 5 d.lgs. non richiede necessariamente che l'autore del reato abbia voluto perseguire l'interesse dell'ente perché sia configurabile la responsabilità di quest'ultimo, né è richiesto che lo stesso sia stato anche solo consapevole di realizzare tale interesse attraverso la propria condotta: «per converso, la stessa previsione contenuta nell'art. 8, lett. a) del decreto – per cui la responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è identificato o non è imputabile – e l'introduzione negli ultimi anni di ipotesi di responsabilità dell'ente per reati di natura colposa, sembrano negare una prospettiva del genere»[21].

In definitiva, perché possa ascriversi all'ente la responsabilità per il reato, è sufficiente che la condotta dell'autore del reato tenda oggettivamente e concretamente a realizzare, nella prospettiva del soggetto collettivo, anche l'interesse dell'ente stesso[22]; il quale, a sua volta, non deve aver adottato le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, attraverso iniziative di carattere gestionale ed organizzativo. «Non aver ottemperato a tale obbligo fonda la colpa d'organizzazione», da cui deriva la responsabilità personale dell'ente.

In tal modo, ragionando nell'ottica dei criteri di imputazione oggettiva dell'illecito penale all'ente e della colpevolezza d'impresa – quest'ultima in funzione di criterio d'imputazione soggettiva – si deduce che l'esistenza dell'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della *societas*, che abbia agito nell'interesse dell'ente «si estende per rimbalzo dall'individuo all'ente collettivo», sempre che sia dimostrato il collegamento teleologico tra l'azione del primo all'interesse del secondo; dunque, (sempre che siano dimostrati) gli elementi indicativi della colpa di organizzazione dell'ente stesso[23].

A sua volta, il giudizio di colpa dell'ente fonda sul terreno dell'adeguatezza del modello organizzativo previsto dall'art. 6 d.lgs.: «non si tratta (…) di responsabilità oggettiva, atteso che l'oggetto dell'esame (l'articolato normativo che esplicita un protocollo comportamentale) è comunque conseguenza di un'attività volontaria e consapevole di chi lo ha elaborato, approvato e reso esecutivo, ma si tratta, invece, di un giudizio strettamente normativo»[24].

Insomma, la responsabilità da reato dell'ente – che sotto il profilo sostanziale si caratterizza per essere un modello chiuso di responsabilità[25], fondato sulla elencazione nominativa dei reati, con la conseguenza che non ogni reato è idoneo a far sorgere la responsabilità dell'ente per l'illecito da questo dipendente – si radica se la condotta illecita della persona fisica sia stata agevolata da un modello di organizzazione, gestione e controllo inidoneo ad impedire che i vertici dell'azienda commettano determinati reati, oltre alla carente regolamentazione interna dell'ente[26].

Ancora una sintesi: l'illecito dell'ente è strutturato su una fattispecie complessa costituita, sul piano oggettivo, dalla consumazione del reato-presupposto da

[21] Cass., 28 novembre 2013, n. 10265. Conforme, Cass., 9 luglio 2009, n. 36083.

[22] Cass., 26 aprile 2012, n. 40380.

[23] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.
In dottrina, Pistorelli, *Natura della responsabilità degli enti e criteri di imputazione oggettiva al vaglio dei giudici di legittimità,* in *Riv. amm. soc. e enti,* 2006, 4, p. 121 ss., nonché, Epidendio, Piffer, *Criteri di imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative, ivi,* 2008, 3, p. 7 ss.

[24] Cass., 18 dicembre 2013, n. 4677.
In tema, Santangelo, *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/01: un'interessante pronuncia della Corte di Cassazione,* in *Diritto penale Contemporaneo,* 3 marzo 2014.

[25] Dopo dieci anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, l'esigenza di adeguare l'ordinamento interno alla direttiva2008/99/CE del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente che, negli artt. 6 e 7 d.lgs. ribadiva la necessità di sanzionare le persone giuridiche per la violazione di disposizioni ambientali ha indotto il legislatore ad integrare la disciplina vigente. Dando attuazione, in ritardo, alla direttiva mediante il d.lgs. 7 luglio 2011 n. 121 è stato anche modificato il d.lgs. 231 del 2001 con l'introduzione degli artt. 25 *decies* e 25 *undicies*, prevedendo così l'applicazione di sanzioni pecuniarie per una serie di reati specificamente ivi indicati.
Sulla disamina della disciplina della responsabilità degli enti con riferimento alle tematiche ambientali, si rinvia alla relazione di Fimiani, *Destinatari della disciplina e sanzioni nella responsabilità da reato ambientale degli enti* svolta nell'ambito del Seminario di studio *Responsabilità amministrativa degli enti e reati ambientali,* Scuola superiore della Magistratura, Ufficio dei referenti per la formazione decentrata, Roma, Corte di Cassazione, 16 aprile 2015.
Cfr. pure Cass., 20 dicembre 2013, n. 3635. In tema, è significativo il recentissimo decreto che dispone il giudizio a carico dell'Ilva per disastro ambientale emesso dal Giudice dell'udienza preliminare di Taranto il 23 luglio 2015.

[26] In tema, Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti,* in *Cass. pen.,* 2005, p. 320 ss.

parte del soggetto che abbia un rapporto qualificato con la persona giuridica e la commissione del reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. A questi elementi si aggiunge l'elemento soggettivo della colpa di organizzazione: la persona giuridica risponde per fatto proprio, avendo fornito un contributo causale alla realizzazione del reato. In tal modo, «la colpevolezza dell'ente non viene identificata *tout court* con la colpevolezza di persone fisiche, ma starebbe in ultima analisi in un deficit dell'organizzazione o dell'attività rispetto a un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme»[27].

L'illecito penale della persona fisica e quello amministrativo *da reato* dell'ente determinano una responsabilità cumulativa, sia pure autonoma, che le Sezioni Unite definiscono un *tertium genus* di responsabilità, dal momento che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità della persona giuridica, è fatto di entrambe. Nel senso che il fatto-reato commesso dal soggetto inserito nella compagine della *societas* in vista del perseguimento dell'interesse o del vantaggio di questa, è sicuramente qualificabile come proprio dell'ente in forza del rapporto di immedesimazione organica che lega il primo alla seconda[28], a meno che l'ente provi di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del reato da parte del soggetto in posizione apicale, un modello di organizzazione e di gestione rispettoso dei requisiti previsti dall'art. 6, c. 2, lett. a-d), d.lgs. ed idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi[29].

2.1. *I confini della responsabilità da reato degli enti intesa come* tertium genus

Stando così le cose, bisogna chiarire cosa si intenda per *tertium genus* di responsabilità che coniuga i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, considerati i riferiti limiti di compatibilità ontologica tra i due sistemi e la necessità si sfuggire al rischio di ricorrere ad una *finzione legale*, valutando il fatto e la volontà della persona fisica come fatto e volontà della persona giuridica.

Riteniamo, su questi presupposti, che il decreto legislativo del 2001 abbia introdotto una forma di responsabilità intermedia tra quelle meramente oggettiva e per fatto altrui e quella per omissione organizzativa e gestionale (cd. rimproverabilità della condotta d'impresa): se l'ente non ha predisposto l'insieme di accorgimenti preventivi idonei ad evitare la commissione di reati del tipo di quello consumato è *personalmente* colpevole.

Il riscontro di tale deficit organizzativo fonda il giudizio di rimproverabilità, che, solo, consente di imputare all'ente l'illecito penale realizzato nel suo ambito operativo dai soggetti posti in posizione apicale. Il giudizio di rimproverabilità, a sua volta, presuppone il requisito della colpevolezza (penale) dell'ente, vale a dire, forme di responsabilità penale collegiale degli organi preposti alla determinazione della politica aziendale.

Non potrebbe essere diversamente, considerato che il significato minimo dell'art. 27, primo c., Cost. si attesta sul rifiuto di ogni tipo di responsabilità presunta in linea assoluta dal legislatore e sul rigetto di ogni situazione in cui manchino elementi soggettivi idonei a saggiare un giudizio di rimprovero e quelli che rappresentino *finzioni di imputabilità*[30].

La portata del principio è ampia. La colpevolezza come essenza e fondamento del giudizio di responsabilità, infatti, può manifestarsi in modo vario a seconda della struttura della fattispecie. E così, se «la violazione di un obbligo è la categoria dogmatica che manifesta la situazione di chi non soltanto deve, ma anche può determinarsi secondo la volontà del diritto», allo stesso tempo «nella colpevolezza rientrano tutte le forme in cui si esprimono le concrete possibilità del controllo finalistico del processo causativo del reato o in cui si rappresenta una fenomenologia normativa incentrata sulla trasgressione di una norma comportamenta-

[27] Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano,* in *Cass. pen.,* 2003, p. 16.

[28] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, ma già, Id., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654.

[29] Cass., 9 luglio 2009, n. 36083; Id., 23 giugno 2006, n. 32627; Id., 20 dicembre 2005, n. 3615.
In tema la letteratura è vasta. Per una panoramica generale, si rinvia a Bernasconi, sub *art. 6,* in Presutti, Bernasconi, Fiorio, *La responsabilità degli enti,* Padova, 2008, p. 109 ss.
In dottrina è stato rilevato che le difficoltà nella ricostruzione interpretativa della disciplina relativa ai modelli di organizzazione e gestione sono state accresciute dalla introduzione dell'art. 30, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, rubricato *Modelli di organizzazione e gestione*, che introduce una nuova tipologia di *compliance program* in materia di sicurezza sul lavoro, che appare diverso rispetto alla matrice dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, non solo per quanto attiene alle finalità, ma anche per i contenuti. A tale proposito è stato osservato che l'interpretazione letterale del primo c. dovrebbe condurre a ritenere una obbligatorietà circoscritta ai soli contenuti di un modello che, per dispiegare effetti scriminanti ed assicurare un sistema aziendale per l'adempimento di una serie di obblighi giuridici, deve contenere le prescrizioni contenute nel testo della norma. In altri termini, il giudice, al fine di valutare la idoneità del modello in relazione ai reati colposi, deve limitarsi a verificare la conformità dello stesso ai parametri indicati nell'art. 30 d.lgs. n. 81 del 2008: accertata la riferita conformità, il *compliance* aziendale si considera adeguato. Il c. 5 dell'art. 30 d.lgs. n. 81 del 2008 stabilisce che i modelli organizzativi corrispondenti alle linee guida specificate si presumono idonei. In tale ipotesi, quindi, il giudice non dovrebbe neppure verificare la coincidenza tra il modello aziendale ed i parametri indicati nella disposizione, ma sarebbe sufficiente la conformità alle direttive ricavate dalle linee-guida. In ogni caso rimarrebbe in capo al giudice il duplice compito di accertare l'effettiva attuazione e l'eventuale aggiornamento del *compliance program*, nonché quello di verificare il corretto svolgimento dell'attività di controllo dell'organismo di vigilanza. Ne deriverebbe, pertanto, un ambito sottratto a qualsiasi genere di presunzione legale, rispetto al quale il giudice è libero di esprimere la idoneità e la tenuta del sistema organizzativo. Cerqua, sub *art. 6,* in *Enti e responsabilità da reato,* cit., pp. 126-127.

[30] Riccio, voce *Responsabilità penale,* in *Enc. giur.,* Roma, 1991, p. 16 dell'estratto.

le, riconducibile anche ad una omissione tipica o a specifiche inosservanze di obblighi»[31]. Quest'ultima situazione caratterizza la «riprovevolezza d'impresa»[32] e consente di rivolgere l'addebito direttamente e personalmente all'impresa; nello stesso tempo, fa sì che la persona giuridica benefici di tutela diretta (art. 35 d.lgs.), non anche attraverso la salvaguardia delle posizioni giuridiche soggettive facenti capo ai propri membri.

Ragionare in questo modo consente di evitare il rischio che il criterio della immedesimazione organica introduca, di fatto, una forma mascherata di responsabilità oggettiva. La necessità di una indagine autonoma sulla colpevolezza della persona giuridica esclude che il rimprovero da muovere nei confronti dell'ente sia condizionato all'accertamento della responsabilità penale della persona fisica, sebbene posta in una posizione apicale. Non è un caso che la sanzione espressamente prevista dalla legge in relazione alla commissione del reato presupposto non possa essere comminata all'ente, se non previo accertamento di un suo indice di colpa.

Non potrebbe essere diversamente. Non sfuggono – non possono – al titolo *personale* della responsabilità penale nemmeno le persone giuridiche, perché «i profili soggettivi dell'attribuibilità del fatto all'autore sintetizzano i contenuti di valore di un "diritto penale aperto sulle libertà"»[33]; di un diritto penale che pone la responsabilità colpevole come unica – e generale – forma che legittima un giudizio di rimproverabilità.

Ora, se il concetto di responsabilità esprime un giudizio di relazione necessario tra fatto, fattispecie e processo di imputazione del fatto al soggetto; se vi è un rapporto funzionale tra la sfera volitiva del soggetto e il fatto, dunque, tra fattispecie *per* la responsabilità e accertamento *della* responsabilità, appare fisiologico ripudiare qualsiasi forma, più o meno dissimulata, di responsabilità per fatto altrui o di responsabilità oggettiva che imputano all'impresa il comportamento dell'autore individuale, senza alcuna possibilità, per questa, di difendersi.

Così si spiegano pure la estensione (all'ente) della sola responsabilità civile del funzionario e/o del dipendente dell'ente pubblico prevista dall'art. 28 Cost.; e, soprattutto, la disposizione dell'art. 8 d.lgs. che consente di chiamare a rispondere l'ente – a titolo di colpevolezza d'impresa, o colpa di organizzazione – nonostante l'autore del reato non sia stato identificato o non sia imputabile.

Non contraddice la soluzione offerta la qualificazione amministrativa delle sanzioni inferte all'ente ai sensi dell'art. 9 d.lgs., essendo oramai convinzione diffusa che, sul piano delle garanzie costituzionali, non vi sia una differenza ontologica tra gli illeciti amministrativi e gli illeciti penali, dovendosi tener conto dell'essenza afflittiva della potestà sanzionatoria, anche di quella amministrativa[34], che legittima una omogeneizzazione dei sistemi di responsabilità amministrativa e di responsabilità penale all'insegna, appunto, delle massime garanzie previste per quest'ultima. Esigenza, tra l'altro, già avvertita dagli organi di giustizia europei[35]. Tanto, pur senza rinnegare l'autonomia strutturale dell'illecito amministrativo dal diritto penale[36].

A ciò si aggiunga l'obbligo della interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo delle formule utilizzate dal legislatore del 2001[37]; che consente di affermare che ogni volta si tratti di sanzione sostanzialmente *punitiva*, tenuto conto sia della particolare natura delle infrazioni accertate che del regime dell'impianto sanzionatorio, bisogna prescindere dalla sua qualificazione formale, dovendosi assicurare al destinatario della stessa sanzione, le garanzie strettamente collegate al principio di colpevolezza sancite dagli artt. 6 e 7 CEDU.

La regola può essere applicata senza dubbio alla tipologia sanzionatoria prevista nell'ambito della disciplina della responsabilità degli enti derivante da reato che l'art. 9 d.lgs. qualifica, impropriamente, amministrativa, tenuto conto che il legislatore ha delineato un sistema «sfaccettato con struttura plurigenetica che combina cioè sanzioni di origine diversa» di forte impatto punitivo, se si tiene conto che «pena pecuniaria, confisca, sottoposizione a sorveglianza giudiziale, interdizione da una determinata attività, incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, risarcimento, lavoro a favore della comunità, pubblicazione della sentenza di condanna sono misure eterogenee che formano un sistema misto, col triplice obiettivo: punitivo, preventivo e risarcitorio»[38]. La punitività delle sanzioni si rileva, inoltre, anche sotto il profilo tipologico: le sanzioni finanziarie colpiscono il patrimo-

[31] Ancora Riccio, voce *Responsabilità penale,* cit., p. 16 dell'estratto.

[32] de Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2008, p. 75.

[33] Ancora Riccio, voce *Responsabilità penale,* cit., p. 9 dell'estratto.

[34] Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 247.

[35] Per gli spunti di diritto comparato, si rinvia a de Maglie, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società,* Milano, 2002, p. 102 ss. e a Fontanella, *Corruzione e superamento del principio* societas delinquere non potest *nel quadro internazionale,* in *Liuc Papers n. 83, Serie Impresa e Istituzioni,* 15 febbraio 2001, nonché al contributo recente di Stea, *Gli enti responsabili dell'illecito da reato nella prospettiva europea,* in *Riv. pen.,* 2013, fasc. 7-8, p. 735 ss.

[36] Corte cost., da sentenza n. 159 del 21 aprile 1994 a sentenza n. 273 del 22 luglio 2010. In tema, cfr. pure Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

[37] Specialmente, Corte cost., n. 1 del 15 gennaio 2013; n. 239 del 24 luglio 2009 e n. 219 del 20 giugno 2008.

[38] Letteralmente, de Maglie, *In difesa della responsabilità penale delle persone giuridiche,* in *Legisl. Pen.,* 2003, p. 355.
Sul sistema sanzionatorio, in generale, Romolotti, *La responsabilità degli enti. I principi generali,* in *Diritto penale delle società,* a cura di Cerqua, I, Padova, 2009, p. 1015 ss.

nio dell'ente (sanzioni pecuniarie e confisca); quelle *strutturali* condizionano, limitandole, la vita e l'attività dell'ente (sanzioni interdittive[39] e commissariamento giudiziale); quelle cd. stigmatizzanti minano la reputazione di cui l'impresa gode sul mercato (pubblicazione della sentenza)[40].

La configurazione della responsabilità degli enti (= responsabilità per colpa d'organizzazione) come responsabilità di natura penale spiega pure le scelte del legislatore del 2001 sul versante procedurale: l'estensione della giurisdizione penale alla responsabilità (denominata) amministrativa da reato (art. 34 d.lgs.), ovvero, la circostanza che il processo volto all'accertamento del fatto-reato e quello relativo all'accertamento della responsabilità dell'ente sono assegnati alla cognizione del (dello stesso) giudice penale con l'adozione del medesimo modulo processuale (sempre se compatibile) ed oggetto di accertamento simultaneo[41]; pur conservando gli illeciti – si badi bene – autonomia.

Invero, sotto quest'ultimo profilo, deve escludersi che nel sistema delineato dal decreto legislativo l'illecito ascrivibile all'ente si identifichi con il reato commesso dalla persona fisica, tanto è vero che non può escludersi automaticamente la responsabilità della persona giuridica in conseguenza del proscioglimento del suo funzionario[42]. L'illecito di cui l'ente è chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 5 d.lgs. non coincide con il reato commesso dai soggetti in posizione apicale; sicché, se pure l'ente è equiparato all'indagato/imputato persona fisica, essi non possono qualificarsi coimputati, essendo loro ascritti due illeciti strutturalmente diversi[43]. Di conseguenza, deve ritenersi che la equiparazione riguardi soltanto la titolarità, in capo all'ente delle posizioni giuridiche soggettive protette riconosciute all'indagato/imputato persona fisica[44].

2.2. Le omissioni della giurisprudenza e gli apparenti problemi posti dalla dottrina in tema di valutazione giudiziale della colpa di organizzazione

Sulla valutazione della responsabilità dell'ente il decreto è carente di regolamentazione, mentre la giurisprudenza non si è misurata.

Proviamo a trarre delle conclusioni coerenti con le argomentazioni fin qui svolte e con le soluzioni offerte. Ebbene, se la rimproverabilità dell'ente presuppone la colpa di organizzazione, che a sua volta è il frutto della mancata adozione e/o della inadeguatezza e/o della ineffettiva attuazione e/o della elusione fraudolenta[45] dei modelli di organizzazione e di gestione costruiti secondo il modello legale previsto dal c. 3 dell'art. 6 d.lgs. è naturale che al giudice sia richiesto, innanzitutto, di verificare l'esistenza del modello, in secondo luogo, di valutarne l'efficacia (il comb. disp. artt. 34 d.lgs.; 221; 227 c.p.p. evita il rischio di una caduta di legalità che deriverebbe dalla discrezionalità del giudice nell'apprezzamento della colpa di organizzazione).

Sotto altro profilo, il nesso funzionale tra l'illecito dell'ente ed il reato dal quale il primo dipende porta a ritenere che l'efficacia dell'adozione del modello vada misurata rispetto al reato per cui si procede. Nel senso che il tipo di accertamento giudiziale deve riguardare

[39] «(…) si tratta di sanzioni sostanzialmente incapacitanti, che possono paralizzare l'attività dell'ente (interdizione dallo svolgimento di un'attività), oppure condizionarla attraverso la *limitazione della sua capacità giuridica* o di facoltà o diritti conseguenti ad un provvedimento amministrativo (incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, revoca o sospensione di licenze, autorizzazioni, ecc.) o con la sottrazione *di risorse finanziarie* (esclusione di finanziamenti, agevolazioni, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi)»: Cerqua, sub *art. 9,* in *Enti e responsabilità da reato,* cit., p. 164. In tema, pure Piergallini, *L'apparato sanzionatorio, in Reati e responsabilità degli* enti, cit., I edizione, 2005, pp. 204-205; *ivi*, II edizione, p. 174 ss. e Rossi, *Le sanzioni degli enti,* in Vinciguerra, Ceresa- Gastaldo, Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001),* Padova, 2004, p. 63 ss.

[40] de Maglie, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità,* in *Dir. pen. e proc.,* 2001, p. 1349 e, di recente, Cerqua, sub *art. 9,* in *Enti e responsabilità da reato,* cit., p. 160.

[41] «(…) le sanzioni formalmente amministrative, sono infatti applicate dal giudice penale, nel processo penale, secondo un modello che non è certo riconducibile alla previsione contenuta nell'art. 24 della l. n. 689/1981, in cui il giudice competente a conoscere il reato è pure competente a decidere sulla violazione amministrativa quando l'esistenza del reato è in qualche modo condizionata dall'accertamento dell'illecito amministrativo. Infatti, il modello di responsabilità dell'ente non si fonda sulla connessione obiettiva dell'illecito amministrativo con un reato, ma presuppone, al pari della responsabilità penale della persona fisica, la commissione di un reato e, in più, l'interesse o il vantaggio conseguito dall'ente»: Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo,* in *Reati e responsabilità degli enti,* cit., II edizione, p. 400. Di recente, Ib., *La responsabilità da reato degli enti nella giurisprudenza di legittimità,* Seminario sul tema «*Responsabilità amministrativa degli enti e reati ambientali*», cit.

[42] Cass., 9 maggio 2013, n. 20060.

[43] Corte cost., 9 luglio 2014, n. 218.

[44] In tema, in generale, per tutti, Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale,* cit., II edizione, p. 399 ss.; Garuti, Sola, sub *art. 34*, in *Enti e responsabilità da reato,* cit., p. 524; Giarda, sub *art. 34,* in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche,* a cura di Giarda, Mancuso, Spangher, Varraso, Milano, 2007, p. 298.

[45] Cass., sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677 ha chiarito che può essere riconosciuta all'ente la condizione esimente di cui all'art. 6, c. 1, d.lgs. nel caso in cui l'elusione fraudolente dea del modello organizzativo derivi da «una condotta ingannevole e subdola, di aggiramento e non di semplice "frontale" violazione delle prescrizioni adottate». Non può essere invece riconosciuta la condizione esimente di cui all'art. 6, c. 1, lett. b), d.lgs. nei casi in cui l'Organismo di vigilanza non sia provvisto di autonomi ed effettivi poteri di controllo, ma, invece, sia sottoposto alle dirette dipendenze del soggetto controllato.
In dottrina, Santangelo, *Prevenzione del rischio di commissione di aggiotaggio ed "elusione fraudolenta" del modello organizzativo ai sensi del d.lgs. n. 231/01*, cit.; Vizzardi, *Prevenzione del rischio reato e standard di adeguatezza delle cautele: i modelli di organizzazione e di gestione di società farmaceutiche al banco di prova di un'indagine peritale,* in *Cass. pen.,* 2010, p. 1246.

la relazione tra la regola cautelare violata (c. 3 dell'art. 6 d.lgs.) e l'effetto offensivo che ne è derivato e deve seguire le direttrici che garantiscono la legalità processuale, considerata la sostanziale irrilevanza dei codici di comportamento promossi dalle associazioni di categoria[46].

A ben vedere, si tratta di un accertamento settoriale; non anche totalizzante. Infatti, la valutazione della efficienza e della effettività del modello rispetto alla realtà dell'azienda è funzione che spetta all'ente, ovvero all'organismo di controllo; non al giudice.

Altra apparente criticità del modello processuale disegnato dall'art. 6 d.lgs. deriverebbe dalla inversione dell'onere della prova[47]: l'ente, per essere esente dal rimprovero, deve dimostrare di aver adottato ed efficacemente attuato, prima della consumazione del reato da parte dei vertici, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

Le ultime Sezioni unite della Cassazione si limitano a negare il fenomeno, ma non argomentano.

L'approdo – che convince – trova giustificazione nel Preambolo penalistico della Costituzione che informa, necessariamente, anche il processo a carico degli enti. Anche a questi, infatti, si applicano le regole e i principi che garantiscono: l'uguaglianza processuale (art. 3 Cost.[48]) e la legalità processuale (artt. 101, 1° c. e 111, 1° c., Cost.); la cultura della giurisdizione (art. 101, 2° c. [107, 3° c.]; 25, 1° c.; 111, 2° c., ultima parte Cost.), quella della prova (artt. 111, 2° e 4° c.; 27, 2° c., Cost.) e quella dell'azione (art. 112 Cost.); nonché, le aspettative giuridiche soggettive (artt. 13 e 24, 1° c. Cost.).

Infatti, se è vero che il decreto legislativo, nella parte processuale, introduce una disciplina derogatoria rispetto al codice di procedura penale, operando così l'adeguamento del processo penale al soggetto collettivo; che attraverso la clausola di compatibilità di cui all'art. 34 d.lgs. attribuisce una valenza *sussidiaria* alle norme del codice di rito; che affida all'interprete il compito di valutare il grado di compatibilità ogni qual volta si presenti la necessità di una integrazione della disciplina speciale con quella comune, per cui non esiste una presunzione assoluta di compatibilità dell'ordinamento ordinario con quello speciale[49], è altrettanto innegabile la inderogabilità del connubio principi costituzionali/processo penale. In questo specifico caso, delle relazioni, necessarie, tra presunzione di innocenza, obbligatorietà dell'azione penale/onere della prova (= artt. 24, 1° c.; 112; 27, 2° c.; 24, 2° c., Cost.), nonché, tra obbligatorietà/onere della prova, obbligo giudiziale di decidere e diritto al contraddittorio delle parti (= artt. 112; 101, 2° c.; 24 e 111, 2° c. originario Cost.). Quelle relazioni, infatti, costruiscono l'onere della prova come connotato di sistema e come situazione soggettiva posta a carico del pubblico ministero, essendo l'azione una richiesta di condanna ed avendo la sentenza natura costitutiva dello *status* di colpevole[50].

In altri termini, il riconoscimento dell'onere della prova in capo al pubblico ministero nasce dall'obbligo dell'azione – sussidiario all'obbligo della inazione (art. 405 c. 1 c.p.p.) –, ovvero della formulazione della imputazione e, dunque, dalla predisposizione del *thema decidendum* (art. 187 c.p.p.); ancora, quello si contrappone alla naturale inerzia del diritto di difesa nel procedimento (art. 326 c.p.p.) e si coniuga al diritto alla prova dell'imputato nel processo (art. 190 c.p.p.); infine, si àncora alla inderogabilità della giurisdizione[51].

Ora, «se la torsione delle regole per il giudizio ed il passaggio ad un sistema legale di prove definiscono "presunzione" ed "onere" come lo "zoccolo duro", caratteri essenziali, elementi di esistenza del sistema accusatorio che condizionano la struttura del processo e le discipline "operative" per l'accertamento», esse devono informare la giurisdizione penale, qualunque sia l'oggetto.

Nel caso del procedimento penale a carico degli enti la conferma della giustezza della soluzione offerta è nel combinato disposto degli artt. 59 (60[52]) d.lgs.; 405, c. 1, c.p.p.; 66 d.lgs.; che dimostra come qui cambi il modello di accesso alla giurisdizione, non anche la regola di sistema che obbliga, in presenza di determinate condizioni, di accedervi. Infatti, la raccolta degli elementi investigativi che consentono di sostenere l'accusa in giudizio e la (eventuale: art. 125 disp. att.) elaborazione dell'imputazione – secondo lo schema legale previsto dall'art. 59 d.lgs., piuttosto che dall'art. 417, c. 1, lett. *b*), c.p.p. – caratterizzano la fase investigativa anche di questo peculiare procedimento.

Di conseguenza, l'art. 6 d.lgs. non è disposizione che inverte l'onere probatorio facendolo ricadere sulla persona giuridica imputata, ma è norma che tipizza i *moda* attraverso cui l'ente ricostruisce il fatto che gli è imputato e lo rappresenta al giudice, vale a dire, la dispositività della prova da parte dell'ente imputato, ovvero, le scelte strategiche con cui quello intende contrastare il *thema decidendum* fissato dal pubblico ministero.

[46] Sulla irrilevanza, Cass., 18 dicembre 2013, n. 4677.
In dottrina, Piergallini, *Paradigma dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001,* in *Cass. pen.,* 2013, p. 842. Cass., V, 18 dicembre 2013, n. 4677.

[47] Lo rileva Fidelbo, *La responsabilità da reato dell'ente,* cit.

[48] Da Corte cost., 16 gennaio 1957 n. 3 a Id., 10 ottobre 2014, n. 230.

[49] Fidelbo, *Le attribuzioni del giudice penale,* pp. 401-402.

[50] Le intuizioni sono di Riccio, *La Procedura penale,* cit., p. 145, p. 147 e p. 151.

[51] Sempre, Riccio, *La Procedura penale,* cit., p. 148.

[52] Cass., 16 novembre 2012, n. 4335; Id., IV, 5 aprile 2000, n. 9090.

Insomma, l'art. 6 d.lgs. normatizza uno stadio dialettico del contraddittorio. Non fa altro; non deroga alla obbligatorietà dell'azione penale, né alla presunzione di innocenza[53].

3. *Rappresentanza* ed *assistenza*: posizioni giuridiche soggettive *necessarie* nel procedimento di riesame dell'ordinanza di sequestro preventivo disposta a carico dell'ente

Il dato ordinamentale dell'art. 24, 1° c., Cost. e i bisogni di *legalità* della vicenda processuale, indipendentemente dalla natura penale o amministrativa, giustificano le perplessità rispetto alle soluzioni offerte dalla Corte di cassazione; che rappresentano, perciò, lo spunto (giurisprudenziale) delle osservazioni che seguiranno.

Epperò, prima di affrontare le criticità della pronuncia delle Sezioni Unite, è opportuna una premessa dogmatica, fisiologica alla introduzione nell'ordinamento processuale penale di forme di responsabilità delle persone giuridiche.

Ebbene, considerata la natura impersonale, l'ente può esercitare le proprie prerogative attraverso una persona fisica che agisca per suo conto, ovvero, attraverso il rappresentante legale, purché questi non risulti imputato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo[54].

Si tratta di una rappresentanza necessaria, dal momento che l'ente è lasciato libero di partecipare o meno al processo; tuttavia, in ogni caso positivo, può esercitare il suo diritto solo a mezzo del rappresentante legale[55]. Sicché, questi, da un lato, è la persona fisica che si costituisce e partecipa al processo per conto della persona giuridica e che, in virtù del rapporto di immedesimazione organica che lo lega all'ente, lo impersona nel processo; dall'altro, quello non si identifica con l'ente, essendo soggetto giuridico distinto che prende parte al processo non per un fatto proprio ma per un fatto altrui, atteso che solo la persona giuridica e non il suo rappresentante legale, persona fisica, è sottoposto, all'esito del giudizio, alle sanzioni derivanti dal reato[56].

Il fenomeno riguarda la legittimazione a stare in giudizio, mentre il *modo* rimane affidato alla assistenza del difensore[57]. Il difensore assume anche (= oltre all'assistenza) la rappresentanza necessaria dell'ente quando non compare il legale rappresentante.

Chiarito ciò, veniamo ai profili per cui non si condividono le soluzioni accolte dalla pronuncia della cassazione.

Il primo: la condizione sospensiva posta a fondamento della ammissibilità della richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo proposta dal difensore di fiducia dell'ente è irrealizzabile. Nel senso che non si può ipotizzare una situazione in cui l'emissione del decreto di sequestro preventivo non sia preceduta (o non sia coevo) dalla notifica al rappresentante legale dell'ente della informazione di garanzia (artt. 43; 57, d.lgs.). Lo dimostra la linea normativa degli artt. 53; 34 d.lgs.; 365 c.p.p.; 57 d.lgs. (369 c.p.p.); 369-*bis* c.p.p.; che puntualizza la necessità che il decreto di sequestro preventivo, da chiunque adottato, sia in ogni caso accompagnato dall'invio, almeno contestuale, all'ente indagato, dell'informazione di garanzia, o, quantomeno, di questa contenga gli elementi essenziali.

Specificamente, il binomio degli artt. 57 d.lgs. (369; 369-*bis* c.p.p.); 365 c.p.p. contiene una regola di comportamento per il pubblico ministero, là dove gli fa obbligo di inviare l'informazione di garanzia alla persona sottoposta alle indagini «sin dal compimento del primo atto al quale il difensore ha diritto di assistere».

La genericità della formula dimostra l'intenzione del legislatore di non operare alcuna distinzione tra gli atti al compimento dei quali il difensore abbia diritto ad essere preventivamente avvisato e quelli – elencati nell'art. 365 c.p.p. – ai quali egli sia, viceversa, meramente facultato ad assistere, tra i quali rientra il sequestro in tutte le sue manifestazioni.

Ancora. La natura *a sorpresa* del sequestro preventivo non confligge con quella squisitamente pubblicista dell'informazione di garanzia. Invero, l'art. 369 c.p.p. non impone che l'informazione di garanzia sia notificata anteriormente all'adozione del provvedimento di sequestro ma solo che sia precedente al compimento dell'atto, in quanto è a questo che il difensore ha diritto di assistere (artt. 34 d.lgs.;. 365 c.p.p.). È in quel momento che l'indagato/imputato deve essere messo a conoscenza delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto, nonché della

[53] Come pure hanno sostenuto, Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa,* cit., p. 333, nt. 49 e Bernasconi, sub *art. 6,* cit., p. 151.

[54] Cass., 28 ottobre 2009, n. 35569.

[55] Sulla rappresentanza processuale, in generale, Riccio, voce *Rappresentanza processuale (diritto processuale penale*), in *Enc. dir.,* Roma, 1991, *passim*.

[56] Il c. 4 dell'art. 39 d.lgs. prevede la rappresentanza necessaria del difensore, occasionata dall'assenza in udienza del legale rappresentante dell'ente costituitosi. La disposizione genera perplessità nella misura in cui tende ad impegnare il difensore su campi riservati alle personali determinazioni dell'ente. Per questo, in dottrina, si è ritenuto di neutralizzare l'operatività della norma in occasione di attività processuali che, in quanto facenti parte dello spazio di autodifesa dell'indagato/imputato, non possono essere lasciate alla mercè delle decisioni del difensore, a meno che questi non sia munito di procura speciale. In tema, tra gli altri, Bonetti, *I procedimenti speciali,* in *Il processo penale* de societate, a cura di Bernasconi, Milano, 2006, p. 307 e p. 318; Varraso, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente nel procedimento penale a suo carico: tra vuoti normativi ed "eterointegrazione" giurisprudenziale,* in *Cass. pen.,* 2010, p. 242.

[57] Sui temi della rappresentanza legale e della difesa tecnica, per tutti, Varraso, *La partecipazione e l'assistenza difensiva dell'ente,* cit., p. 1385.

facoltà di nominare un difensore di fiducia[58]; garanzie, queste, previste a tutela del diritto procedurale alla difesa riconosciuto all'indagato, in generale, dall'art. 365 c.p.p. e non surrogabili dal ruolo meramente esecutivo assunto dal pubblico ministero nella procedura di sequestro – che in ogni caso conserva, non potrebbe essere diversamente, il potere-dovere della richiesta[59] – né da quello dispositivo riconosciuto al solo giudice, come pure certa giurisprudenza sostiene[60].

Le situazioni ivi descritte, comportando un contrasto tra situazioni giuridiche soggettive protette, presuppongono la partecipazione al procedimento e la nomina del difensore a cui si aggiunge il valore garantista delle regole del sistema cautelare che impone la parità partecipativa del pubblico ministero (che chiede la misura) e dell'indagato/imputato (che la subisce). Ebbene, queste peculiarità non consentono alcuna discrezionalità ermeneutica, nella misura in cui la tutela dell'interesse pubblico a prevenire la consumazione di nuovi reati attraverso il sequestro del prezzo o del profitto[61] del reato – o, in alternativa, delle somme di danaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato[62] –, ai fini di anticipare la successiva eventuale sanzione[63] della confisca[64], in un'ottica di bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti, non autorizza adattamenti o anche restrizioni da parte dell'interprete – tanto più che il legislatore non lo ha fatto – del diritto di difesa. Qui, infatti, il diritto di difesa è connaturale al corretto esercizio della giurisdizione: il giudice intanto può disporre il sequestro preventivo del bene dell'indagato/imputato se v'è stata richiesta del pubblico ministero ed è stato garantito al primo l'esercizio del diritto di difesa; e, sempre che il giudice ritenga l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità e non solo la confiscabilità[65] dei beni,

[58] Da ultime, Cass., 19 febbraio 2014, n. 22898; Id., 7 maggio 2013, n. 28336; Id., 3 novembre 2011, n. 6519. Precedentemente, tra le altre, Cass., 3 marzo 2007, n. 18049; Id., 28 ottobre 1997, n. 5752; Id., 26 aprile 1996, n. 1970; Id., 4 maggio 1994, n. 1402; Id., 8 luglio 1993, De Angelis; Id., 19 maggio 1992, Calvisi; Id., 4 aprile 1991, Veri.
Contra, Cass., 23 ottobre 2012, n. 45850; Id., I, 4 maggio 2012, n. 25849.

[59] Di recente, Cass., 20 dicembre 2013, n. 2658 ha ribadito il principio secondo cui l'applicazione del sequestro postula come indefettibile presupposto la richiesta del pubblico ministero.
In caso di urgenza possono procedere al sequestro direttamente il pubblico ministero o gli ufficiali di polizia giudiziaria salvo il successivo provvedimento di convalida ad opera del giudice, entro i termini previsti dalla legge a pena di inefficacia (artt. 53 seconda parte d.lgs.; 321 c. 3 *bis* e c. 3 *ter*, c.p.p.)

[60] In senso contrario, Cass., 27 gennaio 2011, n. 6890; Id., II, 24 giugno 2008, n. 25694.

[61] Sul profitto confiscabile, tra le altre, da ultime, Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343. Nello stesso senso, Cass., 11 novembre 2014, n. 15249; Id., 5 novembre 2014, n. 53430; Id., 3 aprile 2014, n. 25450.
Interessante, Cass., 20 dicembre 2013, n. 26654 in tema di responsabilità degli enti per reati ambientali; la quale ha chiarito che la nozione di profitto, inteso quale risparmio di spesa conseguito dall'ente, presuppone la individuazione di un risultato economico positivo che sia concretamente determinato dalla realizzazione delle ipotesi di reato contestate. Sicché, secondo la Corte, perché si possa individuare un profitto assoggettabile a sequestro e poi a confisca ai sensi dell'art. 19 d.lgs. è necessario «che si verifichi, quale diretta conseguenza del reato, uno spostamento reale di risorse economiche, ossia una visibile modificazione positiva del patrimonio dell'ente, evitando improprie assimilazioni tra la nozione di profitto del reato, inteso quale reale accrescimento patrimoniale e la causazione di meri danni risarcibili relativi a risparmi di spesa indebitamente ottenuti dall'ente per effetto della mancata esecuzione di opere di risanamento ambientale».
Cfr. pure Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654.

[62] Recentemente, Cass., 8 maggio 2014, n. 39177; Id., 29 aprile 2011, n. 21228; Id., 8 aprile 2014, n. 38118.

[63] … e non misura di sicurezza. In tema, Bonzano, *Il procedimento penale a carico degli enti: restano incerti i confini per l'applicazione delle norme in tema di sequestro preventivo,* in *Dir. pen. e proc.,* 2007, p. 942.

[64] Nonostante l'incipit della *Relazione* governativa in tema di misure cautelari richiami l'esigenza, comune a tutte le cautele, di impedire l'attività dell'ente che possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri, la dottrina e la giurisprudenza escludono che tale finalità caratterizzi anche il sequestro ai fini di confisca *ex* art. 53 d.lgs. Secondo quelle, il sequestro previsto dall'art. 53 d.lgs. è disciplinato in prospettiva della futura confisca, anche per equivalente, del prezzo e del profitto del reato.
Cass., 16 gennaio 2015, n. 15951 ha precisato che la sanzione della confisca del profitto può essere disposta a condizione che il reato presupposto sia stato consumato dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 231 del 2001, essendo, invece, irrilevante che il profitto sia stato conseguito da parte del destinatario della sanzione in un momento precedente alla commissione del reato e alla entrata in vigore della legge. Conforme, Cass., 18 gennaio 2011, n. 14564. Difforme, Cass., II, 21 febbraio 2006, n. 316.
In tema, in generale, in dottrina, Ruggeri, sub *art. 53,* in *Enti e responsabilità da reato,* a cura di Cadoppi, Garuti, Veneziani, Torino, 2010, p. 622 e, da ultimo, Corso, sub *art. 53*, in *Codice della responsabilità "da reato" degli enti,* Torino, 2014, p. 311 ss.
In giurisprudenza, Cass., sez. un., 17 marzo 2015, n. 11170.

[65] Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343: «(…) appare irrilevante la mancanza di ogni riferimento nell'art, 53 d.lgs. n. 231 del 2001 ai presupposti legittimanti il sequestro preventivo, laddove nel precedente art. 45 d.lgs. cit., che disciplina i presupposti per l'emanazione delle misure cautelari interdittive, compare il riferimento espresso ai "gravi indizi" in ordine alla responsabilità dell'ente. Si tratterebbe di una diversità che non può essere considerata sintomo di una radicale differenziazione nei presupposti di misure cautelari che presentano caratteri omogenei in riferimento ai beni cui si riferiscono; piuttosto, l'apparente diversità di formule è dipesa da una tecnica di formazione da parte del legislatore del 2011, ispirata pedissequamente alle norme codicistiche sul sequestro preventivo: il dato letterale, tuttavia, non sarebbe sufficiente a giustificare un'applicazione acritica dell'intera disciplina codicistica del sequestro preventivo in una materia che presenta significative peculiarità».
In senso contrario, Cass., sez. un., 3 luglio 1996, n. 9149; Id., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951; Id., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952; Id., sez. un., 25 ottobre 2007, n. 10280; Id., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654; Id., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374.
Conformi: Cass., 21 gennaio 2015, n. 11665; Id., 16 settembre 2014, n. 41435; Id., 31 maggio 2012, n. 34505; Id., 16 febbraio 2006, n. 9829.
Cfr. pure Cass., 28 gennaio 2014, n. 5656; Id., 24 ottobre 2013,

una volta aver astrattamente sussunto il fatto[66] in una determinata ipotesi di reato[67].

Non potrebbe essere diversamente se la difesa tecnica nel processo penale è intesa come *diritto* e come *garanzia*. Invero, l'art. 24, 2° c., Cost. pone l'accento sulla difesa dell'imputato come diritto, ma non sottovaluta le esigenze di natura pubblica alla cui salvaguardia è chiamato anche il difensore. Per cui, la funzione di assistenza del difensore risulta tanto più necessaria quanto più si ritiene indispensabile alla insopprimibile dialetticità (che non significa solo contraddittorio!) del processo – anche del procedimento incidentale – la posizione di simmetrica parità tra le parti, che conferisce efficacia ed efficienza alla contrapposizione tra indagato/imputato ed accusa sul piano degli avvenimenti processuali. Perciò nel processo penale la difesa è contemporaneamente diritto irrinunciabile oltreché inviolabile dell'imputato a fruire di una efficiente collaborazione tecnica e garanzia del corretto funzionamento della giurisdizione[68].

Di conseguenza, l'omissione dell'informazione di garanzia prima dell'adozione del decreto di sequestro, ovvero la mancata indicazione degli elementi di essa nello stesso decreto in caso di contestualità, comportano la nullità del decreto *ex* art. 178 c. 1 lett. e) c.p.p., atteso che quelle impediscono l'intervento del difensore alle operazioni di esecuzione del sequestro (art. 114 disp. att. c.p.p.). La nullità si determina pure nel caso in cui il provvedimento rechi tutti gli elementi richiesti dall'art. 369 c.p.p. (qualificazione giuridica, data e luogo del fatto), ad eccezione dell'invito all'indagato di nominare un difensore di fiducia, giacché la relativa omissione determina la violazione del diritto di difesa per la mancata possibilità di partecipazione del difensore stesso al procedimento cautelare. Vale a dire che l'esecuzione del decreto di sequestro che non sia stata preceduta dalla rituale informazione di garanzia deve in ogni caso avvenire in condizioni tali da assicurare all'indagato la presenza e l'assistenza del difensore, a meno che il pubblico ministero o la polizia giudizia-

n. 45591; Id., 21 giugno 2012, n. 35786.

[66] Cass., 20 dicembre 2013, n. 3635: ai fini dell'applicazione dell'art. 19 d.lgs. si deve fare riferimento alla data di realizzazione delle condotte costituenti reato e non al momento di percezione del profitto da parte dell'ente. Invero, «l'applicazione del vincolo cautelare reale e della successiva misura ablativa non può essere fatta retroagire a condotte realizzate anteriormente alla rilevata esistenza dei presupposti e delle condizioni per la stessa configurabilità della responsabilità amministrativa dell'ente, assumendo rilievo, al riguardo, solo le condotte temporalmente coperte dalla vigenza dei reati-presupposto».

[67] Cass., 21 febbraio 2015, n. 11665; Id., 31 ottobre 2014, n. 10106; Id., 16 settembre 2014, n. 41435; Id., 26 giugno 2014, n. 31229; Id., 25 giugno 2013, n. 43945. Conformi, in precedenza, Cass., 25 settembre 1992, n. 3343; Id., 21 ottobre 1994, n. 4114; Id., 6 aprile 2005, n. 17439; Id., 16 febbraio 2006, n. 9829; Id., 16 ottobre 2007, n. 4100. In tema, cfr. pure Cass., sez. un., 25 settembre 2014, n. 11170.

In senso contrario, Cass., 31 maggio 2012, n. 34505, la quale considera presupposto per il sequestro preventivo di cui all'art. 53 d.lgs. sia (anche) il *fumus* che, a sua volta, finisce per coincidere sostanzialmente con quello dei gravi indizi di colpevolezza dell'ente, al pari di quanto accade per l'emanazione delle misure cautelari interdittive, atteso che – per questa cassazione – nella disciplina della responsabilità da reato delle persone giuridiche, queste ultime e quelle cd. reali sono poste sul medesimo piano, non solo perché intervengono su oggetti analoghi, ma anche in quanto entrambe sono destinate ad anticipare l'applicazione di sanzioni principali ed obbligatorie, sanzioni subordinate all'accertamento della responsabilità dell'ente.

Tanto, nonostante l'applicazione di una misura interdittiva in via cautelare ad una persona giuridica presupponga che sussistano i requisiti dettati dagli artt. 45 ss. d.lgs., nonché, una delle condizioni previste dall'art. 13 d.lgs.; che, viceversa, non sono richiamati dall'art. 53 d.lgs. Invero, soltanto in caso di richiesta di misura interdittiva, il giudice deve verificare la sussistenza in concreto: 1) dei gravi indizi di responsabilità dell'ente; 2) del concreto pericolo che vengano commessi reati della stessa indole di quello per cui si procede; 3) del profitto di rilevante entità tratto dall'ente in conseguenza del delitto per il quale si procede oppure di reiterazione di reati.

Singolare e innovativa appare, invece, l'ordinanza del Tribunale di Napoli, sez. G.I.P., 8 ottobre 2014, Aragona Servizi Ecologia s.n.c.; che, in tema, ammette – accogliendo l'istanza del difensore dell'ente Domenico Iacovone – l'equivalenza (da valutare ovviamente caso per caso) del sequestro preventivo (e di una amministrazione giudiziaria che sovraintenda alla gestione aziendale) rispetto a quello di un commissario giudiziale che garantisca la prosecuzione dell'attività dell'ente. Dunque: si ipotizza il sequestro preventivo in alternativa al commissario giudiziale che, a sua volta, è previsto come strumento alternativo alla misura cautelare interdittiva (comb. disp. artt. 45 c. 3; 15 d.lgs.).

La pronuncia, in grandi linee, anticipa le soluzioni accolte dal d.l. 4 luglio 2015, n. 92, là dove, all'art. 3 legittima la continuazione dell'esercizio dell'attività degli stabilimenti di interesse strategico nazionale nonostante siano stati oggetto di sequestro giudiziario. La disposizione, allo stato dell'arte, è oggetto della questione di legittimità costituzionale sollevata il 14 luglio 2015 dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Taranto.

Tornando ai gravi indizi di colpevolezza, volendo seguire l'orientamento della riferita ultima cassazione, il loro apprezzamento deve portare il giudice a ritenere l'esistenza di una ragionevole e consistente probabilità di responsabilità, in un procedimento che avvicina la prognosi sempre più ad un giudizio sulla colpevolezza, sebbene presuntivo in quanto condotto allo stato degli atti, ma riferito alla complessa fattispecie di illecito amministrativo attribuita all'ente indagato. In tal senso, anche Cass., 23 giugno 2006, L.F.

Sulle oscillazioni giurisprudenziali, Silvestri, *La responsabilità da reato degli enti,* cit., p. 261. Su quelle dottrinali, Garuti, *Il processo "penale" agli enti,* in *Modelli differenziati di accertamento, Trattato di procedura penale,* diretto da Spangher, vol. VII, Tomo II, Torino, 2011, p. 1065 ss.

In tema di misure cautelari, in generale, Fidelbo, *Misure interdittive*, *Le misure cautelari,* sez. I, in *Reati e responsabilità degli enti,* cit., II edizione, p. 423 ss. e Lattanzi, *Sequestri, Le misure cautelari,* sez. II, *ivi,* p. 527 ss.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno di recente stabilito che il giudice, nel disporre il sequestro, deve valutare se eventuali diritti vantati da terzi siano stati acquisiti in buona fede; e in caso di esito positivo della verifica, il bene, la cui titolarità sia vantata da un terzo, non può essere sottoposto a sequestro. Cass., sez. un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit.

[68] Riccio, *Autodifesa dell'imputato e Costituzione,* in *Processo penale e modelli di partecipazione,* Napoli, 1977, p. 149 ss.

ria, nel corso delle operazioni di sequestro, abbiano chiesto all'indagato presente, in adempimento dell'obbligo imposto dall'art. 365 c.p.p., se sia assistito da un difensore di fiducia, ovvero, in mancanza, ne abbiano designato uno d'ufficio.

In tal modo, l'effetto a sorpresa dell'atto di sequestro è garantito dalla circostanza che l'indagato/imputato viene a conoscenza del decreto di sequestro solo al momento della sua esecuzione. Nello stesso tempo, la incorporazione dell'informazione di garanzia nel decreto di sequestro consente al destinatario di esercitare il proprio diritto di difesa.

Il ragionamento è valido anche nel procedimento a carico degli enti, attesa la mera natura *integrativa* dell'art. 57 d.lgs. rispetto al contenuto dell'art. 369 c.p.p., che non contraddice il rapporto funzionale che esiste tra sequestro preventivo ed informazione di garanzia[69]. Sicché, all'ente destinatario del provvedimento di sequestro preventivo devono essere notificate non solo le informazioni prescritte dall'art. 369 e 369-*bis* c.p.p. ma anche l'invito a dichiarare ovvero ad eleggere domicilio per le notificazioni nonché l'avvertimento che per partecipare al procedimento deve depositare la dichiarazione di costituzione.

La lettura combinata degli artt. 369 (369-*bis*) c.p.p.; 57; 53; 39 c. 2, d.lgs. lo dimostra: se il sequestro preventivo per essere valido deve essere eseguito previa (o contestuale) notifica dell'informazione di garanzia; se l'informazione di garanzia contiene la regola (sotto forma di avvertimento) della necessità della costituzione dell'ente, è fisiologico ritenere che la procedura di riesame del decreto di sequestro preventivo presuppone che l'ente si costituisca nel procedimento a norma dell'art. 39 d.lgs., ovvero, nella prima occasione che gli consenta di ottemperare alla regola di comportamento impostagli dall'art. 57 d.lgs.

La soluzione non cambia, pur volendo speculare sulla questione da altra angolazione; che rappresenta l'ulteriore profilo di contestazione dell'approdo delle Sezioni Unite.

La necessità che la richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo, pure se proposta dal difensore dell'ente, per essere ammissibile, debba essere preceduta dall'atto formale di costituzione, si desume dall'art. 39 c. 2 d.lgs. letto in combinato disposto con gli artt. 53 d. lgs; 322; 582, c.p.p., 34-35 d.lgs.; 568 c. 4 -591 c. 1 lett. a), c.p.p.

Ebbene, se l'ente partecipa al procedimento – qualsiasi procedimento – con il proprio rappresentante legale, previa costituzione; se per parteciparvi l'ente stesso deve depositare non solo l'atto di costituzione ma anche la procura speciale conferita al difensore ai sensi del c. 1 dell'art. 100 c.p.p.[70] Ancora, se la costituzione dell'ente è condizione legittimante la partecipazione dell'ente al procedimento e se l'istanza di riesame è atto introduttivo del procedimento incidentale di controllo sull'ordinanza di sequestro, va da sé che l'atto è inammissibile se non è preceduto dalla costituzione dell'ente nelle forme dell'art. 39 c. 2 d.lgs. nel procedimento principale nel quale si innesta quello incidentale di riesame.

Dunque, la regolare costituzione dell'ente nel procedimento principale è condizione legittimante la ammissibilità dell'istanza di riesame presentata dal difensore dell'ente stesso[71], in quanto la prima rappresenta l'unico strumento che l'ente ha per partecipare al procedimento che esso stesso ha compulsato.

In altri termini, l'istanza di riesame presuppone l'interesse dell'ente a che si instauri il procedimento di controllo al quale, logicamente intende partecipare. Epperò, perché l'ente possa esercitare ogni iniziativa diretta a far valere l'insussistenza dei presupposti per il provvedimento di sequestro preventivo emesso a proprio carico è necessario che si costituisca nella prima occasione *procedimentale* immediatamente anteriore alla presentazione dell'istanza di riesame; ovvero, il rappresentante legale dell'ente deve depositare nella cancelleria dell'autorità giudiziaria procedente la dichiarazione di cui al c. 2 dell'art. 39 d.lgs. contestualmente alla procura speciale conferita al difensore[72] al fine di presentare l'istanza di riesame (combinato disposto degli artt. 39 c. 3 d.lgs.; 100 c. 1 c.p.p.; 53 d.lgs.; 322 c,p.p.), sempre che non si sia già costituito per altra ragione[73].

Si potrebbe obiettare che la costituzione dell'ente rileva solo quando il rappresentante legale intenda essere presente al procedimento in modo attivo; viceversa, se vuole restare inerte, rinunciando all'intervento personale, può semplicemente nominare il difensore di fiducia, il quale, però, è legittimato a

[69] In senso contrario, prima della pronuncia delle Sezioni unite, Cass., 25 giugno 2014, n. 36429; Id., 28 maggio 2014, n. 39903; Id., 7 maggio 2013, n. 28336; Id., 19 giugno 2009, n. 41398; Id., 17 marzo 2009, n. 13678; Id., 5 novembre 2007, n. 21387; Id., 25 maggio 2005, n. 23189.

[70] In senso contrario, Corso, sub *art. 39,* in *Codice della responsabilità "da reato",* cit., p. 266.

[71] Le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza n. 11170 del 25 settembre 2014 hanno escluso il curatore fallimentare dal novero dei soggetti legittimati a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro emesso ai sensi dell'art. 19 d.lgs.
Da ultima, in tal senso, Cass., 13 maggio 2015, n. 21646.

[72] … con atto pubblico o con scrittura privata autenticata dal difensore o da altra persona abilitata, che può essere apposta in calce o a margine dell'atto di costituzione con autografia certificata del difensore. Corso, sub *art. 39,* in *Codice della responsabilità "da reato",* cit., p. 266.

[73] Cass., 8 aprile 2015, n. 15933 ha stabilito che non è legittimato a proporre richiesta di riesame avverso il provvedimento di sequestro preventivo dei beni di una società, l'indagato che sia socio unico di questa, ma non ne abbia – o non ne abbia più – la rappresentanza formale, poiché non è configurabile una rappresentanza di fatto dell'ente, autonomamente attributiva della legittimazione ad agire per conto di esso.
Così pure Cass., 10 novembre 2011, n. 9435.

compiere soltanto gli atti che non presuppongono la partecipazione diretta dell'ente 8in persona del suo rappresentante).

Epperò, il procedimento cautelare instaurato con la richiesta di riesame presuppone la necessaria partecipazione dell'ente, nonché la procura speciale da conferire al difensore se è questi a presentare l'istanza di riesame. Infatti, stante la operatività dell'art. 568 c.p.p. è necessario, a pena di inammissibilità, l'interesse ad impugnare da valutare quale vantaggio che la parte – dunque, l'ente, non anche il difensore – si ripromette di ottenere dal gravame. Di qui, la necessità della procura speciale *ex* art. 100 c. 1 c.p.p. e la imputabilità dell'inizio del procedimento di controllo alla volontà partecipativa del solo ente. Solo questo, infatti, è titolare del potere di disporre del contenuto formale del processo, nella misura in cui, avendone interesse, può investire il giudice del controllo della giustezza del provvedimento subìto. Se lo fa il difensore, egli deve essere munito di procura speciale perché l'atto è personalissimo. La qualità dell'atto, a sua volta, obbliga alla preventiva costituzione dell'ente.

Che il procedimento di riesame presupponga la necessaria partecipazione dell'ente si desume pure dalle formalità previste per il suo svolgimento (combinato disposto degli artt. 53 d.lgs.; 322; 324; 324 c. 6; 127, c.p.p.).

Il richiamo all'art. 127 c.p.p. contenuto nel c. 6 dell'art. 324 c.p.p., a sua volta richiamato dall'art. 322 c.p.p. a cui si riferisce l'art. 53 d.lgs. presuppone che della data dell'udienza vengano avvisate innanzitutto le parti, le quali hanno priorità ad esercitare il diritto all'ascolto (lettura combinata dei cc. 3, 4) a pena di nullità dell'ordinanza emessa dal giudice all'esito dell'udienza stessa.

Se questa è la ricostruzione sistematica del rapporto tra partecipazione dell'ente al procedimento ed esercizio del diritto di difesa la soluzione è obbligata: la indefettibilità dell'interesse diretto dell'ente al controllo della misura cautelare reale veste di personalità l'istanza di riesame compulsa il relativo procedimento che, per questo, richiede la partecipazione personale dell'ente stesso; la quale, a sua volta, vincola il controllo all'atto (precedente) di costituzione, senza per questo comprimere il diritto di difesa dell'ente.

Antonio Maddaluno
Avvocato

Il divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria

abstract

The analysis aims to clarify the scope of the prohibition of indirect testimony of the Judiciary and to identify the procedural sanction applicable to situations of non-compliance with the rules that govern the process of formation of the evidence during the investigation.

keywords

Hearsay – judicial police – ban – documentation – sanction.

abstract

L'analisi si propone di chiarire l'ambito di operatività del divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria e di individuare la sanzione processuale applicabile alle situazioni di inosservanza delle regole che governano il procedimento di formazione degli elementi di prova nel corso delle indagini.

parole chiave

Testimonianza indiretta – polizia giudiziaria – divieto – documentazione – sanzione.

sommario

1. Lo spunto giurisprudenziale. – **2.** La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria dal codice riformato all'intervento della Corte costituzionale. – **3.** La riforma ad opera della legge n. 63 del 2001. – **4.** Le ipotesi di equiparazione della testimonianza della polizia giudiziaria alla testimonianza indiretta "comune" ("*Negli altri casi*..). – **5.** Conclusioni: le ragioni del dissenso.

1. Lo spunto giurisprudenziale

Tema ancora incerto è quello dell'istituto della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria ed i rapporti tra l'inosservanza delle regole che governano il procedimento di formazione degli elementi di prova nel corso delle indagini ed i profili delle relative invalidità.

Tema incerto, perché ancora di recente[1], chiamata a decidere se le dichiarazioni rese spontaneamente ai militari nel corso dell'esecuzione del fermo *ex* art. 384 c.p.p. trasfuse solo in una annotazione di servizio fossero utilizzabili in sede dibattimentale attraverso la testimonianza indiretta degli ufficiali o agenti della polizia giudiziaria, la Corte fonda la propria decisione in ordine all'ammissibilità della testimonianza *de relato* in base al disposto del comma 4° dell'art. 195 c.p.p., nella parte in cui fa riferimento agli "altri casi".

Secondo la Suprema corte gli "altri casi" per i quali la prova è ammessa secondo le regole generali della testimonianza indiretta si identificano con le situazioni del tutto eccezionali in cui le dichiarazioni sono state percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione, in una situazione operativa di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un verbalizzato dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria.

Di qui l'opportunità di chiarire l'ambito di operatività del divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria e di individuare la sanzione processuale applicabile alle situazioni di inosservanza delle regole che governano il procedimento di formazione degli elementi di prova nel corso delle indagini.

2. La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria dal codice riformato all'intervento della Corte costituzionale

Il divieto di testimonianza indiretta degli appartenenti alla polizia giudiziaria ha radici nella seconda parte della direttiva n. 31 della legge delega 16 febbraio 1987, n. 81, che sancisce «*il divieto di ogni utilizzazione agli effetti del giudizio, anche attraverso testimonianza della stessa polizia giudiziaria, delle dichiarazioni ad essa rese da testimoni*».

Prima di tradursi nell'originario testo dell'art. 195, co. 4°, c.p.p.[2], la disposizione era stata inserita nella categoria delle "letture vietate"[3], essendo previsto in via

[1] Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 2013, n. 17138 in *Diritto & Giustizia* 2013, 30 aprile.

[2] Nella versione originaria il testo dell'art. 195, comma 4, c.p.p. così disponeva: «*Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite dai testimoni*».

[3] Nel *Progetto* del 1978 mancava, in tema di testimonianza indiretta (cui provvedeva l'art. 186), una norma corrispondente al comma 4 dell'art. 195 c.p.p. ossia un divieto per la polizia giudiziaria di deporre su quanto appreso dai testimoni, ma era previsto un divieto omologo che preservava il generale divieto di letture di dichiarazioni extradibattimentali: l'art. 486, comma 3, di quel *Progetto,* inserito nell'ambito delle disposizioni afferenti il tema diverso delle «letture vietate», invero prevedeva che «*Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, che hanno ricevuto dichiarazioni*

generale il divieto di lettura di dichiarazioni a chiunque rese (polizia giudiziaria, pubblico ministero, giudice per le indagini preliminari) da parte di teste o imputato (artt. 486, comma 1, *Progetto* 78; 507, comma 1, *Progetto* 88 e 514, comma 1, testo definitivo); erano ammesse solo determinate «letture» (artt. 511, 512 e 513) come eccezioni al principio accusatorio dell'oralità e della formazione della prova in dibattimento.

Ciò che nei progetti preliminari era stato concepito come divieto di lettura si è poi tramutato, in parte snaturandosi, in regola di esclusione probatoria nell'ambito della generale disciplina della testimonianza indiretta, finendo col generare non pochi equivoci e disorientamenti.

Prese corpo, innanzitutto, l'idea che quello in esame fosse un vero e proprio divieto di acquisizione probatoria, piuttosto che di utilizzazione dei risultati[4], anche se non ricorresse alcuna ipotesi di incompatibilità a testimoniare come confermava il contiguo catalogo dell'art. 197 c.p.p., ma soprattutto ci si persuase che la regola di esclusione probatoria pregiudicasse la stessa capacità di testimoniare dei soggetti dotati, in ragione dell'ufficio ricoperto, di ben maggiore affidabilità rispetto al teste comune.

Insomma, nella ricostruzione e nella esegesi del divieto dei *relata* da parte della polizia giudiziaria pesarono negativamente proprio l'abbandono della originaria collocazione tra i "divieti di lettura" e il successivo inserimento nell'ambito della generale materia della "testimonianza indiretta". Sostituendo il naturale e coerente sfondo teorico rappresentato dal "divieto delle letture" con quello, storicamente estraneo, della "testimonianza indiretta", si posero le basi per parificare la condizione dell'operatore di polizia giudiziaria con quella del comune teste *de auditu*.

A rendere ancor più irrazionale il disposto dell'art. 195, comma 4, c.p.p. contribuì il divieto di testimonianza indiretta degli operatori di polizia giudiziaria anche rispetto a dichiarazioni di teste successivamente deceduto, irreperibile o infermo, atteso che il recupero attraverso la lettura di tali dichiarazioni non risultava possibile in forza di quanto stabilito dall'art. 512 c.p.p. (nella versione precedente la modifica disposta con d.l. n. 306 del 1992) che consentiva solo la lettura di atti divenuti irripetibili che fossero stati assunti dal pubblico ministero o dal giudice, non anche dalla polizia giudiziaria.

La soluzione agli equivoci e ai disorientamenti generati dalla formulazione finale del divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria arrivò dalla Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 24 del 1992[5], affermò l'incostituzionalità della legge delega e del divieto *ex* art. 195, comma 4, c.p.p. per contrasto con l'art. 3 Cost.

A giudizio della Corte le disposizioni dichiarate incostituzionali contenevano una deroga «sfornita di ragionevole giustificazione» alla regola generale che attribuiva ad ogni persona la capacità di testimoniare (art. 196, comma 1, c.p.p.). A fondamento di tale deroga non si sarebbe potuta addurre, invero, né una pretesa minore affidabilità dei funzionari di polizia rispetto al cittadino comune (ipotesi «palesemente assurda» perché contrastante, se non altro, «con il ruolo e la funzione che la legge attribuisce alla polizia giudiziaria»), né l'attività svolta dagli organi di polizia nella fase delle indagini preliminari (posto che, ove si fosse trattato di una incompatibilità di tale natura, «essa avrebbe dovuto trovare esplicita collocazione nell'art. 197 c.p.p., dove non vi è traccia»), né, infine, la necessità di salvaguardare il principio di oralità, dal momento che «con tale principio non solo non contrasta ma anzi si conforma pienamente la testimonianza degli appartenenti alla polizia giudiziaria su fatti conosciuti attraverso dichiarazioni loro rese da altre persone, testimonianza da assumersi nei modi e nelle forme rigorosamente prescritte dell'esame diretto e del controesame».

Le critiche a tale impostazione si incentrarono sull'inquadramento soggettivo della questione operato dalla Corte, dal momento che il divieto presentava precise ragioni oggettive[6]: la ritenuta discriminazione

la cui lettura è vietata a norma dei commi precedenti, nonché le persone che in qualsiasi momento ne siano venute a conoscenza, non possono essere sentiti come testimoni in ordine al contenuto delle dichiarazioni stesse». Questo stesso divieto si rinviene nell'art. 507, comma 2, del *Progetto* 88 che disponeva: «*Gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria che hanno ricevuto dichiarazioni la cui lettura è vietata a norma del comma 1, nonché le persone che in qualsiasi momento ne siano venute a conoscenza, non possono essere sentiti come testimoni in ordine al contenuto delle dichiarazioni stesse*». Tuttavia, nella versione definitiva dell'art. 507 (che diverrà 514) il comma 2 viene soppresso in quanto la relativa previsione risulta contenuta nell'art. 195 c.p.p. (*Relazione* p. 192): Cfr. sul punto Samek Lodovici, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1991, 2132.

[4] Secondo quanto, invece, prospettava la dottrina più attenta: cfr. Nobili, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 155 ss.; Siracusano, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 1996, 385; Giuliani, *Utilizzabilità e valutazione delle dichiarazioni de relato tra principio di oralità e libero convincimento del giudice*, in *Riv .it. dir. proc. pen.*, 1995, 289 ss.

[5] Corte cost., sentenza 22-31 gennaio 1992, n. 24 in *Foro it.*, 1992, I, 1052, con nota di Di Chiara; in *Riv .it. dir. proc. pen.*, 1992, 678, con nota di Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria al vaglio della Corte costituzionale;* Tornatore, *Testimonianza indiretta e deposizione di appartenenti ad organi di polizia giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1992, 2323 ss.; Cantone, *Prime riflessioni sulla testimonianza indiretta dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 1992*, in *Arch. pen.*, 1992, 258 ss; Ferrua, *La testimonianza del "nuovo" dibattimento dalla sentenza n. 24/1992 alla legge n. 356/1992*, in *Dif. pen.*, 1992, 36 ss.; Id., *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, II, Torino, 1992, 158; Giostra, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1130; Scarpone, *La testimonianza indiretta dei funzionari di polizia giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1992, 127; D'Andria, *Gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 4 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 925.

[6] Ai giudici della Consulta era sfuggita l'autentica ragion d'essere della previsione normativa scrutinata: mettere al bando qualunque prova della sommaria informazione testimoniale resa alla po-

degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria rispetto ai testi comuni, non giustificata da alcuna incapacità o incompatibilità a testimoniare né da un grado minore di affidabilità, non considerava la circostanza che costoro, ancorché deponenti *de relato*, non sono coautori di alcun atto dichiarativo in ambito investigativo; si poneva altresì in evidenza che era illusoria la ritenuta salvaguardia dell'oralità processuale solo perché l'agente di polizia giudiziaria, anche deponendo in via indiretta, si sottoponeva ad esame incrociato: dell'oralità, invero, non rimaneva che un simulacro, una "«oralizzazione» del documento di una prova già acquisita"[7].

Ancora, veniva auspicata una modifica additiva dell'art. 512 c.p.p. ed una rivisitazione del regime di verbalizzazione dell'art. 351 c.p.p., dovendosi considerare che ulteriore scopo del divieto di testimonianza *de relato* della polizia era quello di indurla ad una documentazione immediata e completa delle dichiarazioni ricevute in sede di indagine dalle persone informate sui fatti.

Le sollecitazioni della dottrina[8] vennero tenute in considerazione dal legislatore, che con la legge n. 356 del 1992 in primo luogo modificò l'art. 512, estendendo la disciplina del recupero probatorio attraverso le letture anche agli atti assunti dalla polizia giudiziaria; inoltre riformò l'art. 357, comma 2, lett. *c)*, ampliandone l'originaria previsione nel senso di estendere la necessità di redigere verbale per le informazioni assunte a norma dell'art. 351 c.p.p. anche al di fuori delle ipotesi di dichiarazioni raccolte "nel corso delle perquisizioni ovvero sul luogo e nell'immediatezza del fatto".

3. La riforma ad opera della legge n. 63 del 2001

All'indomani dell'introduzione della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, che innovò il contenuto dell'art. 111 della Costituzione, l'invito ad azzerare gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 4, c.p.p. giunse con grande fermezza dalla dottrina processualistica.

Si sostenne che per attuare il principio del contraddittorio nel momento di formazione della prova era indispensabile, in primo luogo, «ripristinare le due fondamentali regole di esclusione probatoria, i pilastri del processo accusatorio»: il divieto di valutare come prova dei fatti affermati le dichiarazioni testimoniali utilizzate ai fini contestativi e, appunto, «il divieto per la polizia giudiziaria di deporre sulle dichiarazioni ricevute nel corso del procedimento, salva restando ovviamente la lettura dei verbali per irrepetibilità sopravvenuta dell'atto»[9].

L'invito non tardò ad essere recepito dal legislatore che nel 2001, sulla scorta del mutato quadro di riferimento costituzionale, reintrodusse il divieto sebbene in una versione più temperata.

Il nuovo comma 4 dell'art. 195 c.p.p., introdotto dall'art. 4 della legge 01 marzo 2001, n. 63, infatti, si distingue dal suo predecessore solo nella parte in cui limita il divieto di testimonianza dei funzionari di polizia giudiziaria alle dichiarazioni acquisite «con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettera *a)* e *b)*»: clausola introdotta nella convinzione che soltanto limitando il divieto di testimonianza alle "precise fattispecie" di cui agli artt. 351 e 357 c.p.p. avrebbe reso «giustificabile e non contrastante con i principi affermati dalla Corte costituzionale» il ripristino del divieto probatorio[10].

«Negli altri casi», puntualizza la norma, «si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo».

Il riferimento all'art. 351 c.p.p. chiarisce che agli operatori di polizia è inibito deporre non soltanto sul contenuto delle sommarie informazioni assunte dalle «dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini» (art. 351, comma 1, c.p.p.), ma anche sul contenuto delle informazioni assunte dalle persone imputate in un procedimento connesso o collegato (art. 351, comma 1-*bis*, c.p.p.)[11]. La conclusione

lizia giudiziaria che non fosse il verbale del relativo atto di indagine in funzione di tutela dell'obbligo di documentazione degli atti dichiarativi. La *ratio* del divieto probatorio originariamente contenuto nell'art. 195, comma 4, c.p.p. non si esauriva nell'esigenza di impedire l'ingresso in dibattimento di materiali cognitivi non suscettibili di acquisizione mediante lettura, secondo la logica più circoscritta che informava, invece, l'art. 507, comma 2, del progetto preliminare del codice del 1988. Il divieto di testimoniare si estendeva, dunque, anche alle informazioni raccolte sul luogo e nell'immediatezza del fatto o nel corso delle perquisizioni, pur essendo consentita, in relazione ad esse, la lettura-contestazione *ex* art. 500, comma 4, c.p.p. In tal senso Caprioli, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 62 e ss.; Cordero, Procedura penale, Milano, 2000, 676; Giostra, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1136.

[7] Giostra, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1138.

[8] Peroni, *La testimonianza indiretta,* cit.

[9] Ferrua, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2000, 59.

[10] Così il relatore Besostri, in *Atti Senato*, *XIII leg.*, *Commissione giustizia*, seduta 03 novembre 1999.

[11] In tal senso Caprioli, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 72 e ss.. Non persuade la tesi secondo cui il nuovo art. 195, comma 4, c.p.p., nel vietare al funzionario di polizia di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite "da *testimoni*", andrebbe inteso come divieto di testimoniare sul contenuto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da chi *abbia poi assunto a dibattimento la veste di* testimone.(Per ulteriori ragguagli sulla tesi in esame si rinvia a Gaeta, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195, comma 4, c.p.p.)* in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e sulla valutazione della prova* (*legge 1° marzo 2001, n. 63*) a cura di P. Tonini, Cedam, 2001). Sul piano letterale, il riferimento alla figura del testimone sembra ampiamente controbilanciato dal richiamo agli artt. 351 e 357 c.p.p., che alludono evidentemente a "testimonianze" dislocate in fase investigativa (così come, del resto, il nuovo art. 64, comma 3,

dovrebbe valere sia per le dichiarazioni provenienti dai soggetti di cui all'art. 197, lett. *b)*, c.p.p. che abbiano deciso di assumere l'ufficio di testimone, sia per le dichiarazioni provenienti dai soggetti di cui all'art. 197, lett. *a)*, c.p.p., cui è tuttora preclusa l'assunzione del predetto *status*[12].

Per altro verso, il richiamo del (solo) art. 351 c.p.p. rischia di far sorgere problemi di classificazione per le situazioni di cui sia dubbia la riconducibilità alla fattispecie in questione. Una di queste è l'ipotesi delle dichiarazioni raccolte dalla polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero ai sensi dell'art. 370 c.p.p.

Facendo leva sulla sintassi e sulla tecnica di formulazione della norma, parte della dottrina ha sostenuto che essa faccia riferimento a *modalità* di acquisizione di atti, piuttosto che, direttamente, a tipologie di atti, per cui quelli su cui è impedita la deposizione del personale di polizia giudiziaria vengono individuati non già per il loro contenuto investigativo, quanto per il meccanismo di iniziativa nell'investigazione, quasi che solo il potere di indagine esercitato autonomamente dalla polizia giudiziaria (e non su delega del pubblico ministero) possa poi radicare il divieto *ex* art. 195, comma 4, c.p.p.

Altra parte[13], per giungere ad affermare che il divieto di cui all'art. 195, comma 4, c.p.p. è da ritenersi circoscritto alle informazioni testimoniali assunte in assenza di preventiva delega di indagine da parte di pubblico ministero, ha fatto ricorso alla "*lettura simultanea dell'art. 195 (testimonianza indiretta) e dell'art. 197 c.p.p. (incompatibilità a testimoniare)*": invero, nel primo non "*è espressamente menzionato*" l'atto di assunzione delle informazioni da parte della polizia giudiziaria su delega del pubblico ministero (art. 370 c.p.p.), mentre dal secondo si ricava il principio che, operando su delega del pubblico ministero, la polizia non è qualificabile, tecnicamente, come sua "ausiliaria" e, dunque, risulta compatibile con l'ufficio di testimone (art. 197, lett. *d)*, c.p.p.).

Nonostante l'indubbia suggestione di molti argomenti a sostegno, la tesi del "doppio regime" delle sommarie informazioni – soggette al divieto *ex* art. 195, comma 4, c.p.p. se effettuate di iniziativa della p.g., disciplinate dal meno rigoroso regime della testimonianza indiretta "comune" (e dunque dalla residua disciplina dell'art. 195, commi 1-3, nel caso in cui siano delegate dal P.M.) – non persuade completamente.

Considerata la *ratio* dell'istituto in discorso, se a fondare il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria è la necessità di inibire la lettura e l'utilizzazione di un atto di indagine, diviene del tutto irrilevante, ai fini della ragionevolezza del divieto stesso, che l'atto in questione sia stato formato ad iniziativa della polizia giudiziaria o su delega del pubblico ministero[14]. Anzi, a ritenere il contrario si incorrerebbe in vistose incoerenze, facilmente apprezzabili.

Altra ipotesi in ordine alla quale si dubita della riconducibilità al divieto di testimonianza in questione è quella delle informazioni assunte direttamente dal magistrato *ex* art. 362 c.p.p. alla presenza del funzionario di polizia.

Ferma l'incompatibilità del pubblico ministero a testimoniare sull'assunzione di informazione da lui compiuta in via diretta *ex* art. 197, lett. *d)*, ove al funzionario di polizia si ritenesse inoperante l'art. 195, comma 4, c.p.p., il divieto di testimoniare potrebbe farsi discendere dallo stesso art. 197, lett. *d)*, c.p.p. applicabile anche all'ufficiale o agente di polizia che assuma la veste di "ausiliario" del magistrato[15].

Quanto alle dichiarazioni acquisite da testimoni «con le modalità di cui all'art. 357 comma 2 lett. *a)* e *b)*», *nulla quaestio* in ordine al divieto di testimonianza sul contenuto delle «denunce, querele e istanze presentate oralmente». Maggiore problematicità presenta invece l'ipotesi dell'applicabilità dell'art. 512 c.p.p. nel caso in cui sia divenuta impossibile l'escussione del querelante. La tesi negativa poggia sulla considerazione che, fermo il disposto dell'art. 511, comma 4, c.p.p., non è consentito avvalersi delle dichiarazioni della persona offesa come prova dei fatti narrati.

4. Le ipotesi di equiparazione della testimonianza della polizia giudiziaria alla testimonianza indiretta "comune" ("*Negli altri casi...*)

La maggiore difficoltà sul piano sistematico è comprendere quali siano gli «altri casi» cui fa riferimento

lett. *c)*, c.p.p. allude ad una "assunzione dell'ufficio di testimone" da intendersi egualmente in senso lato). Sul piano sistematico, accogliere l'impostazione riferita significherebbe non solo consentire il recupero *ex* art. 195 c.p.p. delle dichiarazioni rese alla polizia nel corso della fase investigativa in caso di inerzia delle parti nella citazione del teste, ma la deposizione dell'inquirente risulterebbe ammissibile anche nelle ipotesi di irreperibilità sopravvenuta *prevedibile* della testimonianza diretta.

[12] Così Ferrua, *L'attuazione de "giusto processo" ha trovato al Senato il punto di equilibrio tra le dichiarazioni non utilizzabili come prova e i limiti del diritto al silenzio,* in *Dir. giust.*, 28 dicembre 2000, in *www.dirittoegiustiziaonline.it.*

[13] In dottrina Conti, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001,605-606; In giurisprudenza, Trib. Siracusa, 13 aprile 2001 consultabile per estratto anche sul sito www.camerepenali.it.

[14] Nello stesso senso Caprioli, *Op. cit.*, Torino, 2002, 74; Margaritelli, *Contraddittorio nella formazione della prova e testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, a cura di Cerquetti e Florio, Padova, 2002, 193 e segg.; Peroni, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in *Giurisprudenza costituzionale* n. 01/2002, Milano, 294 e segg.

[15] La giurisprudenza tende a restringere l'operatività della norma alle sole ipotesi in cui l'ufficiale o agente di polizia abbia «svolto la funzione di ausiliario relativamente alla redazione degli atti di cui all'art. 373 c.p.p.». In questi termini, Cass. pen., 17 gennaio 1994, Tigani in *Cass. pen.*, 1995, 1946 con nota di Cavini, *L'incompatibilità a testimoniare dell'ausiliario*. Per ulteriori ragguagli sul tema, Scomparin, *Testimonianza*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario e Marzaduri, *Le prove*, II, Torino, 1999, 50.

l'art. 195, comma 4, c.p.p. al fine di escludere l'operatività del divieto. Si tratta di chiarire quali siano le «dichiarazioni acquisite da testimoni» il cui contenuto, in forza dell'art. 195, commi 1-3, c.p.p., può essere tuttora introdotto in giudizio attraverso la deposizione del funzionario di polizia.

A tale proposito restano fuori dalla disciplina in questione le comunicazioni che non hanno funzione dichiarativa, ma performativa (un ordine, una richiesta, un saluto), costituendo esse stesse un'azione che, come tale, può essere oggetto di testimonianza.

Analogamente, si considerano sottratte al regime delle dichiarazioni testimoniali quelle che non rilevano per il loro contenuto narrativo, ma come mero accadimento storico (per esempio, che una frase sia stata effettivamente pronunciata).

In tali circostanze l'applicazione della disciplina della testimonianza indiretta è da escludere sia per il tenore letterale dell'art. 195 c.p.p. – non esistendo qui, a ben vedere, alcun fatto per la conoscenza del quale il testimone "si riferisca" al dichiarante, né tantomeno un fatto a lui "comunicato"[16] – sia per la *ratio* della norma, che è quella di impedire che le dichiarazioni stragiudiziali riferite dal testimone indiretto entrino a far parte del patrimonio cognitivo del giudice senza essere passate al vaglio del contraddittorio dibattimentale.

Ciò premesso, gli "altri casi" ai quali allude l'art. 195, comma 4, c.p.p. sembrano ridursi alle sole ipotesi in cui le dichiarazioni di contenuto narrativo siano state percepite dal funzionario di polizia al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione delle medesime, al di fuori cioè di un «dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità»[17].

Rispondono agli anzidetti requisiti le conversazioni ascoltate occasionalmente al di fuori del procedimento, le informazioni ottenute nel corso di attività sotto copertura, le dichiarazioni raccolte nel corso di una diversa attività di indagine, anche atipica (perquisizioni, sequestri, appostamenti), e quelle ricevute nel procedimento, ma non nella veste di ufficiale o agente di polizia giudiziaria preposto alla loro acquisizione (ad esempio, i fatti riferiti dal morente ai soccorritori sopraggiunti sul luogo del delitto).

Tali ipotesi sembrano esaurire lo spazio applicativo della norma: all'interno di esse la casistica potrà essere più ricca, ma il criterio distintivo resta sempre legato al formale svolgimento della specifica funzione di assumere sommarie informazioni.

Insomma, perché il divieto non operi, non deve trattarsi di un testimone che – come tale – riferisce all'organo di polizia in quanto deputato ad acquisire le sue dichiarazioni.

A tali fini non assume alcun rilievo la contiguità temporale con il fatto: le sommarie informazioni raccolte nell'immediatezza vanno trattate alla stregua di tutte le altre acquisite nel corso delle indagini. Né fa differenza che le dichiarazioni siano provocate dalla polizia giudiziaria o rese spontaneamente, dal momento che la natura testimoniale delle stesse non viene meno in ragione delle modalità attraverso le quali sono state ottenute (su domanda o senza alcuna sollecitazione)[18].

Orbene, di fronte ad una disciplina per la cui applicazione assume rilievo il contesto formale nel quale le informazioni sono state assunte, è lecito chiedersi quale sia la sorte delle dichiarazioni acquisite in modo irrituale.

Sul punto, nonostante l'approssimativa formulazione della norma, sembra risolutiva sul piano letterale la constatazione che il legislatore abbia richiamato, per le sommarie informazioni, l'art. 351 c.p.p. che definisce l'attività della polizia giudiziaria, e non l'art. 357, comma 2, lett. c) c.p.p. – come pure avrebbe potuto – che regola la documentazione dell'atto, evidentemente irrilevante ai fini della previsione. Se ne può dedurre che anche il rinvio alle lett. a) e b) del medesimo articolo vada inteso come semplice indicazione sintetica del tipo di atto considerato, senza un deliberato riferimento alla sua effettiva verbalizzazione. Del resto, se così non fosse, il divieto potrebbe essere aggirato tutte le volte in cui la redazione del verbale, anche in violazione della legge, venisse tralasciata.

Insomma, non conta che il verbale sia stato effettivamente redatto ma che l'atto sia soggetto a verbalizzazione, come è previsto, appunto, per le «dichiarazioni acquisite da testimoni»[19]. Il divieto di testimonianza non opera solo nei casi in cui la documentazione in tale forma non sia richiesta.

A conferma basti osservare come dal sistema si desume una regola generale secondo cui il verbale va considerato l'unico strumento mediante il quale la polizia è legittimata a portare ufficialmente a conoscenza dell'autorità giudiziaria il contenuto delle dichiarazioni di prova. Tant'è vero che anche la *ratio* del divieto probatorio di cui all'art. 195, comma 4, c.p.p. consiste non solo (e non tanto) nel salvaguardare il principio di formazione dibattimentale della prova, quanto nel

[16] Giova ricordare che l'art. 195 c.p.p. allude a fatti «per la conoscenza dei quali il testimone si riferisce ad altre persone» (comma 1), a fatti dei quali «il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone» (comma 2), a fatti dei quali «il testimone ha avuto comunicazione» in forma orale o in altro modo (comma 5), a fatti «appresi dalle persone indicate negli artt. 200 e 201» (comma 6), a fatti la cui "notizia" sia stata "appresa" dal testimone (comma 7).

[17] In tal senso Ferrua, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, 159.

[18] In tal senso Illuminati, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen*., 2003, 2, 660.

[19] In tal senso, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2003, Torcasio, in *Cass. pen*., 2004, 21, per la quale non bisogna guardare alla redazione materiale del verbale, bensì alla sussistenza dell'obbligo di verbalizzare, e quindi, alla natura dell'informazione della cui introduzione nel procedimento si discute.

sanzionare l'obbligo di documentazione delle informazioni testimoniali[20]; *ratio* alla quale la tutela del principio di oralità si collega come effetto pratico principale. Invero, con la previsione del divieto di lettura, se non in casi eccezionali, dei verbali redatti dalla polizia giudiziaria, il cerchio si chiude e la conclusione è che per provare quanto dichiarato dal testimone alla polizia non esistono in linea di principio altri mezzi diversi dall'esame diretto.

5. Conclusioni: le ragioni del dissenso

Le considerazioni che precedono consentono di rappresentare le ragioni in base alle quali non si condivide la soluzione offerta dalla cassazione laddove favorisce la possibilità per la polizia giudiziaria di riferire *de relato* le dichiarazioni rese spontaneamente ai militari operanti nel corso dell'esecuzione del fermo *ex* art. 384 c.p.p. e non trasfuse in un verbale bensì in una annotazione di servizio, attesa la natura dell'informazione della cui introduzione nel procedimento si discute, trattandosi di atto soggetto a verbalizzazione[21].

Il sistema dei divieti probatori invero non ammette facili aggiramenti, per cui se è possibile instaurare un dialogo istituzionale per recepire le dichiarazioni in questione (anche in un momento successivo a quello in cui inizialmente si iniziano ad ascoltare le stesse asserzioni), bisogna ritenere operante la regola di esclusione della prova "per sentito dire"[22] di cui all'art. 195, comma 4, c.p.p.

Più precisamente, le dichiarazioni accusatorie non verbalizzate ma raccolte dalla polizia giudiziaria in una annotazione di servizio devono considerarsi acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge e ricomprese nell'ipotesi dell'inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p. con conseguente impossibilità che esse fondino l'emissione di una misura cautelare in quanto non utilizzabili in dibattimento[23].

L'insuscettibilità ad essere utilizzate in dibattimento rende tali dichiarazioni inutilizzabili anche ai fini dell'emissione di una misura cautelare, in quanto deve escludersi che possano costituire il supporto motivazionale di un provvedimento cautelare, non essendo idonee a formulare alcuna prognosi di colpevolezza richiesta dall'art. 273 c.p.p. Esse possono essere utilizzate nella fase delle indagini preliminari, ma solo come indizio di reato, come stimolo ed oggetto di ulteriori investigazioni, mentre una loro utilizzabilità dibattimentale, pure ai limitati fini della contestazione di cui all'art. 503, comma 3, c.p.p., è possibile soltanto se le dichiarazioni siano state verbalizzate secondo quanto richiesto dall'art. 357, comma 2, c.p.p.[24]

Pertanto, ai fini dell'utilizzabilità delle informazioni raccolte dalla polizia giudiziaria attraverso il contatto provocato con il cittadino, sia esso indagato o persona informata sui fatti, non è indifferente al sistema processuale l'inosservanza delle regole che governano il procedimento di formazione degli elementi di prova nel corso delle indagini preliminari.

In tale prospettiva, ai fini dell'individuazione dei casi di inutilizzabilità fissati dal legislatore, nel rispetto del principio di tassatività che immancabilmente governa l'art. 191 c.p.p., vanno considerati come "divieti" sia le proibizioni esplicite (del tipo "è vietato", "non è ammesso", "non possono essere utilizzati"), sia le norme che subordinano il compimento o l'uso di un atto a particolari forme, casi o presupposti, ponendo in tal modo un divieto implicito per tutti quelli che si discostino dalla fattispecie tipo.

[20] Così Caprioli, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in AA.VV., *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino, 2002, 82.

[21] L'elemento distintivo del verbale, rispetto all'annotazione, risiede nelle forme e nelle modalità di redazione previste dal combinato disposto degli artt. 357 e 373 c.p.p., che, a sua volta, rinvia a quanto disposto nel titolo III del libro II. La diversa modalità di documentazione dell'atto investigativo rileva ai fini della sua efficacia sia nella fase delle indagini preliminari che in quelle successive. Il verbale, infatti, deve riportare, in maniera fedele e precisa, le dichiarazioni rese, indicando se le stesse siano state rilasciate spontaneamente o previa domanda (in tal caso viene riprodotta anche la domanda) e se esse siano state dettate dal dichiarante o se questi si è avvalso dell'autorizzazione a consultare note scritte. Inoltre, al fine di convalidare le dichiarazioni raccolte dal pubblico ufficiale, il verbale deve essere sottoscritto dal dichiarante medesimo. L'annotazione, invece, si perfeziona con la sola sottoscrizione del pubblico ufficiale che redige l'atto e deve contenere l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui esso è stato eseguito. L'attività di raccolta delle dichiarazioni è oggetto di enunciazione succinta del loro risultato (art. 115 disp. att. c.p.p.). La validità e l'efficacia dell'annotazione è subordinata al "contenuto minimo" dell'atto con il quale l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria deve relazionare al magistrato del pubblico ministero sull'attività d'indagine compiuta. Qualora l'ufficiale o l'agente di polizia giudiziaria che ha compiuto l'attività d'indagine proceda anche all'assunzione di dichiarazioni, deve indicare le attività svolte, il risultato conseguito e la indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui esse sono state eseguite.

[22] L'espressione riportata tra virgolette si deve a Menna, *Prove dichiarative*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Giorgio Spangher, Torino, 2010, Vol. II, Tomo I, p. 143.

[23] Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, 04 dicembre 2013, n. 6386; sez. II, 25 gennaio 2012, n. 6355; sez. VI, 01 aprile 2003, n. 21937.

[24] Com'è noto, le dichiarazioni assunte, *ex* art. 351 c.p.p., nella fase delle indagini preliminari – se correttamente verbalizzate – possono essere acquisite al fascicolo per il dibattimento ed utilizzate per la decisione previo ricorso alla lettura-contestazione *ex* art. 500, comma 4, c.p.p. o alla lettura nell'ipotesi di irripetibilità sopravvenuta del cittadino residente all'estero (artt. 512, 512-*bis* c.p.p.), o anche a seguito dell'intervenuto accordo delle parti (art. 431, comma 2, e art. 493, comma 3, c.p.p.). Così come la corretta documentazione operata dall'ufficiale di polizia giudiziaria consente l'utilizzabilità, ai fini probatori, mediante ricorso alla lettura, quando, per fatti o circostanze imprevedibili, è divenuta impossibile la ripetizione dell'atto (art. 512 c.p.p.). Inoltre, nel corso dell'esame dell'imputato, le parti possono servirsi delle sommarie informazioni precedentemente rese (*ex* art. 350 c.p.p.) per contestare, in tutto o in parte, il contenuto della deposizione resa in dibattimento, onde consentire al giudice di valutarne la credibilità (art. 503, commi 3 e 4, c.p.p.).

Chiara Esposito
dottoressa in Giurisprudenza

Tutela giurisdizionale in caso di sovraffollamento carcerario. Prime applicazioni della giurisprudenza di merito

abstract

The content of the article is the delicate problem connected with the protection of the detaineds rights sanctioned by the European Court of the human rights jurisprudence. In particular, in this article is faced the problem of overcrowding in prison which represents a preclusion for the fulfillment of these rights.

keywords

Detaineds; human rights; case law.

abstract

L'articolo ha ad oggetto la delicata problematica relativa alla tutela dei diritti dei detenuti sanciti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo. In particolare, si affronta la questione del sovraffollamento carcerario che rappresenta una preclusione alla piena realizzazione di tali diritti.

parole chiave

Detenuti; diritti umani; giurisprudenza.

sommario

Premessa. – **1.** La sentenza «Torreggiani» e la conseguente introduzione nell'ordinamento penitenziario di rimedi preventivi e risarcitori. – **2.** Soggetti legittimati all'azione di cui all'art. 35-*ter*, l. 354/1975. – **3.** Due distinte ipotesi di sovraffollamento elaborate dalla giurisprudenza della Corte Edu. – **4.** Ambito di applicazione temporale della nuova disciplina. – **5.** Natura giuridica dei rimedi di cui all'art. 35-*ter*, l. 354/1975. – **6.** Prime applicazioni giurisprudenziali: sul foro erariale, sull'onere probatorio, sulla compensazione e sulla prescrizione.

Premessa

Preliminari, all'analisi del problema del sovraffollamento carcerario, sono alcune considerazioni sul trattamento dei detenuti. La riflessione va compiuta da un punto di vista sovranazionale, in particolare, alla luce della copiosa giurisprudenza prodotta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò in ragione del fatto che la tematica in esame assume una rilevanza che esorbita dai confini nazionali coinvolgendo i diritti fondamentali dell'uomo, riconosciuti e tutelati a livello internazionale. In particolare, la tutela dei diritti dei detenuti – oggetto della presente indagine – si inserisce nell'ambito di un processo di positivizzazione dei diritti fondamentali dell'uomo, processo confluito nella enunciazione di questi ultimi all'interno delle carte costituzionali statali, nonché, successivamente oggetto di una graduale internazionalizzazione.

La questione rientra in un tema di grande respiro riguardante il rapporto tendenzialmente conflittuale tra diritti dell'uomo e diritto penale, quest'ultimo inteso nella sua accezione più ampia e dunque comprensiva del diritto penale sostanziale, del diritto processuale e del diritto penitenziario[1].

Da questi presupposti scaturisce la necessità di armonizzare il rapporto tra diritto penitenziario e diritto internazionale, al fine di evitare qualsivoglia abuso di potere da parte dell'amministrazione penitenziaria nei confronti di chi è detenuto.

Alla luce di quanto esposto, assume dunque indubbia rilevanza il rapporto tra la tutela dei detenuti e la Convenzione europea dato che il momento dell'esecuzione delle sanzioni penali è uno di quelli in cui risulta maggiormente percepibile la compressione dei diritti fondamentali dell'uomo. In particolare, nell'ambito dell'ordinamento interno, principio fondamentale per la tutela dei detenuti è rappresentato dall'art. 27 della Costituzione, il cui terzo comma[2], sancisce il principio di umanizzazione della pena («le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità») e della finalità rieducativa della pena («le pene devono tendere alla rieducazione del condannato»).

Questi principi sono posti inoltre a fondamento della Legge sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975)[3] e si traducono non soltanto in norme e di-

[1] Sull'argomento si veda Nicosia E., *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, pag. 1- 3.

[2] Art. 27, 3 co. Cost. «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

[3] Art. 1, l. 354/1975 «Il trattamento penitenziario deve essere conforme ad umanità e deve assicurare il rispetto delle dignità della persona. Il trattamento è improntato ad assoluta imparzialità, senza discriminazioni in ordine a nazionalità, razza e condizioni economiche e sociali, a opinioni politiche e a credenze religiose. Negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustifi-

rettive obbligatorie rivolte all'organizzazione delle istituzioni penitenziarie, ma anche in diritti per gli stessi detenuti. Ne consegue che l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne è la finalità, non possono mai consistere in trattamenti incompatibili con il rispetto della dignità umana.

Sul tema, la Corte EDU ha, da sempre, svolto una funzione di presidio dei diritti dei detenuti, in particolare, consacrando l'art. 3 della Convenzione Europea come uno dei valori fondamentali delle società democratiche, laddove proibisce in termini assoluti la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti. In particolare, al fine di evitare la violazione dell'art. 3 che è un diritto assoluto e non ammette eccezioni, secondo la Corte di Strasburgo, non è sufficiente il divieto negativo di tortura o di trattamento inumano o degradante, dal momento che la persona incarcerata può avere bisogno di una maggiore tutela proprio per la vulnerabilità della sua situazione, e per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato. Dunque, in questo contesto, il predetto art. 3, così come interpretato dalla Corte EDU, «pone a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto, né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente»[4].

1. La sentenza «Torreggiani» e la conseguente introduzione nell'ordinamento penitenziario di rimedi preventivi e risarcitori

«La sentenza della Corte europea rappresenta un nuovo grave richiamo alla insostenibilità della condizione in cui vive gran parte dei detenuti nelle carceri italiane. Si tratta di una mortificante conferma della perdurante incapacità del nostro Stato a garantire i diritti elementari dei reclusi in attesa di giudizio e in esecuzione di pena, e nello stesso tempo di una sollecitazione pressante da parte della Corte a imboccare una strada efficace per il superamento di tale ingiustificabile stato di cose», così affermava in una durissima nota l'ex Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano.

La severa condanna – a cui l'ex Capo dello Stato faceva riferimento nell'estratto sopra riportato – fu oggetto di pronuncia da parte della Corte di Strasburgo.

In particolare, la Corte Edu, rilevata la strutturale violazione dell'art. 3 Cedu da parte dell'Italia – a causa del «grave sovraffollamento» degli istituti penitenziari – con la sentenza pilota dell'8 gennaio 2013, «Torreggiani c. Italia», condannava il nostro Paese al risarcimento del danno a favore dei ricorrenti, ma, al contempo, dichiarava sospesi tutti i ricorsi dei detenuti italiani, aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, concedendo altresì allo Stato convenuto il termine di un anno a partire dal maggio 2013 (termine posticipato successivamente al giugno 2015), entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio all'emergenza del sovraffollamento delle carceri.

Occorre rilevare che, lo scopo della procedura pilota adottata dalla Corte è stato chiaramente quello di porre in luce l'esistenza dei problemi strutturali all'origine delle violazioni lamentate nei ricorsi seriali, nonché di indicare allo Stato le misure e le azioni indispensabili per porvi rimedio, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri (§ 84); ciò in conformità al principio di sussidiarietà che regola i rapporti tra la Corte e gli Stati parte della Convenzione, secondo il quale spetta anzitutto alle autorità nazionali assicurare un'adeguata tutela ai diritti convenzionali (§ 85).

Invero, la Corte Edu, oltre alla necessità di predisporre misure strutturali tali da incidere sulle cause del sovraffollamento carcerario, ha evidenziato altresì l'esigenza di sottrarre con celerità il detenuto a una situazione che pregiudica il suo diritto fondamentale a non subire trattamenti inumani, adottando rimedi preventivi *ad hoc*, nonché riconoscendo un ristoro a colui che subisca o abbia subito tale pregiudizio mediante precipui rimedi compensativi.

Dunque, in risposta a quanto intimatogli, il governo italiano emanava il decreto legge del 26 giugno 2014, n. 92, successivamente convertito nella l. dell'11 agosto 2014, n. 117. In particolare, con riguardo ai rimedi preventivi, il legislatore italiano ha introdotto un reclamo «giurisdizionalizzato» innanzi al magistrato di sorveglianza per i casi di «attuale e grave pregiudizio» ai diritti dei ristretti nella libertà personale, derivante da condotte dell'Amministrazione penitenziaria non conformi alla legge dell'ordinamento penitenziario o al suo regolamento attuativo (combinato disposto degli artt. 69, co. 6, lett. b e 35-*bis*, l. 345/75). Sollevato tale reclamo, il magistrato di sorveglianza «accertata la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio[5]» ripristinando lo stato di legalità della detenzione. Laddove non si riesca a porre immediatamente rimedio alla situazione verifi-

cabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari. I detenuti e gli internati sono chiamati o indicati con il loro nome. Il trattamento degli imputati deve essere rigorosamente informato al principio che essi non sono considerati colpevoli sino alla condanna definitiva. Nei confronti dei condannati e degli internati deve essere attuato un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale degli stessi. Il trattamento è attuato secondo un criterio di individualizzazione in rapporto alle specifiche condizioni dei soggetti».

[4] Corte eur. dir. uomo, Torreggiani ed altri c. Italia, cit., § 65.

[5] Su tale rimedio e su alcune considerazioni critiche circa l'adeguatezza dello stesso a garantire l'immediata cessazione delle violazioni in atto sia consentito rinviare a A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, 2014, Giappichelli, p. 137 ss.

catasi, se il pregiudizio si protrae nel tempo, il legislatore ha previsto, dopo l'art. 35-*bis* rubricato «*Reclamo giurisdizionale*», l'art. 35-*ter*[6], rubricato «Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'Articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati».

I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all'interessato, che assuma di patire (o di aver patito) una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere l'immediato ripristino della legalità e al contempo una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito); ciò in aderente conformità a quanto statuito dai giudici di Strasburgo nella sentenza Torreggiani[7]. Si tratta di una norma fortemente innovativa, posto che, come confermato, anche in tempi recenti, dalla Suprema Corte con sent. n. 4772 del 2013, si era soliti negare in capo al magistrato di sorveglianza qualsivoglia potere di condanna al risarcimento (sia pure in forma specifica) dei danni sofferti a seguito delle inumane condizioni detentive, e, conseguentemente, devolvere *sic et simpliciter* tale cognizione al solo giudice civile. Una soluzione che non si palesava come particolarmente soddisfacente, considerati i tempi lunghissimi dell'azione risarcitoria nella giustizia civile.

Alla luce di ciò, non può che convenirsi sul fatto con il d.l. 92/2014, il Governo ha di fatto colmato una lacuna, introducendo nell'ordinamento penitenziario, attraverso l'art. 35-*ter*, un rimedio preventivo che, oltre ad anticipare la tutela attraverso la riduzione del pregiudizio subito, è altresì funzionale ad evitare il dilatarsi dei tempi processuali – conseguenza fisiologica della tutela risarcitoria in sede civilistica – disciplinando una tipologia di risarcimento del danno anticipata, preventiva ed in forma specifica, nonché affiancandone ad essa un'altra, residuale, ma solo riparatoria, laddove lo Stato non riesca ad impedire il prodursi del danno.

Occorre inoltre specificare che con questa normativa il legislatore non ha voluto introdurre nell'ordinamento un nuovo illecito civile, infatti, già prima della sua introduzione, la violazione del diritto ad una detenzione conforme all'art. 3 Cedu costituiva un danno ingiusto risarcibile *ex* art. 2043 c.c. Ciò si desume dal fatto che l'art. 3 Cedu ha assunto rilevanza nel nostro ordinamento a far data dalla l. 848/1955, che ha ratificato e reso esecutiva in Italia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Quanto appena affermato è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di cassazione nella sentenza 4772/2013 cit. che, nel negare una competenza risarcitoria in capo alla magistratura di sorveglianza, ha contestualmente affermato la risarcibilità di quella lesione da parte del giudice civile. Può dunque ritenersi che il d.l. 92/2014 ha solamente introdotto una nuova disciplina per il risarcimento di questo specifico danno: una disciplina che, in quanto *lex specialis*, viene a sostituirsi alla ordinaria disciplina civilistica in tema di risarcimento del danno. I profili di specialità della nuova disciplina riguardano, soprattutto, la competenza a decidere sull'azione risarcitoria. Al riguardo, la nuova normativa è chiara nel prevedere la competenza del magistrato di sorveglianza per i ricorsi avanzati dai soggetti che lamentino nell'«attualità» un'inumana detenzione (art. 35, commi 1 e 2), nonché quella del giudice civile per i ricorsi di coloro che, per varie ragioni, non siano più detenuti (art. 35-*ter* comma 3). Oscura è invece la legge nel riparto di

[6] Così dispone «Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero *tramite* difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio. 2. Quando il periodo di pena ancora da espiare è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni. 3. Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2».

[7] Cfr. sentenza Corte edu, «Torreggiani», § 96: «Quanto alla via o alle vie di ricorso interne da adottare per far fronte al problema sistemico riconosciuto nella presente causa, la Corte rammenta che, in materia di condizioni detentive, i rimedi "preventivi" e quelli "di natura "compensativa" devono coesistere in modo complementare. Così, quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. Inoltre, chiunque abbia subito una detenzione lesiva della propria dignità deve potere ottenere una riparazione per la violazione subita » (Benediktov c. Russia, § 29; Ananyev e altri §§ 97-98 e 210-240).

competenza tra ufficio di sorveglianza e giudice civile in relazione alle istanze provenienti dal soggetto che, da detenuto, lamenti una pregressa, ma non più attuale, detenzione in violazione dell'art. 3 Cedu.

Sul punto la giurisprudenza di merito appare oscillare tra due antitetiche opzioni interpretative; un primo filone esegetico, sostiene che i rimedi compensativi previsti dall'art. 35, commi 1 e 2 co., ord. pen. radicano la competenza del magistrato di sorveglianza, a condizione che il pregiudizio patito sia sussistente al momento della presentazione dell'istanza, perdurando sino al giorno della decisione. Sulla base di questo presupposto, gli uffici di sorveglianza, aderenti all'indirizzo ermeneutico ora in esame, hanno dichiarato inammissibili o comunque rigettato le istanze avanzate ai sensi dell'art. 35-*ter*, comma 1, ord. pen. da soggetto detenuto in esecuzione pena, se relative a pregiudizi non più attuali[8]. L'altro indirizzo, seguito dalla restante giurisprudenza di merito[9] e sostenuto da gran parte della dottrina[10], prevede che tra i requisiti fondanti la legittimazione ad agire innanzi al magistrato di sorveglianza, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 35-*ter* cit. non è da includere l'attualità del pregiudizio, inteso quale attualità della violazione, ovvero delle condizioni disumane e degradanti. I sostenitori di ciascuno dei due contrastanti orientamenti non si sottraggono dal valutare gli effetti applicativi delle rispettive tesi[11]; ad oggi, non si registrano interventi della Suprema Corte, che nella sua funzione nomofilattica potrà fornire una indicazione risolutiva dell'attuale contrasto sviluppatosi in seno alla giurisprudenza di merito.

In ogni caso, al fine di evitare una censura di incostituzionalità della disciplina, derivante da una discriminazione irragionevole ai sensi dell'art. 3 Cost., può ragionevolmente considerarsi plausibile un'interpretazione analogica, che consenta anche a tale categoria di soggetti di usufruire del nuovo rimedio risarcitorio, nelle forme del reclamo al magistrato di sorveglianza di cui all'art. 35-*ter* ord. pen.

Può inoltre ritenersi che la norma *de qua* continuerà ad avere una sua ragion d'essere anche quando il problema del sovraffollamento carcerario verrà risolto del tutto. Infatti, l'art. 35-*ter* ord. pen. si presta ad essere interpretato in senso ampio potendo riferirsi a tutte le condizioni carcerarie contrarie all'art. 3 Cedu. Ed invero, nella sentenza n. 49169 del 2009 (Stella c. Italia), la Corte europea ha esortato lo Stato italiano affinché garantisse a ciascun detenuto *«des conditions de vie compatibles avec les principes de la Convention»*. A conferma di tale assunto giuridico, si osserva che «il riferimento ampio che l'art. 35-*ter* fa alle condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione consente di ritenere utilizzabili i nuovi rimedi risarcitori ogniqualvolta il detenuto abbia subito una detenzione che la Corte europea considera in contrasto con il divieto di trattamenti inumani e degradanti, indipendentemente dalla causa che abbia generato una tale situazione e a prescindere pertanto dalla condizione di sovraffollamento carcerario»[12]; dunque, essendo la *ratio* che connota siffatta normativa quella di garantire che ogni detenuto versi in condizioni di vita compatibili con i principi di Convenzione[13], può ritenersi che tali rimedi saranno azionabili ogniqualvolta emerga una condizione carceraria contraria a quanto statuito dall'art. 3 Cedu.

Alla luce di quanto affermato, il rimedio risarcitorio potrebbe trovare applicazione, ad esempio, nel caso di mantenimento in carcere di soggetti in condizioni di salute incompatibili con la detenzione[14], nonché nell'ipotesi di mancata predisposizione di cure mediche all'interno del carcere[15]. Sul punto non si ravvisano, inoltre, statuizioni normative di segno contrario, per cui, non vi sono, ragioni che depongono per una interpretazione restrittiva di questa norma al solo caso di sovraffollamento carcerario e non anche a tutte quelle condizioni carcerarie che contrastano con l'art. 3 Cedu[16].

2. Soggetti legittimati all'azione risarcitoria di cui all'art. 35-*ter*, l. 354/1975

In relazione ai soggetti legittimati all'utilizzo dei rimedi di cui all'art. 35-*ter*, 1 e 2 comma, il legislatore ha distinto due categorie: i richiedenti in regime di detenzione, cui riconosce (sia pure nella circoscritta ipotesi di pregiudizio derivato da condizioni di detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU non inferiore ai quindici giorni), il risarcimento in forma specifica – pari alla riduzione di un giorno di pena da espiare per ogni dieci di pregiudizio patito – e coloro che hanno subito identico pregiudizio, in stato cautelare non computabile nella determinazione della pena da

[8] Cfr. Mag. Sorv. Catania, 11 marzo 2015; Mag. Sorv. Alessandria, 26 settembre 2014; Mag. Sorv. Alessandria, 31 ottobre 2014; Mag. Sorv. Trieste, 2 dicembre 2014.

[9] Mag. Sorv. Sassari, 18 novembre 2014.

[10] Cfr. E. Santoro, *op. cit.*; G. Giostra, *op. cit.*.

[11] Per una diffusa panoramica sui riflessi sistematici ed applicativi di ciascuno dei due orientamenti, v. F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse,* in *Diritto penale contemporaneo*, 6 novembre 2014, §§ 3 e 4.

[12] A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.*

[13] Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, n. 49169/09 del 16 settembre 2014, § 54.

[14] Cfr., C. eur. dir. uomo, II sez., 17 luglio 2012, Scoppola c. italia; C. eur. dir. uomo, sez. II, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia.

[15] Cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, II sez., 22 aprile 2014, G. C. c. Italia, relativa ad un caso di mancata predisposizione delle cure necessarie e di mancata collocazione in cella singola nei confronti di un detenuto che soffriva di una grave forma di incontinenza, con conseguente esposizione della persona ad un grave stato di angoscia ed umiliazione.

[16] Articolo di Antonio di Tullio D'Elisiis, in *Altalex*, 28 novembre 2014.

espiare ovvero hanno terminato di espiare la pena detentiva, cui viene riconosciuto il risarcimento in forma pecuniaria nella misura di 8 euro per ogni giorno di detenzione. La distinzione tra le due ipotesi è chiara: da un lato la condizione di chi si trova in regime di detenzione, dall'altro quella di chi è ormai libero. Tuttavia, l'enunciato della norma si presta a difficoltà interpretative in relazione a talune particolari condizioni in cui potrebbe trovarsi l'istante, in particolare, ci si riferisce alla figura degli internati e dei soggetti in custodia cautelare. Infatti, il legislatore, nel disciplinare l'azione in forma specifica di cui all'art. 35-*ter*, comma 1, menziona esclusivamente il «detenuto»; nel linguaggio dell'ordinamento penitenziario, il termine «detenuto» indica esclusivamente l'imputato ed il condannato in stato di privazione della libertà personale, non anche il soggetto in esecuzione di una misura di sicurezza, il quale è appellato appunto con il termine di «internato».

Un'interpretazione del tutto letterale deve, tuttavia, essere respinta, in quanto contrastante con la lettura del testo normativo nel suo complesso; sul punto occorre infatti compiere un'interpretazione sistematica, prendendo in considerazione, da un lato, la rubrica dell'art. 35-*ter*, che fa riferimento ai soggetti «detenuti ed internati» e, dall'altro, l'art. 2 del d.l. 92/2014, relativo alle disposizioni transitorie; tale norma prevede che il rimedio è esperibile anche dai detenuti e dagli internati che abbiano già presentato ricorso alla Corte europea. La conclusione cui si perviene è, dunque, che la mancata menzione dell'internato nel comma 1 sia il frutto di una mera dimenticanza del legislatore e che i nuovi rimedi risarcitori sono diretti a tutti i soggetti che reclamino un danno derivante dall'essere stati detenuti in condizioni contrarie all'art. 3 Cedu, indipendentemente dalla qualifica giuridica di imputati, condannati o internati[17].

Per quanto attiene, infine, alla posizione dei detenuti in misura cautelare, si osserva che la nuova disciplina riconosce al magistrato di sorveglianza la competenza a giudicare anche sul pregiudizio patito dal sottoposto a custodia cautelare, quando questa è imputabile alla pena successivamente comminata; nel caso contrario, invece, la competenza ricade sul giudice civile ai sensi dell'art. 35-*ter*, 3 co. ord. pen[18].

3. Due distinte ipotesi di sovraffollamento elaborate dalla giurisprudenza della Corte Edu

In ragione della mancanza di una espressa previsione di legge che stabilisca lo spazio minimo da concedere a ciascun detenuto, si è rappresentata la necessità di far riferimento ai criteri giurisprudenziali elaborati dalla Corte Edu, dando così espresso riconoscimento al principio secondo cui il nostro ordinamento deve ritenersi vincolato dalle norme convenzionali, nell'interpretazione che di queste abbia fornito la Corte europea dei diritti dell'uomo. Al riguardo, la Corte di Strasburgo ha individuato due distinte fattispecie; la prima, riguarda i casi di «grave sovraffollamento» in cui la Corte ha giudicato che lo spazio disponibile *pro capite* inferiore a 3 mq è sintomo di una grave condizione di sovraffollamento carcerario e costituisce, di per sé, violazione dell'art. 3 della Cedu, essendo ravvisabile in tale ipotesi un trattamento inumano e degradante[19].

La seconda fattispecie, concerne casi in cui il sovraffollamento non era così grave da integrare automaticamente una violazione dell'articolo 3; in particolare la Corte di Strasburgo ha rilevato che qualora il detenuto disponga di uno spazio variabile dai 3 ai 4 mq non si configura una automatica violazione della Convenzione, dovendo il giudice valutare l'esistenza di ulteriori elementi peggiorativi della condizione detentiva. Tra questi elementi figurano la possibilità di utilizzare in modo riservato i servizi igienici, l'aereazione disponibile, l'illuminazione della cella[20], la qualità del riscaldamento, il rispetto delle esigenze sanitarie di base, la possibilità di partecipare ad attività culturali e ricreative, di essere ammessi al lavoro, ai corsi di istruzione ed ai colloqui, nonché di trascorrere un congruo numero di ore al giorno fuori dalla camera detentiva[21]. Dunque, la relatività del criterio di valutazione prescritta dalla Corte Edu è funzionale ad attribuire al principio di cui all'art. 3, il carattere di un divieto tutt'altro che statico, bensì di una previsione cui va data un'interpretazione evolutiva sempre rispondente alle mutate circostanze.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo concernente il nostro Paese si è costantemente orientata in tal senso. Infatti, già nella nota sentenza «Sulejmanovic» del 2009[22], la Corte, pur non indicando in modo preciso e definitivo quale fosse lo spazio da concedere a ogni detenuto ai sensi della Convenzione, accolse il ricorso per il periodo, di oltre due mesi e mezzo, in cui il ricorrente aveva avuto a sua disposizione soltanto 2,7 mq. Per le altre fasi della detenzione il ricorso venne respinto, in quanto il ristretto aveva fruito di superfici variabili fra i 3,24 e i 4,50 mq, senza subire alcuna altra carenza nelle condizioni generali di

[17] In questi termini, A. Della Bella, *op. cit.*, § 11.
[18] Rel. n. III/01/2015.
[19] Kantyrev e. Russia, n. 37213/02, , § 50-51, 21 giugno 2007; Andrei Frolov c. Russia, n. 205/02, § 47-49, 29 marzo 2007; Kadikis e. Lettonia, n. 62393/00, § 55,4 maggio 2006; Salejmmnovic e. Italia, n, 22635103, § 43, 16 luglio2009; così Torreggiani e altri e. Italia, nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, 8 gennaio 2013, § 68.
[20] Corte eur. dir. uomo, sez. I, 9 ottobre 2008, Moiseyev c. Russia, nonché, Id., sez. I, 12 giugno 2008, Vlasov c. Russia.
[21] Cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 17 gennaio 2012, István Gábor Kovács c. Ungheria.
[22] Corte eur. dir. uomo, sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, cit.

vita[23]. Tale sentenza ha, in realtà, rappresentato, solo il prologo di una più pesante condanna, da parte della Corte di Strasburgo, nei confronti del nostro Paese. Nel gennaio del 2013, infatti, la Corte ha pronunciato la notissima sentenza «Torreggiani ed altri», decidendo sette ricorsi di altrettanti ristretti, in conformità alla *ratio decidendi* della pronuncia Sulejmanovic, giungendo, tuttavia, questa volta, a conclusioni di più ampia portata.

Successivamente, nel corso del 2013 e nel 2014 il Giudice di Strasburgo è tornato a pronunciarsi su casi di condizioni detentive asseritamente inumane o degradanti relative alle carceri italiane, statuendo in aderenza alla regola della violazione dell'art. 3 Cedu ove «*l'espace personnel accordé à un requérant*» sia inferiore a 3 mq[24].

Tali regole di giudizio elaborate dalla Corte Edu in materia di sovraffollamento carcerario sono andate a colmare una lacuna della normativa penitenziaria nazionale. Quest'ultima, infatti, non stabilisce quale sia la superficie da garantire a ciascuna persona ristretta all'interno della camera detentiva[25]. Pertanto, l'affermarsi nella giurisprudenza convenzionale ha comportato un sicuro «ampliamento della sfera delle tutele in capo al detenuto»[26], in favore del quale è venuto a configurarsi il «diritto ad uno spazio minimo incomprimibile»[27].

Deve altresì considerarsi che se è ormai chiaro quale sia – in termini di metri quadrati – la soglia numerica presa come riferimento dalla Corte Edu per la detenzione in camere multiple, non sono altrettanto chiari i criteri in base ai quali vada calcolata tale superficie. In particolare, è tutt'ora controverso se, e in che misura, debba tenersi conto del bagno di pertinenza della cella e se debbano scomputarsi dalla superficie vivibile gli spazi occupati dagli arredi della stanza.

I contrasti interpretativi nella giurisprudenza nazionale, in realtà, sembrano dipendere dal fatto che dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo non emerge un indirizzo uniforme. In merito alla questione concernente lo spazio occupato dagli arredi, sia in una sentenza più risalente[28] che in due più recenti[29] il calcolo dello spazio a disposizione dei ricorrenti è stato effettuato dividendo la superficie della cella per il numero dei suoi occupanti, dunque, senza attribuire alcun rilievo alla presenza del mobilio. Diversamente, nella sentenza-pilota del 2013, la Corte, riferendosi ad una superficie individuale di 3 mq, afferma che «*cet espace était par ailleurs encore restreint par la présence de mobilier dans les cellules*»[30]; dunque, pur senza svolgere il calcolo al netto dei mobili presenti nella stanza, attribuisce rilevanza alla riduzione dello spazio conseguente alla presenza degli arredi. Contrasti interpretativi hanno investito anche il computo della superficie dei servizi igienici; in particolare, con riguardo alla giurisprudenza concernente il nostro Paese, nel più risalente caso Sulejmanovic, il Governo convenuto aveva precisato che annesso alla cella vi fosse un locale sanitario di oltre 5 mq[31], la Corte, tuttavia, nella sua decisione aveva calcolato lo spazio detentivo vivibile senza includervi la superficie di tale ambiente[32]; nella recente pronuncia Tellissi[33], la Corte ha chiaramente tenuto conto della superficie della «*salle de bain*» in dotazione alla camera, dichiarando tuttavia nel caso di specie il ricorso del detenuto irricevibile, in quanto manifestatamente infondato. Più recentemente, il Tribunale di Caltanisetta, con decreto del 29 giugno 2015, n. 2211, nel calcolare l'area della cella in cui il ricorrente era stato ristretto, ha ritenuto che, a tal fine, «non si considerano gli altri oggetti costituenti l'arredo della cella, quali il tavolo e le sedie, poiché oggetti di fatto rimuovibili, utilizzabili per varie e molteplici finalità da parte del detenuto e quindi destinati non a ridurre lo spazio a disposizione del detenuto ma a consentirne il pieno utilizzo, gli armadi/stipetti pensili (affissi al muro), il cui ingombro risulta estremamente contenuto proprio perché è limitato solo allo spazio aereo ed infine i letti, che vengono usati per distendersi di giorno o per dormire la notte e dunque rientranti nello spazio concretamente ed effettivamente disponibile».[34] In tal senso si era pronunciato il Tribunale di Roma, II sezione civile, con ordinanza del 4.06.2015.

[23] È stato, infatti, riconosciuto che il ristretto godeva: della possibilità di trascorrere 8 ore e 50 minuti fuori dalla cella, della presenza di un bagno attiguo alla stessa, di riscaldamento e di luce naturale.

[24] Così, Corte eur. dir. uomo, sez. II, 5 marzo 2013, Tellissi c. Italia, § 50, nonché Id., sez. II, 22 aprile 2014, G.C. c. Italia, § 76, cit.

[25] Sia consentito sul punto rinviare ad Albano, Picozzi, *Gli incerti confini del sovraffollamento carcerario*, in *Cass. pen.*, 2014, 2398 ss.

[26] Castellucci, Sub art. 7, in Comm. c.p.p., Giarda, Spangher, 2010, III, 10198.

[27] Così. Mag. sorv. Venezia, 6 febbraio 2014, Carlesco, in *Cass. pen.*, 2014, 2673, con nota di Albano, Picozzi, *Considerazioni sui criteri di calcolo dello spazio detentivo minimo*. Similmente, in dottrina, Gargani, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione dell'esecuzione penale*, ivi, 2011, 3, 1272, parla di «diritto ad uno spazio personale minimo».

[28] Corte eur. dir. uomo, Sulejmanovic c. Italia, cit., §§ 43 e 45.

[29] Corte eur. dir. uomo, G.C. c. Italia, cit., §§ 81 e 82, nonché Id., Tellissi c. Italia, cit. §§ 38, 52 e 53.

[30] [«questo spazio era d'altro canto ancora ridotto dalla presenza di mobilia nelle celle»], Corte eur. dir. uomo, Torreggiani ed altri c. Italia, cit., § 75.

[31] Corte eur. dir. uomo, Sulejmanovic c. Italia, cit., § 8: «L'interessato fu assegnato in diverse celle della superficie di 16,20 metri quadri (m2) ciascuna, alle quali era annesso un servizio igienico di 5,04 m2».

[32] Corte eur. dir. uomo, Sulejmanovic c. Italia, cit. § 43.

[33] Corte eur. dir. uomo, Tellissi c. Italia, cit., §§ 38, 52 e 53.

[34] In tal senso anche il Tribunale di Roma, 30 maggio 2015.

4. Ambito di applicazione temporale della nuova disciplina

Al fine di chiarire le incertezze riguardanti il profilo temporale di applicazione della disciplina ed il conseguente *dies a quo* della pretesa azionabile, è necessario procedere ad una lettura combinata del nuovo art. 35-*ter* ord. pen. (contenuto nell'art. 1 d.l. 92/2014) con le disposizioni transitorie, contenute nei due commi dell'art. 2 del d.l.

Sul punto può ritenersi che il legislatore abbia inteso riservare l'applicazione dell'art. 35-*ter* ord. pen. al risarcimento dei pregiudizi – attuali (commi 1 e 2) o non più attuali al momento della domanda (comma 3) – prodottisi successivamente all'entrata in vigore del decreto legge, ossia al 28 giugno 2014. Ciò trova conferma nel principio contenuto nell'art. 11 delle Preleggi, secondo cui una nuova norma deve applicarsi, di regola, ai fatti che si realizzano dopo la sua entrata in vigore.

Le norme transitorie – in deroga all'art. 11 delle Preleggi – tendono tuttavia ad applicare la nuova disciplina anche ai fatti pregressi, dovendosi intendere come tali i pregiudizi che si sono verificati prima del 28 giugno 2014. Al riguardo, il comma 1, da un lato, consente l'utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 35-*ter* co. 3, entro un termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla data di entrata in vigore della normativa, da parte di coloro i quali, alla data anzidetta, abbiano cessato di espiare la pena detentiva o non si trovano più in stato di custodia cautelare in carcere (e che pertanto, necessariamente, lamentano un danno verificatosi prima del 28 giugno); il comma 2, dall'altro, consente l'utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 35-*ter* co. 1 e 2, anche in questo caso entro un termine di decadenza di sei mesi, ai detenuti e gli internati che, al momento dell'entrata in vigore del predetto d.l. abbiano già presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, qualora non sia ancora intervenuta una decisione della stessa Corte sulla ricevibilità del ricorso.

L'espressa previsione normativa risponde, come è evidente, all'esigenza di sgravare la Corte di Strasburgo dai ricorsi già pendenti e da quelli che ancora le potrebbero essere sottoposti per violazioni pregresse, in ragione delle condizioni detentive subite. In ogni caso, al di fuori di quanto stabilito dalla disciplina inter-temporale, la tutela per i pregiudizi antecedenti alla entrata in vigore della legge resterebbe affidata all'ordinaria azione risarcitoria *ex* art. 2043 cod. civ. innanzi al giudice civile, con conseguente liquidazione del danno ai sensi degli artt. 2056, 1223, 1226 e 1227 cod. civ.[35].

5. Natura giuridica dei rimedi di cui all'art. 35-*ter*, l. 354/1975

Per quanto attiene alla natura giuridica dei rimedi risarcitori, deve premettersi che la giurisprudenza di merito e la dottrina convergono nell'escludere che il rimedio in esame abbia natura di indennizzo. Ciò trova conferma nella terminologia utilizzata dal legislatore nel rubricare il nuovo articolo 35-*ter* ord. pen. «*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'Articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*».

A questa convergenza si contrappone tuttavia la necessità di operare dei distinguo. Un primo indirizzo[36] qualifica il rimedio di cui all'art. 35-*ter* come un nuovo strumento messo a disposizione del detenuto, che si affianca, senza però sostituirsi, agli altri disciplinati dall'ordinamento penitenziario. Alla luce di questo indirizzo – che da luogo ad una interpretazione restrittiva dell'ambito applicativo della disciplina – non dovrebbe ritenersi preclusa per l'interessato la possibilità di azionare, per i medesimi fatti, il rimedio ordinario innanzi al giudice civile, sicché quello dell'art. 35-*ter* rappresenterebbe semplicemente uno strumento aggiuntivo alla tutela ordinaria, azionabile in via alternativa[37]. Al riguardo si ribadisce che, la dottrina, pur concordando sulla natura risarcitoria del rimedio, ritiene che la nuova normativa non abbia introdotto nell'ordinamento un nuovo illecito civile, poiché, già prima, la violazione del diritto ad una detenzione conforme all'art. 3 Cedu costituiva un danno ingiusto risarcibile *ex* art. 2043 c.c.[38] Pertanto, il d.l. 92/2014 avrebbe soltanto introdotto una nuova disciplina per il risarcimento di questo specifico danno: una disciplina che, in quanto *lex specialis*, viene a sostituirsi – non ad affiancarsi – alla ordinaria disciplina civilistica in tema di risarcimento del danno. Si osserva altresì che il riconoscimento di una competenza in materia risarcitoria in capo al magistrato di sorveglianza, in luogo del giudice civile, si giustifica, non solo, per il fatto che il magistrato di sorveglianza può considerarsi il giudice naturale dei detenuti, ma soprattutto in ragione del peculiare contenuto del risarcimento riservato a chi è ancora in stato di detenzione, consistente nella detrazione di un numero di giorni di pena proporzionale alla durata del pregiudizio subito. Quando invece la richiesta provenga da soggetti in stato di libertà, la competenza spetta al tribunale civile: in questo caso, però, la specialità investe il tipo di giudizio, essendo previsto l'utilizzo del particolare procedimento disci-

[35] Cfr. Mag. sorv. Alessandria, 31 ottobre 2014.

[36] Cfr. R. Braccialini, *Art. 35 ter, 3, Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *Questione Giustizia, on line*, 2 aprile 2015, che configura una ipotesi di responsabilità contrattuale discendente da un intero sistema normativo, che poi è lo stesso ordinamento penitenziario.

[37] Cfr. Mag. Sorv. Catania, cit.

[38] Cass., 15 gennaio 2013, n. 4772.

plinato nell'art. 737 c.p.c.[39] Dunque, per i profili non espressamente disciplinati dalla *lex specialis*, si dovrà dare luogo all'applicazione alla disciplina risarcitoria «ordinaria», quella cioè contenuta nel codice civile, pertanto, rispetto alla prescrizione, dovrà ritenersi operante il termine quinquennale di cui all'art. 2947 c.c., che decorre dalla data della verificazione del fatto illecito produttivo del danno.

A prescindere dalla natura giuridica di tali rimedi, occorre osservare che se da un lato risulta lodevole la scelta di un risarcimento «in forma specifica» (consistente in uno sconto della pena residua), dall'altro persistono perplessità in merito alla rigidità del criterio di quantificazione del risarcimento del danno, sia con riferimento alla determinazione dei giorni di pena da scontare, sia all'entità del ristoro monetario. Ciò in conseguenza del fatto che l'unico parametro cui ancorare il *quantum* del ristoro è la durata in giorni del pregiudizio, senza prendere in considerazione altri parametri che invece, nella realtà, possono incidere significativamente sull'entità della lesione, quali ad esempio lo stato di salute psico-fisico del detenuto, il numero di ore nel quale è costretto a stare all'interno della cella, ecc.

Perplessità residuano altresì in merito alla ragionevolezza dell'entità del ristoro – sia di quello in forma specifica che di quello per equivalente – considerato che si tratta comunque di un danno alla persona in casi di accertata violazione dei diritti dell'uomo protetti dalla Cedu.

6. Prime applicazioni giurisprudenziali: sul foro erariale, sull'onere probatorio, sulla compensazione e sulla prescrizione

Com'è noto, la regola del foro erariale si applica in tutte le cause in cui sono coinvolte amministrazioni statali, ad eccezione delle ipotesi in cui espressamente il legislatore decide di derogarvi. Il codice di procedura civile chiaramente dispone all'art. 25 che «per le cause nelle quali è parte un'amministrazione dello Stato è competente, a norma delle leggi speciali sulla rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio e nei casi ivi previsti, il giudice del luogo dove ha sede l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato, nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie». La legge speciale cui il codice di rito fa riferimento è rappresentata dall'art. 6, 1° comma, R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, il quale dispone che «la competenza per le cause nelle quali è parte una amministrazione dello Stato spetta al Tribunale […] dove ha sede l'Ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il Tribunale o la Corte di Appello che sarebbe competente secondo le norme ordinarie». La finalità è quella, dunque, di ottenere una concentrazione dei processi contro le amministrazioni dello Stato nel luogo in cui hanno sede gli uffici dell'Avvocatura erariale, in modo da garantire l'efficienza e l'omogeneità della difesa dello Stato in giudizio, nonché consentire la maggiore specializzazione degli uffici giudiziari chiamati a conoscere e decidere le controversie riguardanti lo Stato. Alla luce di questi principi, il Tribunale di Taranto, con ordinanza del 27 marzo 2015, ha dichiarato la propria incompetenza in favore del Tribunale civile di Lecce, sede dell'Avvocatura dello Stato, assegnando alle parti un termine di 60 giorni per la riassunzione del giudizio, decorrenti dalla comunicazione dell'ordinanza.

Per quanto concerne, invece, l'onere probatorio a carico di chi agisce in giudizio, l'art. 2697 c.c. prevede che «chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento»; spetta quindi a parte ricorrente provare una detenzione non conforme all'ordinamento, dunque indicare in modo specifico, per ciascuno dei periodi di detenzione, quali siano state le dimensioni della stanza, le sue condizioni, l'aereazione della stessa, la presenza di mobilio ecc. In conformità a tali principi, il Tribunale di Catania, con ordinanza del 15 Giugno 2015, ha rigettato il ricorso ritenendo che «non può essere ritenuta sufficiente a comprovare la sussistenza della violazione la semplice affermazione dell'esistenza di condizioni detentive non conformi a parametri ricavati in via interpretativa dall'art. 3 della Convenzione, qualora le doglianze non trovino un riscontro nelle risultanze processuali, siano contestate dalla controparte o vengano addirittura smentite dalla documentazione in atti». Al riguardo deve considerarsi che, da un lato, i dati e i documenti necessari a comprovare le condizioni di detenzione sono nella disponibilità della pubblica amministrazione, con limitato diritto di accesso e con conseguente squilibrio di posizione tra il detenuto e l'amministrazione penitenziaria, condizione che imporrebbe una più elastica applicazione dei principi di ripartizione dell'onere probatorio (cfr. Trib. Palermo, sez III, 25.03.2015; in senso analogo anche Cedu, Torreggiani c. Italia, 08.01.2013); dall'altro lato, resta fermo l'onere del ricorrente di richiedere siffatta documentazione all'amministrazione penitenziaria e, qualora la stessa non venga rilasciata, di proporre istanza *ex* art. 210 c.p.c. per l'acquisizione della documentazione necessaria a comprovare quanto dallo stesso affermato. Sul punto si è pronunciato il Tribunale di Brescia, con decreto n. 3200 del 1° aprile 2015, affermando che in mancanza di tale istanza, non potrebbe sopperirvi il giudice di ufficio, neppure esercitando il potere, sollecitato dall'attore in udienza, di assumere specifiche informazioni presso l'Amministrazione Penitenziaria in quanto «se così non fosse, si finirebbe per provocare una confessione dell'amministrazione, in violazione delle disposizioni che disciplinano l'interrogatorio formale». Ancora, ha affermato che nono-

[39] Così, A. Della Bella, *op. cit.*, § 7; ma cfr., anche, E. Santoro, *op. cit.*, pp. 13 e ss

stante, «nell'ambito dei procedimenti camerali, il legislatore abbia attribuito al giudice poteri di iniziativa officiosa nella ricerca delle fonti di prova, tali poteri non possono sovvertire la regola dell'onere della prova e sopperire, in modo completo, all'iniziativa istruttoria delle parti, soprattutto nei casi in cui le forme del rito camerale siano impiegate, al di fuori della volontaria giurisdizione, nelle controversie che vertono in materia di diritti soggettivi».

Con riguardo poi alla possibilità di compensazione nei rapporti tra il detenuto e la P.a., premesso che la possibilità di compensazione di un pagamento dovuto da quest'ultima con un credito che la stessa abbia nei confronti del suo creditore si evince dalla previsione di cui all'art. 69 del R.D. 2440/29 in materia di cd. fermo amministrativo, si evidenzia che il Tribunale di Brescia, con decreto del 9.06.2015, ha accolto l'eccezione di compensazione del credito risarcitorio con quello vantato dalla P.a. a titolo di pena pecuniaria e spese di mantenimento in carcere.

Infine, con riguardo alla prescrizione del diritto del detenuto alla tutela in questione, si osserva che la concorde qualificazione, in dottrina e in giurisprudenza, della natura giuridica dei rimedi di cui all'art. 35-*ter* ord. pen., come di carattere risarcitorio e non meramente indennitario, consente di individuare come termine prescrizionale il compimento del quinto anno (art. 2947 c.c.) successivo alla verificazione del fatto illecito (art. 2935 c.c.) salva naturalmente la possibilità di interruzione della prescrizione (art. 2943 c.c.). Con riguardo alla operatività del termine quinquiennale di prescrizione si è pronunciato il Tribunale ordinario di Roma, II sez. civile, con ordinanza del 4.06.2015 nonché il Tribunale di Torino, con decreto n. 1693 del 22.05.2015.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali, sentenza 22 luglio 2015 (ud. 26 giugno 2015), n. 32243

Le Sezioni unite risolvono il conflitto relativo alle notifiche telematiche ai sensi del d.l. 25 giugno 2008 n.112 anche dopo l'entrata in vigore del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179: validità

Anche dopo l'entrata in vigore del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e relativa conversione in legge, sono valide le notificazioni a persona diversa dall'imputato o indagato eseguite per via telematica, ai sensi del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, e relativa conversione in legge, dagli Uffici giudiziari già autorizzati dal decreto 1 ottobre 2012del Ministro della Giustizia.

* * *

La questione per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite può essere sintetizzata come segue: «Se, anche dopo l'entrata in vigore del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (e relativa conversione in legge), siano valide le notificazioni a persona diversa dall'imputato eseguite per via telematica ai sensi del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, (e relativa conversione in legge), dagli uffici giudiziari già autorizzati dal decreto 1 ottobre 2012 del Ministro della Giustizia».

I Supremi Giudici per affrontare correttamente la questione giuridica sottoposta al loro esame, hanno preliminarmente illustrato il complesso e non certo lineare quadro normativo di pertinenza e sulla sua progressiva formazione, onde focalizzare ciò che le Sezioni unite sono state chiamate a decidere, ossia nell'accertare se la efficacia delle norme che prevedono la possibilità di procedere alla notificazione degli atti in via telematica a persona diversa dall'imputato (nel caso in esame, al difensore) sia stata differita per tutti gli uffici giudiziari (e dunque anche per il Tribunale e la Procura di Torino) alla scadenza del nuovo termine indicato (15 dicembre 2014), ovvero se i predetti uffici piemontesi (per i quali il D.M. attuativo era già stato emesso prima della entrata in vigore del d.l. n. 179 del 2012, e dunque – necessariamente – prima del 15 dicembre 2014) si sottraggano a tale previsione, con la conseguenza che devono ritenersi legittime le notifiche effettuate tramite P.E.C., a far tempo dal termine individuato dal primo D.M. (dunque: dal giorno 1 ottobre 2012) a tutt'oggi.

In altri termini, i Giudici Ermellini sono chiamati a pronunciarsi sulla validità delle notificazioni effettuate dai predetti uffici torinesi in forza del "vecchio" decreto ministeriale (in data 12 settembre 2012), anche dopo la emanazione del "nuovo" e prima del 15 dicembre 2014.

Un primo orientamento che fa capo alla Sezione Seconda penale della Suprema Corte con la sentenza n. 32430 del 09/07/2014, ha affermato che le disposizioni relative alle notificazioni per via telematica a persona diversa dall'imputato (e dunque anche al difensore dello stesso), previste dal d.l. 28 ottobre 2012, n. 179, (e successiva conversione), entrano in vigore (scil. per tutti gli uffici giudiziari e dunque anche per quelli torinesi) il 15 dicembre 2014, previa adozione da parte del Ministro della Giustizia del decreto attestante la idoneità funzionale dei servizi di comunicazione dei singoli uffici giudiziari.

Coerentemente con tale premessa, la Sezione Seconda ha giudicato invalide le notificazioni effettuate per via telematica dal Tribunale di Torino, benché per tale Ufficio l'idoneità funzionale dei servizi di comunicazione fosse già stata attestata – prima della entrata in vigore del d.l. n. 179 del 2012 – con decreto in data 12 settembre 2012 del Ministro della Giustizia, emesso ai sensi del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, art. 51, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133.

Il secondo orientamento espresso dalla sentenza della Sezione Sesta del 12 dicembre 2014 n. 37626, per parte sua, ha sostenuto che il d.l. n. 179 del 2012, art. 16, comma 9, lett. C-*bis*, (come modificato), che ha introdotto il termine del 15 dicembre 2014, non riguarda gli Uffici torinesi, ma solo quelli per i quali non sia ancora stato emesso il decreto ministeriale attestante la idoneità funzionale degli impianti di comunicazione telematica (se esistenti).

Dunque, secondo questa lettura, per il Tribunale e la Procura di Torino, le norme sulla notificazione degli atti per via telematica sono divenute efficaci ben prima del 14 dicembre 2014 (vale a dire dal giorno 1 ottobre 2012).

Peraltro, ha sostenuto la Sesta Sezione, per quel che riguarda gli avvisi ai soli difensori, già di per sé il dettato dell'art. 148 c.p.p., comma 2-*bis*, (introdotto dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438, di conversione del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374), consentendo la notificazione

"con mezzi tecnici idonei", non può non ricomprendere anche l'ipotesi della trasmissione telematica (se certificabile) di detti avvisi.

A fonte dei due orientamenti il Supremo Consesso, dopo aver chiarito la natura e la efficacia dei decreti ministeriali non regolamentari, con i quali la competente autorità amministrativa accerta e certifica la idoneità degli impianti esistenti in determinati uffici giudiziari ad essere validamente utilizzati per eseguire notificazioni e comunicazioni a mezzo P.E.C., riassume i principi enucleati con mirabile sintesi nei termini seguenti:

a) le notifiche al difensore ben possono essere effettuate con (qualsiasi) strumento idoneo sin dalla data di entrata in vigore della l. n. 438 del 2001, (che ha introdotto l'art. 148, comma 2-*bis*, del codice di rito);

b) tale strumento idoneo, limitatamente al Tribunale e alla Procura di Torino è costituito anche dalla P.E.C., a far tempo dal giorno 1 ottobre 2012, in forza del decreto ministeriale 12 settembre 2012;

c) a far tempo dalla medesima data e sempre con riferimento ai due sopra indicati Uffici giudiziari piemontesi, le notifiche possono essere effettuate tramite P.E.C., oltre che ai difensori, a tutti gli altri soggetti diversi dall'imputato/indagato.

Conseguentemente, le Sezioni unite enucleano il seguente principio di diritto secondo il quale: «*Anche dopo l'entrata in vigore del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, e relativa conversione in legge, sono valide le notificazioni a persona diversa dall'imputato o indagato eseguite per via telematica, ai sensi del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, e relativa conversione in legge, dagli Uffici giudiziari già autorizzati dal decreto 1 ottobre 2012 del Ministro della Giustizia*».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali, sentenza 10 giugno 2015 (ud. 23 marzo 2015), n. 24630

L'omesso avviso al difensore di fiducia dell'udienza camerale integra una nullità assoluta

L'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato integra una nullità assoluta ai sensi dell'art.178 c.p.p. comma 1, lett. c), e art. 179, comma 1.

* * *

Il quesito sottoposto all'esame delle Sezioni unite può essere riassunto nei seguenti termini: «Se l'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato integri una nullità assoluta o, invece, una nullità generale a regime intermedio, che può essere sanata ai sensi dell'art. 182 c.p.p., commi 2 e 3, per effetto dell'acquiescenza del difensore d'ufficio e della decadenza della parte dal diritto di far valere l'invalidità».

Un **primo orientamento** ritiene che possa parlarsi di assenza della difesa tecnica non solo nei casi in cui all'udienza non partecipi alcun difensore (sia esso di fiducia o di ufficio), ma anche qualora il difensore, non presente in quanto non avvisato, venga sostituito dal difensore d'ufficio.

Non esiste, infatti, equipollenza tra il difensore di fiducia e quello d'ufficio, non potendosi privare la persona interessata del diritto di scegliere un avvocato di sua fiducia e di preparare tempestivamente la sua difesa. Pertanto la nullità assoluta derivante dal mancato avviso dell'udienza al difensore di fiducia, ai sensi del combinato disposto dell'art. 179 c.p.p., comma 1, e art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), non può essere sanata dall'intervento del difensore d'ufficio (tra le più recenti, sez. 3, n. 6240 del 14 gennaio 2009, Plaka, Rv. 242530; Sez. 1, n. 43095 del 11 novembre 11, Mastrone, Rv. 250997; Sez. 3, n. 46714 del 11 ottobre 2012, Ermonsele, Rv. 253873; Sez. 4, n. 7968 del 06 dicembre 2013, dep. 2014, Di Mattia, Rv. 258615, Sez. 1, n. 20449 del 16 maggio 2014, Zambon, Rv. 259614; Sez. 1, n. 6392 del 05 novembre 2014, dep. 2015, Di Palma, n.m.).

Un **secondo indirizzo**, valorizzando il tenore letterale dell'art. 179 c.p.p., e, in particolare, l'espressione "assenza del suo difensore" ivi contenuta, argomenta che la disposizione in esame fa riferimento indistinto e promiscuo tanto al difensore d'ufficio che a quello di fiducia e che, in tale ottica, l'assenza rilevante è quella del professionista che assicura la difesa tecnica, a prescindere dalla specifica qualità che egli riveste, atteso che, nel disegno del codice, le due figure sono equiparate e riconducibili ad una figura unitaria. Si osserva, inoltre, che il difensore di fiducia e quello d'ufficio hanno gli stessi diritti e doveri e che ambedue devono tutelare l'intera situazione processuale e sostanziale dell'assistito nel superiore interesse del ministero difensivo. Anche il difensore d'ufficio ha l'obbligo di assolvere con diligenza minima i suoi doveri istituzionali ed è, pertanto, tenuto a verificare l'omessa citazione del difensore di fiducia (Sez. 2, n. 36 del 23 novembre 2004, dep. 2005, Medile, Rv. 230225; Sez. 2, n. 34617 del 14 lugli 2009, Pellegrino, Rv. 245242). Ad integrazione dei suddetti argomenti si richiama, altresì, il ragionamento di altre pronunzie, secondo le quali in relazione all'inosservanza delle disposizioni concernenti l'avviso al difensore di fiducia dell'imputato e la sua partecipazione all'udienza manca una specifica previsione sanzionatrice (Sez. 5, n. 2317 del 18 febbraio 1997, Santoro, Rv. 207011). Ne consegue che, se pacificamente l'invalidità in parola è riconducibile nel novero di quelle contemplate dall'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), in quanto ricorre l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'assistenza dell'imputato, il principio di tassatività, stabilito dall'art. 177 c.p.p., comma 1, osta alla ulteriore qualificazione della suddetta nullità generale come assoluta.

Così brevemente riassunto il conflitto, i Giudici Ermellini hanno aderito al primo dei due orientamenti, sulla scorta delle seguenti ragioni esegetiche di seguito brevemente riassunte.

Evidenziano i Giudici delle Sezioni unite, che alla distinzione delle tipologie di nullità dell'atto processuale incentrata sulla tecnica di previsione normativa della sanzione, si accompagna una diversità dei rispettivi regimi di trattamento che, delineando i diversi livelli di incidenza del vizio dell'atto sul procedimento in corso, esprime la rilevanza dell'interesse che la comminatoria di nullità tende a salvaguardare.

Da ciò consegue, quindi, un preciso nesso tra scelte legislative in tema di sanzioni derivanti dall'inosservanza dei precetti che regolano le modalità di esercizio delle prerogative processuali e principi costituenti il cardine dell'ordinamento processuale.

Il codice di rito prevede una tripartizione delle nullità in assolute, a regime intermedio, relative, in base ad un ordine decrescente di gravità del vizio che si riflette sulla possibilità di sanatoria e sui limiti temporali di incidenza sul procedimento in corso. Per ciascuna ipotesi di nullità legislativamente prevista si pone, quindi, il problema della sussumibilità in una delle tre categorie al fine di stabilire il relativo trattamento.

Gli artt. 178, 179, 180 e 181 c.p.p., delineano – secondo il ragionamento del Supremo Consesso – un percorso interpretativo basato su passaggi logici consequenziali.

Laddove, la disposizione violata manchi di un esplicito riferimento al regime della nullità derivante dalla sua trasgressione, la sua riconducibilità all'ambito regolato dagli artt. 178 e 179 c.p.p., circoscrive il campo d'indagine alle nullità di tipo assoluto o intermedio. Qualora, invece, la norma non contempli una nullità di tipo assoluto come conseguenza della sua inosservanza e la stessa non sia inquadrabile nell'ambito degli artt. 178 e 179 c.p.p., la sanzione comminata dalla legge deve intendersi assoggettata al regime regolato, per le nullità relative, dall'art. 181 c.p.p.

I tratti distintivi delle nullità assolute sono costituiti dalla insanabilità del vizio e dalla sua rilevabilità in ogni stato e grado del procedimento. Con riguardo al primo aspetto, la difformità tra modello astratto di riferimento ed atto compiuto è così radicale da precludere l'operatività di una delle sanatorie generali o speciali previste dagli artt. 183 e 184 c.p.p.. In relazione al secondo profilo, l'insanabilità del vizio trova il suo limite preclusivo nel perfezionarsi del giudicato, pur se con alcuni temperamenti (art. 627, comma 4, che preclude, nel giudizio di rinvio, la rilevabilità delle nullità intervenute nelle precedenti fasi procedimentali; art. 129 c.p.p., che, in presenza di una causa estintiva del reato e di una nullità processuale, impone al giudice procedente di attribuire prevalenza alla prima, salvo che la sua operatività non presupponga specifici accertamenti e valutazioni riservate al giudice di merito).

Le ipotesi di nullità prefigurate nell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), cui l'art. 179 c.p.p., ascrive il carattere di assolutezza, riguardano l'omessa citazione dell'imputato o l'assenza del suo difensore nei casi in cui ne è obbligatoria la presenza.

A quest'ultimo proposito – osservano i Giudici Ermellini – che la corretta perimetrazione della previsione normativa, comporta la ricognizione delle ipotesi in cui il codice di rito richiede che il compimento di determinate attività di rilievo processuale avvengano in forma assistita o partecipata.

Devono, infatti, escludersi dall'ambito di operatività della previsione legislativa i casi in cui la legge, pur connotando di obbligatorietà l'avviso al difensore, rimette alla discrezionalità di quest'ultimo la scelta di essere presente o meno.

Sul punto, ribadisce il Supremo Consesso, da un punto di vista letterale e logico-sistematico, il concetto di "assenza", che ricorre nell'art. 179 c.p.p., comma 1, si riferisce alla situazione dell'avvocato che dovrebbe essere presente e non lo è e, quindi, del difensore già nominato la cui mancata partecipazione è ascrivibile all'omissione dell'avviso a lui dovuto.

L'altro dato testuale ("suo difensore"), presente nella medesime disposizione di legge, evoca la preesistenza di un rapporto finalizzato ad assicurare la difesa tecnica all'interessato – a prescindere dalla circostanza che si tratti di una nomina fiduciaria o di una designazione officiosa – che funge da parametro di riferimento per verificare la legittimità del pregresso iter procedimentale.

Pertanto la nullità assoluta prevista dall'art. 179 c.p.p., comma 1, non concerne soltanto l'assoluta mancanza di difesa tecnica, ma si riferisce anche alla partecipazione all'espletamento dell'atto di un difensore diverso da quello di fiducia o d'ufficio, che sia rimasto assente per non essere stato avvisato nei modi stabiliti dalla legge.

Sulla scorta delle richiamate precisazioni, i Giudici Supremi qualificano non pertinenti le considerazioni svolte sul punto nell'ordinanza di rimessione.

Come in precedenza ricordato, lo stesso art. 97 c.p.p., comma 4, in coerenza con il principio di immutabilità della difesa, limita la possibilità di designare come sostituto un difensore immediatamente reperibile ai soli casi in cui il legale dell'imputato non sia stato reperito, non sia comparso, abbia abbandonato la difesa o a fattispecie che presuppongono un avviso regolarmente dato. Pertanto, in presenza di una pregressa e tempestiva nomina fiduciaria, che non sia stata erroneamente tenuta presente dal giudice ai fini del prescritto avviso di fissazione dell'udienza, non è consentito ovviare alla mancata inderogabile presenza dell'avvocato, causata dall'omissione di tale adempimento obbligatorio, mediante la nomina di un difensore d'ufficio e, in caso di assenza di quest'ultimo, di un avvocato immediatamente reperibile ai sensi dell'art. 97 c.p.p., comma 4.

Una diversa prospettazione ermeneutica non soltanto violerebbe il combinato disposto dell'art. 96 c.p.p., e art. 97 c.p.p., comma 4, ma consentirebbe all'autorità giudiziaria di sostituirsi all'imputato, in palese violazione dei principi fondamentali in tema di diritto di difesa, nella scelta di un avvocato compiuta dall'imputato (Sez. 6, n. 18725 del 03 maggio 2001, Desiderato, Rv. 219502; Sez. 3, n. 26076 del 13 marzo 2007, Shehu, Rv. 237201; Sez. 1, n. 24091 del 26 maggio 2009, Spano, Rv. 244031; Sez. 1, n. 40817 del 14 ottobre 2010, Devcic, Rv.248465).

Non si può, d'altra parte, ritenere che, ai fini del rispetto del dettato normativo, sia comunque sufficiente la presenza di un qualsiasi legale, anche a prescindere dalle specifiche opzioni dell'interessato, e che esista piena equipollenza tra il difensore di fiducia e quello d'ufficio.

Questa tesi confligge con i consolidati principi espressi dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di notificazioni (art. 157 c.p.p., comma 8-*bis*, così come modificato dal d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, art. 2, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 aprile 2005, n. 60) e di restituzione nel termine per impugnare una sentenza contumaciale (art. 175 c.p.p., comma 2, nella versione antecedente alle modifiche introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, art. 11).

Si è, infatti, affermato che l'introduzione dell'art. 157 c.p.p., comma 8-*bis*, ha comportato che, ai fini della conoscenza effettiva dell'atto, la sola notificazione al difensore di fiducia è del tutto equiparabile alla notifica effettuata all'imputato personalmente e che la suddetta modifica normativa valorizza ulteriormente il ruolo del difensore di fiducia, differenziandolo da quello del difensore d'ufficio, e rafforza gli obblighi, su di lui già gravanti in base alla normativa pregressa e al codice deontologico, di portare effettivamente a conoscenza dell'assistito tutti gli atti processuali che lo riguardano, pur se non domiciliatario. La citata equiparazione, lungi dal ridursi ad una mera *fictio iuris*, è ampiamente giustificata dalla natura e dalla sostanza del rapporto professionale, che intercorre tra l'avvocato difensore nominato di fiducia e l'imputato, il quale proprio nel momento in cui da il mandato al professionista con riguardo ad uno specifico procedimento, dimostra (o conferma) di essere effettivamente a conoscenza dello stesso. Anche successivamente alla nomina, il perdurante rapporto professionale intercorrente tra l'imputato e il suo difensore di fiducia consente al primo di mantenersi informato sugli sviluppi del procedimento e di concordare con il legale le scelte difensive ritenute più idonee (sez. un, n. 41280 del 18 dicembre 2006, Clemenzi, Rv. 234905; e, tra le altre, Sez. 1, n. 8232 del 07 febbraio 2006, Zine, Rv. 233417; Sez. 1, n. 16002 del 10 maggio 2006, Latovic, Rv. 233615; Sez. 1. n. 32678 del 12 luglio 2006, Somogyi, Rv. 235035-36). Si è, in tal modo, riconosciuto al rapporto professionale "fiduciario", nel senso più rigoroso del termine un rilievo specifico con riguardo all'esigenza di conoscenza effettiva del processo.

Parallelamente si è progressivamente delineata l'intrinseca debolezza delle "presunzioni di conoscenza" sottese alle notificazioni eseguite, ai sensi dell'art. 161 c.p.p., comma 4, artt. 169 e 165 c.p.p., al difensore d'ufficio dell'imputato processato in contumacia, in quanto irreperibile o latitante, con la conseguenza che tali notificazioni non sono di per sé, idonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento da parte dell'imputato, salvo che dagli atti non emerga in altro modo la conoscenza o che non si dimostri che il difensore d'ufficio è riuscito a stabilire un effettivo rapporto professionale con il suo assistito (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 3746 del 16 gennaio 2009, Del Duca, Rv. 242535; Sez. 5, n. 24707 del 31 marzo 2010, Gallo, Rv. 248472; Sez. 6, n. 19781 del 05 aprile 2013, Rv. 256229; Sez. 4, n. 8104 del 15 novembre 2013, dep. 2014, Djordjevic, Rv. 259350).

I Giudici ritengono neppure calzante l'osservazione, presente nell'ordinanza di rimessione, secondo cui il difensore d'ufficio, al pari di quello di fiducia, ha il dovere di preparare adeguatamente la difesa e che, comunque, la legge riconosce al difensore d'ufficio il "diritto ad un termine congruo" per l'adempimento del suo ministero (art. 108 c.p.p., comma 1).

Un'efficace ed effettiva assistenza tecnica, intesa come il complesso di diritti, di poteri e di facoltà che le singole norme processuali attribuiscono al soggetto preposto alla difesa, presuppongono lo studio e la conoscenza degli atti del procedimento in cui deve esplicarsi l'attività professionale dell'avvocato e un'attività preparatoria della difesa stessa. Queste condizioni non ricorrono qualora, pur in presenza di una nomina fiduciaria ritualmente e tempestivamente effettuata dall'interessato, il giudice, trascurando questo imprescindibile dato processuale, proceda irritualmente alla designazione di un avvocato d'ufficio e, a seguito della sua mancata comparizione all'udienza che richiede la partecipazione obbligatoria del difensore, incarichi irritualmente come sostituto, *ex* art. 97 c.p.p., comma 4, un difensore "prontamente reperito".

In tale caso viene ad essere leso il diritto dell'imputato di scegliere le modalità della propria difesa riconosciuto anche dall'art. 6, comma 3, lett. c), della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che sancisce espressamente il diritto dell'imputato ad avere un "difensore di sua scelta" *(tout accuse a droit notamment a:... c) se dèfendre lui-meme ou avoir l'assistance d'un dèfenseur de son choix).*

A tal fine, il Supremo Consesso ricorda una decisione della Corte Costituzionale con la quale si è inoltre, costantemente ribadito l'inapplicabilità della previsione contenuta nell'art. 108 c.p.p., nel caso di sostituzione temporanea dell'incarico, tenuto conto della sua connotazione temporanea e della persisten-

za della titolarità in capo al difensore, originariamente nominato di fiducia o designato d'ufficio (sentenze n. 450 del 1997, n. 162 del 1998, n. 17 del 2006).

Tale approdo ermeneutico – ad avviso della decisione in esame – deve essere, a sua volta, letto alla luce dei principi enunciati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo la quale ha affermato che il diritto ad una difesa d'ufficio effettiva può ritenersi soddisfatto solo qualora al difensore sia concesso un termine congruo, tale, cioè, da consentirgli di approntare una difesa adeguata e che, diversamente, si configura una violazione del diritto di difesa tutte le volte in cui l'autorità giudiziaria non abbia disposto, dopo la nomina del difensore in udienza, un rinvio o una sospensione (Corte EDU, 09 aprile 1984, Goddi c. Italia; 21 aprile 1998, Daud c. Portogallo).

In tale contesto, la riaffermazione del valore assoluto e imprescindibile del diritto all'assistenza tecnica, che non si riduca all'adempimento di una mera formalità, rappresenta uno strumento per inverare i principi del giusto processo e, in particolare, per rendere effettivo il contraddittorio e garantire la parità fra le parti anche nella prospettiva della tutela dell'interesse della collettività al corretto svolgimento del processo.

Conclusivamente, le Sezioni unite, dimostrano come non appaiono evocabili, al fine di suffragare un diverso tipo di interpretazione, altri tre tipi di argomenti.

Il primo espresso dalla precedente decisione delle Sezioni unite (sez. un., n. 2 del 26 marzo 1997, Procopio, Rv. 208269) che ha affermato, solo come *obiter dictum* ed in maniera meramente assertiva il principio di diritto secondo il quale *"il mancato avviso al difensore di fiducia nominato tempestivamente... produce la nullità generale a regime intermedio di cui all'art. 178 c.p.p., lett. c)"* nell'ambito di una pronunzia concernente l'interrogatorio di garanzia e la questione dell'efficacia della nomina di un difensore di fiducia effettuata ai sensi dell'art. 123 c.p.p.

Esso, pertanto, non può essere assunto come paradigma interpretativo dell'art. 179 c.p.p., e art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), sia per tale ragione di metodo sia perché, in ogni caso, non condivisibile alla luce delle considerazioni sin qui svolte.

Il secondo derivante dal principio di tassatività delle nullità che, se implica il divieto di applicazione analogica e di interpretazione estensiva, precludendo all'interprete la possibilità di individuare ulteriori ipotesi di nullità al di fuori di quelle derivanti di quadro normativo, è altrettanto indiscutibile che tale principio va inteso secondo una logica bidirezionale, nel senso che lo stesso, oltre a vietare al giudice declaratorie di nullità non espressamente derivanti dalla legge, preclude anche la disapplicazione della sanzione, laddove prevista dal legislatore.

Il terzo, relativo, alla ragionevolezza dei tempi del processo, questo principio costituzionale non può costituire un parametro assoluto per giustificare, in nome dell'efficienza, la compressione di alcune garanzie fondamentali dell'imputato. Esso deve essere, infatti, contemperato con le esigenze di tutela di altri diritti e interessi costituzionalmente rilevanti nel processo penale quale, appunto, il diritto di difesa. In prospettiva sovranazionale, i diritti garantiti da norme costituzionali, quali il diritto di difesa e quello al contraddittorio, "risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 della Corte Europea dei diritti dell'uomo e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo" e tale "incremento di tutela" esplicita e arricchisce il contenuto dei diritti garantiti dalla Costituzione (Corte cost., sent. n. 399 del 2001).

17. Sulla base delle considerazioni sinora svolte è possibile concludere che, nel procedimento di sorveglianza, la mancata notifica al difensore di fiducia – del quale è necessaria la partecipazione e, perciò, obbligatoria la presenza – dell'avviso di udienza in camera di consiglio determina una nullità di ordine generale, assoluta e insanabile dell'udienza, nondimeno tenuta in presenza del difensore d'ufficio, e degli atti successivi, compresa l'ordinanza conclusiva, ai sensi dell'art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c), e art. 179 c.p.p., in quanto la nomina fiduciaria non può essere surrogata dalla designazione *ex officio* da parte del giudice di un altro avvocato, di cui è irrilevante l'assistenza effettiva.

Deve, conclusivamente, affermarsi il seguente principio di diritto: «*L'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato integra una nullità assoluta ai sensi dell'art.178 c.p.p. comma 1, lett. c), e art. 179, comma 1*».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali, sentenza del 09 luglio 2015 (ud. 26 febbraio 2015), n. 29316

Stupefacenti: effetti abroganti della dichiarazione di incostituzionalità della sentenza n. 32 del 2014

*A seguito della dichiarazione d'incostituzionalità del d.l. n. 272 del 2005, artt. 4-*bis *e 4-*vicies-ter*, come modificato dalla l. n. 49 del 2006, pronunciata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014, deve escludersi la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore di detta legge e fino all'entrata in vigore del d.l. n. 36 del 2014, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990, nel testo novellato dalla richiamata l. n. 49 del 2006.*

* * *

La questione devoluta alle Sezioni unite, prende spunto dagli effetti della sentenza costituzionale n. 32 del 2014 e può essere enunciata nei seguenti termini: « se, a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità

del d.l. n. 272 del 2005, artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter*, come modificato dalla l. n. 49 del 2006, pronunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014, debbano ritenersi penalmente rilevanti le condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore di detta legge e fino all'entrata in vigore del d.l. n. 36 del 2014, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990, nel testo novellato dalla richiamata l. n. 49 del 2006».

Con la richiamata sentenza n. 32 del 2014 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, artt. 4-*bis* e 4-*vicies-ter*, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49, art. 1, comma 1.

Il primo articolo aveva modificato l'art. 73 del T.U., unificando il trattamento sanzionatorio delle condotte illecite afferenti alle diverse tipologie di sostanze stupefacenti.

Il secondo articolo aveva coerentemente modificato gli artt. 13 e 14 del medesimo atto normativo, collocando nella prima tabella tutte le sostanze stupefacenti o psicotrope e nella seconda tabella, ripartita in cinque sezioni, i medicinali contenenti tali sostanze. Le nuove tabelle sono state allegate all'atto normativo.

In estrema sintesi, la Corte ha ritenuto che le norme impugnate, introdotte in sede di conversione del decreto-legge, difettino manifestamente di connessione logico-funzionale con le originarie disposizioni del decreto-legge, e debbano per tale assorbente ragione ritenersi adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione ai sensi dell'art. 77 Cost., comma 2.

La stessa sentenza ha esplicitato che la caducazione della indicata normativa determina la reviviscenza con effetto *ex tunc* della disciplina contenuta nella originaria versione del T.U. mai validamente abrogata, basata, come è noto, sulla distinzione tra droghe "leggere" e "pesanti".

La pronunzia ha evocato i conseguenti problemi di diritto intertemporale afferenti alla necessità di applicare il trattamento sanzionatorio più favorevole, in aderenza ai principi in materia di successione di leggi penali nel tempo espressi dell'art. 2 c.p.

La Corte ha pure chiarito che rientra nei compiti del giudice comune individuare quali norme, successive a quelle impugnate, non siano più applicabili perché divenute prive del loro oggetto, in quanto rinviano a disposizioni caducate; e quali, invece, debbano continuare ad aver applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli articoli dichiarati incostituzionali.

La disciplina del 2014, precisano i Giudici Ermellini, è esplicitamente dettata dal proposito di far fronte alle criticità dovute al venir meno dalle innovazioni recate dalla legislazione del 2006 ed afferenti, tra l'altro, ai numerosi provvedimenti amministrativi adottati in applicazione delle disposizioni caducate, relativi anche all'inserimento di nuove sostanze, come il nandrolone, nelle tabelle già più volte evocate.

La nuova normativa ha inteso ridare coerenza alla disciplina, riordinando anche il sistema tabellare, in sintonia con l'impianto sanzionatorio risultante dalla sentenza costituzionale.

La novella, per quel che maggiormente interessa la decisione delle Sezioni unite, ha inserito nelle nuove evocate tabelle anche le sostanze collocate nel novero dei principi illeciti per effetto di decreti adottati nel vigore della caducata disciplina del 2006. Tale inserimento trova giustificazione, come emerge dagli atti che hanno accompagnato l'introduzione della normazione, nella constatazione che la sentenza n. 32, ha travolto anche i provvedimenti amministrativi adottati in applicazione della disciplina incostituzionale, che hanno aggiornato le tabelle introducendovi nuove sostanze come il nandrolone.

È pure da segnalare che la legge di conversione ha aggiunto l'art. 2, comma 1 bis, del decreto-legge, enunciando che nei decreti applicativi del T.U. sugli stupefacenti adottati dalla data di entrata in vigore della l. n. 49 del 2006, fino alla data di pubblicazione della sentenza costituzionale n. 32, ogni richiamo alla tabella II è da intendersi riferito alla tabella dei medicinali allegata al d.l. n. 36 del 2014.

Poste tali premesse, prosegue nel ragionamento la sentenza delle Sezioni unite, la prima questione problematica da esaminare è se la più volte evocata caducazione della disciplina del 2006 abbia pure travolto i provvedimenti amministrativi che, nel vigore di tale normativa, hanno introdotto nelle tabelle nuove sostanze.

Anche se tale effetto è stato escluso alla luce di una visione per così dire sostanzialistica del problema, i Giudici Supremi, ritengono di non poter condividere questa opinione in quanto si pone in contrasto con principi fortemente consolidati.

Nell'attuale ordinamento penale vige, infatti, una nozione legale di stupefacente: sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti.

In tal senso si sono espresse le Sezioni unite (sent. n. 9973 del 24 giugno 2011, Kremi, Rv. 211073) e la costante giurisprudenza successiva.

Si è pure affermato – si precisa in sentenza – che "la definizione legislativa di sostanza stupefacente configura una qualificazione proveniente da fonte sub-primaria integratrice del disposto penale; per cui, a tale fonte integrativa vanno applicati i principi di cui all'art. 2 c.p., ed in specie quello di non retroattività della legge penale sostanziale. Ne discende che l'utilizzazione di una sostanza contenente principi stupefacenti, ma non inserita nella tabella, non costituisce reato prima del suo formale inserimento nel catalogo" (Sez. 4, n. 27771 del 14 aprile 2011, Cardoni, Rv. 250693).

Le Sezioni unite, constatata l'ablazione della normativa concernente il nandrolone si pongono il quesito se l'illecito afferente a tale sostanza sia stato nuovamente introdotto dalla disciplina del 2014; e, in caso affermativo, se tale nuova normazione possa applicarsi retroattivamente al caso in esame.

Giova a tale proposito rammentare nuovamente che l'illecito ritenuto afferisce a medicinale collocato, con il già indicato decreto ministeriale del 2010, nella tabella II dei medicinali, allegata al T.U. come novellato nel 2006.

Il primo interrogativo, contrariamente a quanto potrebbe a tutta prima ritenersi, si legge in sentenza - non è per nulla di agevole soluzione.

Occorre partire dalla considerazione che, come si è già accennato, la normativa del 2006, modificando gli artt. 13 e 14 del T.U. aveva previsto e creato due tabelle: una relativa alle sostanze stupefacenti o psicotrope; l'altra afferente ai medicinali ed alle composizioni medicinali, ripartita in cinque sezioni.

In parallelo con tale innovazione, gli illeciti afferenti ai medicinali erano stati oggetto di una distinta disciplina sanzionatoria, prevista dall'art. 73, comma 1-*bis*, lett. 6), e comma 4, introdotti con la l. del 2006, art. 4-*bis*.

La caducazione della normativa che aveva introdotto tali innovazioni ha prodotto, naturalmente, il venir meno dei detti commi.

Occorre allora comprendere – si legge sempre in sentenza – se la novella del 2014 abbia introdotto una nuova disciplina penale dei medicinali.

Come si è già accennato, essa ha creato cinque tabelle. L'ultima è per l'appunto dedicata ai medicinali ed è divisa in cinque sezioni.

Tale distinta tabella è chiaramente espressione della volontà di creare, al riguardo, continuità con la previgente disciplina che, come si è detto, aveva dedicato ai medicinali un'autonoma tabella. Tale volontà è del resto documentata dalla già evocata norma introdotta dalla legge di conversione del decreto-legge, che all'art. 2, ha aggiunto il comma 1-*bis*.

Il nandrolone compare sia nella tabella I sia nella sezione A della V, afferente appunto ai medicinali, che qui interessa. Si tratta, allora, di comprendere se e quale disciplina penale della novella riguardi i detti medicinali.

La disamina della nuova normazione suscita al riguardo interrogativi rilevanti.

Il testo dell'art. 73, quale risulta dall'intricato susseguirsi di modifiche, non reca più la disciplina sanzionatoria in precedenza enunciata negli indicati commi 1-*bis* e 4. La nuova normazione, derivante dalle modifiche introdotte nel 2014, fa riferimento solo alle sostanze di cui alle prime quattro tabelle; e non reca più alcuna menzione dei medicinali di cui alla quinta tabella. Una prima, testuale lettura del dettato normativo conduce, dunque, alla conclusione che la disciplina penale si disinteressa dell'ambito di cui si discute. Si tratta di esito che suscita interrogativi di non poco conto, se solo si considera che nella tabella V si rivengono, per esemplificare, sostanze come codeina, norcodeina, etilmorfina, metadone.

Non meno problematica – per i Giudici delle Sezioni unite – appare la lettura dell'art. 75 del T.U., riscritto dalla novella del 2014, che disciplina gli illeciti amministrativi.

Il comma 1, in simmetria con l'art. 73, riguarda le condotte illecite finalizzate all'uso personale relative alle sostanze stupefacenti e psicotrope di cui alle tabelle I, II, III e IV. Tuttavia il successivo comma I-*bis* indica le circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della "sostanza stupefacente o psicotropa o del medicinale di cui al comma 1". Tra l'altro si tiene conto della circostanza che "i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella dei medicinali, sezioni A, B, C e D, non eccedano il quantitativo prescritto".

La norma sembra voler alludere a situazioni nelle quali il medicinale, prescritto per l'uso terapeutico che gli è proprio, venga destinato ad uso personale non terapeutico. La disciplina è però testualmente incoerente. Infatti si fa riferimento ai medicinali di cui al comma 1, che, però, in tale comma non sono affatto menzionati.

Riconoscono i Giudici del Supremo Consesso che tentare di comprendere il senso della nuova normazione è impresa difficile.

Si tenta il limite della vocazione all'interpretazione delle Sezioni unite.

L'intricato sovrapporsi di norme, di cui non si è conseguito il completo coordinamento, determina una situazione lontana dall'ideale di chiarezza del precetto penale e del suo corredo sanzionatorio, attorno al quale si intrecciano i principi fondanti dell'ordinamento penale su base costituzionale e convenzionale: legalità, determinatezza, tassatività, prevedibilità, accessibilità, colpevolezza. In tale situazione occorre addentrarsi nei testi normativi per cercare di cogliervi un'univoca indicazione di senso.

Nella versione originale dell'art. 13, del T.U. è enunciato che le tabelle delle sostanze stupefacenti o psicotrope "devono contenere l'elenco di tutte le sostanze e dei preparati" indicati nelle convenzioni e negli accordi internazionali.

Nel successivo art. 14 viene chiarito che nelle tabelle devono essere compresi "tutti gli isomeri, gli esteri, gli eteri ed i sali anche relativi agli isomeri, esteri ed eteri, nonché gli stereoisomeri nei casi in cui possono essere prodotti, relativi alle sostanze ed ai preparati inclusi nelle tabelle, salvo sia fatta espressa eccezione".

Le medesime formule compaiono nei testi dei detti articoli riscritti dalla novella del 2006.

Invece, nella normativa del 2014 la disciplina muta.

Nell'art. 14, comma 1, con riferimento al contenuto delle tabelle I, II, III e IV, compare, tra l'altro, la inedita dizione "le preparazioni contenenti le sostanze di cui alla presente lettera in conformità alle modalità indicate nella tabella dei medicinali di cui alla lett. e)".

Nell'art. 14, comma 2, si enuncia che nelle tabelle di cui al comma 1, sono compresi "tutti gli isomeri, gli esteri, gli eteri ed i sali anche relativi agli isomeri, esteri ed eteri, nonché gli stereoisomeri nei casi in cui possono essere prodotti, relativi alle sostanze incluse nelle tabelle I, II, III e IV e ai medicinali inclusi nelle tabelle dei medicinali, salvo sia fatta espressa menzione".

Anche negli artt. 42, 46 e 47 del T.U. modificati dalla normativa del 2014 il termine "preparazioni" è sostituito dal termine "medicinali".

Di certo neppure la valorizzazione di tali novità induce elementi di giudizio immediatamente risolutivi ai fini dell'interpretazione della disciplina penale.

Infatti l'espressione "in conformità alle modalità indicate nella tabella dei medicinali" – si sottolinea in sentenza – non è di limpida chiarezza per il comune lettore. Tuttavia alcune indicazioni si possono trarre. Il legislatore ha abbandonato il classico riferimento alle preparazioni, interessandosi alla regolamentazione delle sostanze e dei medicinali. Le preparazioni rilevano solo in quanto contengano le sostanze indicate nelle tabelle I, II, III e IV, con le modalità descritte nella tabella dei medicinali. Dunque, si fa in fin dei conti riferimento a preparazioni ed a medicinali che sono oggetto della disciplina penale in quanto contengano sostanze riportate nelle indicate quattro tabelle: sono le tabelle delle sostanze psicotrope e stupefacenti alle quali si riferisce la disciplina sanzionatoria di cui ai richiamati artt. 73 e 75.

In breve, e conclusivamente, i medicinali rientrano nell'area penale in quanto contengano principi di cui alla ridette tradizionali tabelle.

Tale soluzione interpretativa è l'unica che consente di superare la vaghezza ed indeterminatezza della disciplina legale, ancorando saldamente la repressione penale alla presenza di principi attivi inseriti nelle tabelle oggetto della normativa sanzionatoria di cui all'art. 73.

Il nandrolone compare sia nella tabella I che in quella dei medicinali, con la conseguenza che nella sua formulazione medicinale è oggetto della disciplina penale di cui all'art. 73 relativa alle sostanze elencate nella detta tabella I. 6. Resta infine da chiarire se la nuova incriminazione possa applicarsi retroattivamente.

Una tesi dottrinale, ampiamente evocata dall'ordinanza di rimessione, ammette tale possibilità. Essa, in sintesi, reputa che la novella del 2014 sia ispirata dal proposito di evitare una frattura tra il prima ed il dopo la sentenza n. 32. Gli atti che "riprendono" a produrre effetti sono i provvedimenti amministrativi travolti dalla sentenza costituzionale. Tale "ripresa" non può che essere orientata alla permanenza della pregressa efficacia degli atti amministrativi.

Si tratta di una disposizione transitoria volta a derogare ai principi di diritto intertemporale e segnatamente alla retroattività della norma penale più favorevole.

Si ritiene, in particolare, che nel caso in esame la caducazione della norma non sia il frutto di abrogazione, cioè di un nuovo atto normativo che abbia determinato l'*abolitio criminis* per effetto di una nuova scelta politico-criminale; bensì discenda dalla l. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 3, che fa divieto di applicare la legge dichiarata incostituzionale rispetto a situazioni sostanziali o processuali preesistenti. Ciò determina una modificazione *in mitius* della disciplina penale; e la novella del 2014 costituisce una deroga all'operatività del principio di retroattività della *lex mitior* generata dalla sentenza costituzionale. Tale deroga, d'altra parte, è consentita quale frutto del ragionevole bilanciamento, compiuto dal legislatore, tra diversi principi e valori costituzionali.

Infatti, rammentano conclusivamente le Sezioni unite, il principio di retroattività in *mitius*, pur trovando base costituzionale e comunitaria, non è assoluto ed inderogabile.

Tale opinione, ad avviso dei medesimi Giudici, sebbene apprezzabilmente ispirata dal proposito di arginare gli effetti della frattura determinata dalla sentenza n. 32, non può essere condivisa.

Non vi è dubbio che il principio di retroattività della legge più favorevole possa essere derogato dal legislatore per effetto del razionale bilanciamento con altri principi e valori costituzionali.

Il fatto è, tuttavia, che nel caso in esame la pronunzia costituzionale non ha determinato la semplice reviviscenza di una *lex mitior*. Essa, al contrario, come si è già esposto, ha prodotto l'ablazione della fattispecie con riferimento alle sostanze inserite nelle tabelle nel vigore della disciplina del 2006. In relazione a tali fattispecie è venuto meno l'oggetto materiale del reato, cioè il suo nucleo essenziale. E' ben vero che tale escissione è frutto non di abrogazione normativa ma della pronunzia costituzionale, i cui effetti sono disciplinati dalla richiamata L. n. 87, e dall'art. 673 c.p.p. Tuttavia, ai fini che qui interessano, le due situazioni non differiscono, come è eloquentemente dimostrato dalla comune disciplina prevista dall'art. 673. Esse sono regolate dai medesimi principi di diritto intertemporale, del resto evocati dalla sentenza costituzionale.

D'altra parte, il principio della *lex mitior* si riferisce a situazioni nelle quali la disciplina penale, in epoca successiva a quella di commissione del fatto, abbia subito mere modifiche *in melius* di qualunque genere (Corte cost., sent. n. 236 del 2011). Al contrario, come si è ripetutamente esposto, per effetto della pronunzia costituzionale le fattispecie aventi ad oggetto il nandrolone e le altre sostanze introdotte nelle tabelle

nel vigore della disciplina del 2006, sono venute meno radicalmente.

Ne discende che la novella del 2014, che ha rinnovato l'inserimento di tali sostanze nelle tabelle di legge, ha creato nuove incriminazioni che, con tutta evidenza, non possono essere applicate retroattivamente, ostandovi l'art. 25 Cost., comma 2.

Così stando le cose, risultano prive di dirimente rilievo le discussioni sul significato e sulla portata della variazione lessicale da "continuano" a "riprendono", cui si è ripetutamente fatto cenno.

Il problema di cui si discute, concludono i Supremi Giudici – infatti, trova la sua soluzione nel principio costituzionale d'irretroattività della legge penale incriminatrice.

Sulla scorta del suddetto ragionamento, le Sezioni unite enunciano il seguente principio di diritto: «*A seguito della dichiarazione d'incostituzionalità del d.l. n. 272 del 2005, artt. 4*-bis *e 4*-vicies-ter*, come modificato dalla l. n. 49 del 2006, pronunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014, deve escludersi la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore di detta legge e fino all'entrata in vigore del d.l. n. 36 del 2014, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all'entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990, nel testo novellato dalla richiamata l. n. 49 del 2006* ».

Cosa giudicata – Divieto di un secondo giudizio ("ne bis in idem") – Precedente giudizio – Provvedimento conclusivo – Ordinanza – Configurabilità del divieto – Sussistenza – Condizioni – Fattispecie

Il divieto di un secondo giudizio previsto dall'art. 649 c.p.p., espressione del principio del "ne bis in idem", opera anche quando il precedente giudizio sul medesimo fatto si sia concluso non con sentenza bensì con ordinanza, purché questa abbia contenuto decisorio definitivo assimilabile a quello proprio della sentenza. (Nella fattispecie la S.C. ha ravvisato detto contenuto nell'ordinanza pronunciata dalla Corte di appello in tema di riparazione per ingiusta detenzione).

Cass., sez. 4, sentenza 27 gennaio 2015, n. 24222
(dep. 05 giugno 2015) Rv. 263719
Pres. Sirena, Rel. Izzo, Imp. Rinaldi, P.M. Pinelli (Conf.)
(Dichiara inammissibile, App. Mil. Roma,
08 luglio 2014)

Difesa e difensori – In genere – Omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia nominato tempestivamente – Nullità assoluta – Sussistenza – Notifica effettuata al difensore d'ufficio – Rilevanza – Esclusione – Ragioni

L'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia tempestivamente nominato dall'imputato o dal condannato, integra una nullità assoluta ai sensi degli artt. 178, comma primo lett. c) e 179, comma primo c.p.p., quando di esso è obbligatoria la presenza, a nulla rilevando che la notifica sia stata effettuata al difensore d'ufficio e che in udienza sia stato presente un sostituto nominato ex *art. 97, comma quarto, c.p.p. (In motivazione, la Suprema Corte ha, in particolare, evidenziato che ove, in presenza di una rituale e tempestiva nomina fiduciaria effettuata dall'interessato, il giudice proceda irritualmente alla designazione di un difensore d'ufficio, viene ad essere leso il diritto dell'imputato "ad avere un difensore di sua scelta", riconosciuto dall'art. 6, comma terzo lett. c), della Convenzione europea dei diritti dell'uomo).*

Cass., sez. un., sentenza 26 marzo 2015, n. 24630
(dep. 10 giugno 2015) Rv. 263598
Pres. Santacroce, Rel. Cassano, Imp. Maritan,
P.M. Salzano (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. sorv. Torino,
19 giugno 2013)

Difesa e difensori – Nomina – Nomina di difensore di fiducia successiva alla notifica dell'avviso dell'udienza – Ulteriore avviso al nuovo difensore – Necessità – Esclusione – Ragioni – Fattispecie

L'avviso di fissazione dell'udienza deve essere effettuato al difensore di fiducia dell'imputato che rivestiva tale qualità all'atto di fissazione dell'udienza e non anche all'avvocato che abbia acquistato successivamente tale veste, in quanto con l'emissione dell'avviso si cristallizza la situazione processuale relativa agli adempimenti di cancelleria.

Cass., sez. un., sentenza 26 marzo 2015, n. 24630
(dep. 10 giugno 2015) Rv. 263600
Pres. Santacroce, Rel. Cassano, Imp. Maritan,
P.M. Salzano (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. sorv. Torino,
19 giugno 2013)

Difesa e difensori – Sostituto del difensore – Nomina di un sostituto processuale da parte del giudice – Presupposti

La nomina, da parte del giudice, di un sostituto processuale del difensore di fiducia o del difensore d'ufficio, presuppone un regolare avviso ai titolari del diritto di difesa ed è consentita solo nelle ipotesi tassativamente elencate dall'art. 97, comma quarto, c.p.p.

Cass., sez. un., sentenza 26 marzo 2015, n. 24630
(dep. 10 giugno 2015) Rv. 263599
Pres. Santacroce, Rel. Cassano, Imp. Maritan,
P.M. Salzano (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. sorv. Torino,
19 giugno 2013)

Fonti del diritto – Leggi – Legge penale – Legge processuale – Principio di retroattività della "lex mitior" – Applicabilità alla disciplina processuale – Esclusione – Fattispecie relativa alle modifiche normative in tema di misure cautelari

Il principio di necessaria retroattività della disposizione più favorevole, affermato dalla sentenza CEDU del 17 settembre 2009 nel caso Scoppola contro Italia, non è applicabile in relazione alla disciplina dettata da norme processuali, che è regolata dal principio "tempus regit actum". (Fattispecie relativa agli effetti della modifica

normativa dell'art. 274 c.p.p. realizzata dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, artt. 1 e 2, considerati dalla S.C. non applicabili per la valutazione della legittimità della misura cautelare impugnata, adottata in epoca antecedente la novella legislativa).

Cass., sez. 4, sentenza 21 maggio 2015, n. 24861
(dep. 12 giugno 2015) Rv. 263727
Pres. Sirena, Rel. Zoso, Imp. Iorio, P.M. Galli (Conf.)
(Rigetta, Trib. lib. Salerno, 02 marzo 2015)

Indagini preliminari – Attività del pubblico ministero – Consulenti tecnici del pubblico ministero – Nullità dell'accertamento tecnico – Decisione di condanna non basata sulle valutazioni del consulente – Irrilevanza della nullità

La nullità dell'accertamento tecnico disposto dal pubblico ministero non comporta alcuna conseguenza allorquando il giudice pervenga all'affermazione di responsabilità con argomenti che prescindono dalle valutazioni del consulente.

Cass., sez. 4, sentenza 22 aprile 2015, n. 24455
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263731
Pres. Romis, Rel. Dell'Utri, Imp. Plataroti e altri,
P.M. Viola (Conf.)
(Rigetta, App. Reggio Calabria, 31 maggio 2014)

Lavoro – Prevenzione infortuni – In genere – Documento di valutazione dei rischi – Obbligatorietà – Sussistenza – Modalità di Redazione – Contenuto – Fattispecie

In tema di prevenzione degli infortuni, le omissioni o le carenze del documento di valutazione dei rischi adottato dal datore di lavoro non esonerano da responsabilità per le lesioni occorse ai lavoratori gli ulteriori garanti della sicurezza sul lavoro, atteso che la constatazione dell'esistenza di un rischio impone loro, nell'ambito delle rispettive competenze, di adottare le misure appropriate per rimuoverlo. (In applicazione del principio la S.C. ha confermato la sentenza di condanna per il reato di lesioni colpose occorse ad un operaio, pronunciata nei confronti del direttore di stabilimento, delegato dal datore di lavoro in materia di prevenzione e sicurezza del lavoro, non avendo egli provveduto né a spiegare i rischi collegati ad una determinata attività né adottato le procedure di sicurezza adeguate, pur essendo perfettamente a conoscenza del rischio lavorativo connesso a detta attività).

Cass., sez. 4, sentenza 19 marzo 2015, n. 24452
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263726
Pres. Brusco, Rel. Blaiotta, Imp. Fontanin,
P.M. Fodaroni (Conf.)
(Rigetta, App. Trieste, 11 giugno 2014)

Misure cautelari – Personali – Provvedimenti – Ordinanza del giudice – Requisiti – Motivazione – Distanza temporale dai fatti – Attualità delle esigenze e scelta della misura – Onere di rigorosa motivazione – Sussistenza

In tema di misure coercitive, la distanza temporale tra i fatti e il momento della decisione cautelare, giacché tendenzialmente dissonante con l'attualità e l'intensità dell'esigenza cautelare, comporta un rigoroso obbligo di motivazione sia in relazione a detta attualità sia in relazione alla scelta della misura.

Cass., sez. 4, sentenza 12 marzo 2015, n. 24478
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263722
Pres. Romis, Rel. Dovere, Imp. Palermo,
P.M. Galli (Conf.)
(Rigetta, Trib. lib. Palermo, 01 dicembre 2014)

Misure cautelari – Reali – Sequestro conservativo – In genere – Sequestro conservativo su beni immobili – Provvedimenti relativi alla nomina del custode – Impugnazione – Ammissibilità – Ragioni – Fattispecie

In materia di sequestro conservativo di beni immobili, sono impugnabili i provvedimenti relativi alla nomina ed alla sostituzione del custode in quanto, in sede penale, non opera la limitazione contenuta nell'art. 559, ultimo comma c.p.c., posto che il richiamo alle norme del codice di procedura civile, effettuato dall'art. 317, comma terzo, c.p.p., attiene esclusivamente alle modalità esecutive del sequestro. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato senza rinvio l'ordinanza del tribunale della libertà che aveva dichiarato inammissibile l'appello cautelare proposto dall'imputato ed ha trasmesso gli atti al medesimo giudice per la decisione).

Cass., sez. 3, sentenza 14 maggio 2015, n. 24372
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263611
Pres. Franco, Rel. Scarcella, Imp. Tracuzzi,
P.M. Baldi (Diff.)
(Annulla senza rinvio, Trib. lib. Messina,
04 dicembre 2014)

Professionisti – Medici e chirurghi – Attività medico chirurgica – Adeguamento del sanitario alle linee guida – Esclusione della responsabilità in caso di colpa lieve – Condizioni – Verifica della necessità di percorso terapeutico diverso in relazione alla specificità del caso concreto – Obbligatorietà

In tema di responsabilità medica, il rispetto di linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determina, di per sé, l'esonero dalla responsabilità penale del sanitario ai sensi dell'art. 3 del d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), dovendo comunque accertarsi se la specificità del quadro clinico del paziente imponesse un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato da dette linee guida.

Cass., sez. 4, sentenza 22 aprile 2015, n. 24455
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263732
Pres. Romis, Rel. Dell'Utri, Imp. Plataroti e altri,
P.M. Viola (Conf.)
(Rigetta, App. Reggio Calabria, 31 maggio 2014)

Prove – Mezzi di ricerca della prova – Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni – In genere – Intercettazione all'interno di un'autovettura – Decreto di autorizzazione – Indicazione della targa, del modello o di altri elementi esteriori – Necessità – Esclusione

Il decreto di autorizzazione all'intercettazione delle conversazioni effettuate all'interno di un'autovettura non deve necessariamente indicare la targa, il modello ovvero altri elementi esteriori di identificazione del veicolo, essendo sufficiente che dal provvedimento autorizzativo si evinca, senza margini di incertezza, l'esatta individuazione del luogo ove svolgere l'intercettazione. (Nella fattispecie il decreto di autorizzazione indicava, quale dato identificativo dell'autovettura, l'essere la stessa in uso ad un determinato soggetto).

Cass., sez. 4, sentenza 12 marzo 2015, n. 24478
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263723
Pres. Romis Rel. Dovere Imp. Palermo,
P.M. Galli (Conf.)
(Rigetta, Trib. lib. Palermo, 01 dicembre 2014)

Prove – Mezzi di ricerca della prova – Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni – Utilizzazione – In genere – Per fini cautelari – Diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate – Richiesta – Obbligo di provvedere immediatamente del P.M. – Configurabilità – Condizioni

In tema di riesame, la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 c.p.p., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti "brogliacci" di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, determina l'obbligo per il pubblico ministero di provvedere tempestivamente solo quando il difensore specifica che l'accesso è finalizzato alla presentazione di un'istanza di riesame.

Cass., sez. 4, sentenza 28 maggio 2015, n. 24866
(dep. 12 giugno 2015) Rv. 263729
Pres. Brusco, Rel. Ciampi, Imp. Palma,
P.M. Mazzotta (Conf.)
(Rigetta, Trib. lib. Napoli, 11 dicembre2014)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Furto, rapina, ricettazione di carte di credito – Danno patrimoniale – Riferibilità al valore venale del documento – Esclusione – Conseguenze

Il danno patrimoniale derivante da furto, rapina o ricettazione di carte di credito, in considerazione del valore strumentale di queste, che consentono al titolare di effettuare molteplici atti di acquisto a pagamento differito, non deve essere rapportato al semplice valore venale del documento e non può, pertanto, essere ritenuto modesto.

Cass., sez. 4, sentenza 3 marzo 2015, n. 24648
(dep. 10 giugno 2015) Rv. 263724
Pres. Brusco, Rel. Esposito, Imp. Bortoletto,
P.M. Iacoviello (Parz. Diff.)
(Rigetta, App. Venezia, 18 novembre 2013)

Reati contro la persona – Delitti contro la libertà individuale – In genere – Ignoranza dell'età della persona offesa – Scusabilità dell'errore inevitabile – Condizioni

*In tema di prostituzione minorile, il fatto tipico scusante previsto dall'art. 602-*quater *c.p. in relazione all'ignoranza inevitabile circa l'età della persona offesa, è configurabile solo se emerga che nessun rimprovero, neppure di semplice leggerezza, possa essere rivolto all'agente, per avere egli fatto tutto il possibile al fine di uniformarsi ai suoi doveri di attenzione, di conoscenza, di informazione e di controllo, attenendosi a uno standard di diligenza direttamente proporzionale alla rilevanza dell'interesse per il libero sviluppo psicofisico dei minori.*

Cass., sez. 4, sentenza 28 aprile 2015, n. 24820
(dep. 12 giugno 2015) Rv. 263734
Pres. Brusco, Rel. Massafra, Imp. Izzo,
P.M. Mazzotta (Conf.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Napoli,
22 novembre 2013)

Reato – Causalità (rapporto di) – In genere – Omicidio colposo – Pluralità di omissioni ascrivibili a diversi garanti – Evento letale determinato dalla loro sommatoria – Nesso causale tra l'evento e ciascuna delle condotte omissive – Configurabilità – Sussistenza – Ragioni

In tema di omicidio colposo, allorquando il decesso della vittima sia determinato dalla sommatoria delle condotte omissive ascrivibili a diversi garanti, intervenuti in tempi diversi, è configurabile il nesso causale tra l'evento letale e ciascuna delle riscontrate omissioni, essendo ognuna di esse essenziale alla sua produzione. (In motivazione la S.C. ha affermato che la causalità additiva o cumulativa costituisce applicazione della teoria condizionalistica di cui all'art. 41 c.p., giacché, essendo ciascuna omissione essenziale alla produzione dell'evento, l'eliminazione mentale di ciascuna di esse fa venir meno l'esito letale,

tenuto conto dell'insufficienza di ognuna delle altre omissioni a determinarlo).

Cass., sez. 4, sentenza 22 aprile 2015, n. 24455
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263733
Pres. Romis, Rel. Dell'Utri, Imp. Plataroti e altri,
P.M. Viola (Conf.)
(Rigetta, App. Reggio Calabria, 31 maggio 2014)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Impugnazioni – Provvedimento di conferma della eseguibilità di una misura di prevenzione personale sospesa per detenzione del destinatario – Ricorso per cassazione – Esclusione – Appello ai sensi dell'art. 10 d.lgs. n. 159 del 2011 – Ammissibilità – Ragioni

Avverso il provvedimento che conferma l'eseguibilità di una misura personale di prevenzione, rimasta sospesa a causa dello stato di detenzione carceraria del destinatario, non è esperibile il ricorso per cassazione ma l'appello ai sensi dell'art. 10 d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, trattandosi di decisione equiparabile a quella afferente l'esecuzione del provvedimento definitivo, il cui regime giuridico è fissato dall'art. 11 del d.lgs. citato.

Cass., sez. 1, sentenza 9 aprile 2015, n. 24402
(dep. 08 giugno 2015) Rv. 263610
Pres. Siotto, Rel. Magi, Imp. Ercolano, P.M. Izzo (Conf.)
(Qualifica appello il ricorso, Trib. Catania,
11 giugno 2014)

CODICE PENALE

Appropriazione indebita: ritenzione – Risoluzione leasing – Sussistenza del reato

(art. 646 c.p.)

Il reato di appropriazione indebita è integrato dalla mera interversione del possesso, ed il possesso agli effetti penali, ricorre anche nel caso di una mera detenzione qualificata consistente nell'esercizio sulla cosa di un potere di fatto esercitato al di fuori della sfera di sorveglianza del titolare. Su tali basi, quindi la condotta appropriativa ex art. 646 c.p., ben può consistere nella ritenzione del veicolo nonostante la risoluzione del contratto di leasing e la richiesta di restituzione del bene.

Tribunale Nola, coll A)
sentenza 16 aprile 2015, n. 1200
Pres. Imparato, Est. Carbone

Circostanze: attenuante della riparazione del danno – Applicazione – Criteri

(art. 62 n. 6 c.p.)

Ai fini della configurabilità dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 6 c.p., è necessario che la riparazione del danno, tanto nella forma specifica della restituzione, quanto in quella del risarcimento, sia effettiva, integrale e volonatria. La detta circostanza pertanto non può trovare applicazione nel caso in cui sia emerso dalla indagini svolte che l'agente si sia limitato a restituire spontaneamente alla persona offesa soltanto uno dei due ciclomotori furtivamente sottratti.

Corte Appello Napoli, sez. VII
sentenza 6 maggio 2015, n. 3326
Pres. Di Mauro, Est. Marotta

Cooperazione colposa: presupposti

(art. 113 c.p.)

La cooperazione colposa si verifica in tutti casi in cui un soggetto è cosciente della partecipazione di altri al contesto in cui si svolge la sua condotta o, più specificamente, interviene essendo a conoscenza che la trattazione del caso non è a lui soltanto riservata perché anche altri soggetti ne sono o ne saranno investiti. Può inoltre riguardare esclusivamente un reato previsto anche nella forma colposa: "… diversamente sarebbe palesemente violato il disposto dell'art. 42 c.p., comma 2 …".

Tribunale Perugia, G.u.p. Semeraro
sentenza 15 aprile 2015, n. 432

Concorso: cooperazione colposa nel delitto doloso – Prevedibilità – Esclusione

(art. 113 c.p.)

L'estensore non condivide la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso, ritenuto invece configurabile nella sentenza 4107/2009 della Corte di Cassazione. Tale sentenza ha affermato che "… è ammissibile il "concorso" colposo nel delitto doloso sia nel caso di cause colpose indipendenti che nel caso di cooperazione colposa tra alcuni dei compartecipi dei quali uno (o più) sia in dolo e purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa e la sua condotta sia caratterizzata da colpa …". Esigenze di tipicità e di stretta legalità impongono la soluzione contraria che le considerazioni espresse nella citata sentenza della Corte di Cassazione non riescono a superare. In primo luogo, non è condivisibile la costruzione del dolo come figura che "contiene" la colpa, perché i delitti dolosi e quelli colposi hanno differenze, potremo definirle strutturali, tali da distinguersi totalmente non solo dal punto di vista soggettivo (rispetto alla volontà dell'evento) ma anche da quello relativo alla condotta, tanto che la dottrina più moderna distingue le figure dei delitti dolosi da quelli colposi anche nella costruzione della teoria del reato. Soprattutto, non è l'art. 110 c.p. la norma che consente il concorso colposo nel delitto doloso, perché il riferimento contenuto nell'art. 110 c.p. al concorso nel medesimo reato è stato effettuato dal legislatore per ricomprendere nel concorso di persone sia i delitti che le contravvenzioni. La norma infatti non richiama le due forme dell'elemento soggettivo del reato del dolo e della colpa, ma la più generale categoria dei reati. La caratteristica tipica del concorso ex art.110 c.p. è che l'estensione della punibilità a condotte atipiche presuppone, quanto all'elemento soggettivo, proprio la coscienza e volontà di concorrere con altri alla realizzazione del reato: il che implica la coscienza e volontà di realizzare un fatto di reato, la consapevolezza delle condotte che gli altri concorrenti pongono in essere e la coscienza e volontà di contribuire alla commissione del reato con la propria condotta ed insieme alle altre. Una struttura dunque incompatibile con il concorso colposo nel delitto doloso, nella quale l'agente (in colpa) non vuole contribuire con la propria condotta al delitto doloso commesso da altri. Inoltre, l'art. 113 c.p. fa esplicito riferimento alla cooperazione nel – solo – delitto colposo: capovolgendo il ragionamento della Corte, nel meno (la colpa) non sta

il più (il dolo). Nell'art. 113 c.p. non rientra dunque il concorso colposo nel delitto doloso.

Tribunale Perugia, G.U.P. Semeraro
sentenza 15 aprile 2015, n. 432

Colpa: autorizzazione a detenere e portare armi – Eventi lesivi commessi con uso di armi – Obbligo di impedire l'evento – Esclusione – Nesso di causalità– Interruzione

(art. 42 c.p.)

L'autorizzazione è un atto amministrativo che ha la funzione di rimuovere un ostacolo normativamente previsto per l'esercizio di una determinata attività. Si tratta, più che di una posizione di garanzia cd. di protezione (che impone di preservare il bene protetto da tutti i rischi che possano lederne l'integrità: per es. quelli dei genitori nei confronti dei figli minori), di una posizione cd. di controllo, che impone di neutralizzare le eventuali fonti di pericolo che possano minacciare il bene protetto, con una finalità soprattutto preventiva. Non si tratta però di un obbligo di impedimento dei reati, perché un tale obbligo non è in previsto da alcuna norma specifica. In ogni caso, l'evento da prevenire deve essere strettamente collegato all'attività autorizzata, perché altrimenti il soggetto nella posizione di controllo non avrebbe né il dovere di intervento né il potere giuridico, o di fatto, di attivarsi e di impedire l'evento stesso. Se l'evento lesivo si verifica perché il soggetto agente, con dolo, si colloca al di fuori dell'attività autorizzata, l'interruzione del nesso di causalità si verifica non tanto perché la condotta è eccezionale ma perché l'evento è eccentrico rispetto al rischio consentito.

Tribunale Perugia, G.U.P. Semeraro
sentenza 15 aprile 2015, n. 432.

Estorsione –Truffa: elementi costitutivi e differenze

(art. 629 c.p. – 640 c.p.)

Con riguardo alle differenze esistenti tra le due ipotesi delittuose, la Giurisprudenza di legittimità si è espressa in modo univoco affermando che il criterio distintivo tra il reato di truffa e quello di estorsione, quando il fatto è connotato dalla minaccia di un male, va riavvisato essenzialmente nel diversi modo di atteggiarsi della condotta lesiva e della sua incidenza nella sfera soggettiva della vittima: ricorre la prima ipotesi delittuosa se il male viene ventilato come possibile ed eventuale e comunque on proveniente direttamente o indirettamente da chi lo prospetta, in modo che la persona offesa non è coartata, ma si determina alla prestazione, costituente l'ingiusto profitto dell'agente, perché tratta in errore dalla esposizione di un pericolo inesistente; mentre si configura l'estorsione se il male viene indicato come certo e realizzabile ad opera del reo o di altri, in tal caso la persona offesa è posta nella ineluttabile alternativa di far conseguire all'agente il preteso profitto o di subire il male minacciato. La S.C. ha sostenuto che il criterio differenziale tra il delitto di truffa aggravato dall'ingenerato timore di un pericolo immaginario e quello di estorsione, risiede solo ed esclusivamente nell'elemento oggettivo: si ha truffa aggravata quando il danno immaginario viene indotto nella persona offesa tramite raggiri o artifici; si ha estorsione invece, quando il danno è certo e sicuro ad opera del reo o di altri ove la vittima non ceda alla richiesta minatoria. Ne consegue che la valutazione circa la sussistenza del danno immaginario (e, quindi del reato di truffa aggravato) o del danno reale (e, quindi del reato di estorsione) va effettuata "ex ante" essendo irrilevante ogni valutazione in ordine alla provenienza del danno prospettato ovvero allo stato soggettivo della p.o.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 11 maggio 2015, n. 1483
Pres. Minauro, Est. Perpetua

Falsità in scrittura privata: alterazione di una fotocopia – Rilevanza penale

(art. 485 c.p.)

La falsificazione della fotocopia e non dell'originale di una scrittura privata, mediante fotomontaggio (nella specie attraverso la manipolazione di un documento vero scannerizzato) integra il reato di falsità in una scrittura privata perché, salvo che intervenga il disconoscimento, la fotocopia di una scrittura privata ha la stessa efficacia probatoria dell'originale e che hanno rilevanza penale ai sensi dell'art. 492 c.p. le condotte di falsificazione di copie che tengono luogo degli originali, qualora il relativo documento abbia l'apparenza dell'originale e sia utilizzato come tale, non presentandosi come mera riproduzione fotostatica.

Corte Appello Napoli, sez. V
sentenza 13 marzo 2015, n. 1992
Pres. Stanziola, Est. Di Giuro

Malversazione a danno dello Stato: elementi costitutivi del reato – Bene tutelato dalla norma

(art. 316-*bis* c.p.)

*Per il configurarsi del reato di cui all'art. 316-*bis *c.p. si richiede semplicemente che un soggetto estraneo alla PA avendo ottenuto contributi, sovvenzioni o finanziamenti dallo Stato o da un ente pubblico, per la realizzazione di opere o lo svolgimento di attività di pubblico interesse, non li destini alle predette finalità. Sul piano oggettivo il reato è certamente realizzato, bastando per la sua configurazione il solo dato che parte delle somme ricevute per una certa finalità furono in concreto utilizzate per altre. D'altronde la giurisprudenza è lineare e costante nel ritenere che anche l'utilizzo del finanziamento per uno scopo pubblico, se diverso da quello pattuito, costituisce comunque reato. La* ratio *di questo assunto è da rinvenirsi nel bene oggetto tutelato dalla norma di cui all'art. 316-*bis *c.p. che è costituito dal corretto impiego degli strumenti di sostegno delle attività economiche di pubblico interesse.*

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 25 giugno 2015, n. 1953
Pres. Imparato, Est. Capasso

Malversazione a danno dello Stato: elemento soggettivo – Dolo generico – Caratteristiche

(art. 316-*bis* c.p.)

Il delitto in analisi per il suo configurarsi richiede la sussistenza del dolo generico, da intendersi come volontà cosciente di sottrarre le risorse allo scopo prefissato, a nulla valendo le ragioni per cui tale distrazione si sia perpetrata o quale sia l'ulteriore finalità raggiunta con il danaro malversato, essendo pacificamente irrilevanti le finalità di qualunque natura che l'agente abbia inteso perseguire.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 25 giugno 2015, n. 1953
Pres. Imparato, Est. Capasso

Malversazione a danno dello Stato: compensazione con crediti vantati - Esclusione

(art. 316-*bis* c.p.)

In caso di reato di malversazione non possono trovare spazio le ragioni per cui l'agente ha malversato le somme ricevute: in secondo luogo non è possibile ritenere attuabile una qualche sorta di compensazione tra i crediti da lui vantati nei confronti della PA e i debiti maturati a causa dei ritardati pagamenti.

Tribunale Nola, coll. A)
sentenza 25 giugno 2015, n. 1953
Pres. Imparato, Est. Capasso

Rapina – Estorsione: differenze

(art. 628 c.p. – 629 c.p.)

Il delitto di rapina si differenzia dall'estorsione i virtù del fatto che in essa il reo sottrae la cosa esercitando sulla vittima una violenza o una minaccia diretta e ineludibile, mentre nell'estorsione la coartazione non determina il totale annullamento della capacità del soggetto passivo di determinarsi diversamente.

Tribunale Nola, coll. C)
sentenza 16 aprile 2015, n. 1175
Pres. Di Iorio, Est. Cervo

Rapina – Sequestro di persona: rapporti con la circostanza aggravante di cui all'art. 628 c. 3 n. 2 c.p.

(art. 628 c.p.)

Non è configurabile la circostanza aggravante di cui all'art. 628 c. 3 n. 2 c.p., nel caso in cui la privazione della libertà personale della vittima si protragga per un apprezzabile lasso di tempo anche dopo la consumazione della rapina, configurando in tal caso l'autonomo reato di sequestro di persona.

Tribunale Nola, coll. C)
sentenza 4 giugno 2015, n. 1732
Pres. Est. Di Iorio

Sequestro di persona: condotta materiale – Caratteristiche

(art. 605 c.p.)

Integra il reato di sequestro di persona la condotta di colui che, conseguito lo scopo della rapina, protrae lo stato di soggezione della persona offesa, impedendole la libertà di movimento, sia pure allo scopo di garantirsi la fuga.

Tribunale Nola, coll. C)
sentenza 4 giugno 2015, n. 1732
Pres. Est. Di Iorio

Truffa – Sostituzione di persona: concorso – Previsione

(art. 640 c.p. – 494 c.p.)

Il reato di sostituzione di persona può concorrere formalmente con quello di truffa, stante la diversità dei beni giuridici protetti, consistenti rispettivamente nella fede pubblica e nella tutela del patrimonio.

Tribunale Nola, coll. D)
Sentenza 11 maggio 2015, n. 1483,
Pres. Minauro, Est. Perpetua

CODICE PROCEDURA PENALE

Impugnazioni – appello: rinuncia ai motivi – Limiti e cognizione del Giudice del gravame

(art. 597 c.p.p.)

La rinuncia ai motivi di appello riguardanti il merito ha effetti preclusivi sull'intero svolgimento processuale, ivi compreso il giudizio di legittimità. Pertanto, poiché ex art. 597 c.1 c.p.p., l'effetto devolutivo dell'impugnazione circoscrive la cognizione del giudice del gravame ai soli punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti, una volta che essi costituiscano oggetto di rinuncia, non può il giudice di appello prenderli in considerazione, né può farlo il Giudice di legittimità sulla base di un'ipotetica implicita revoca di tale rinuncia, stante l'irrevocabilità di tutti i negozi processuali, ancorchè unilaterali.

Corte Appello Napoli, sez. VI
sentenza 3 giugno 215, n. 4665
Pres. Gentile, Est. Abbamondi

Incompatibilità: sussistenza – Presupposti

(art. 34 c.p.p.)

L'incompatibilità ex art. 34 c. 2 c.p.p., non attiene alla capacità del Giudice, intesa quale capacità di esercitare la funzione giudiziaria, in difetto della quale (e soltanto per tale causa) opera utilmente la nullità assoluta di cui all'art. 178 lett. A) c.p.p. Ed invero il difetto di capacità del Giudice va inteso come mancanza dei requisiti occorrenti per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali e non anche in relazione al difetto delle condizioni specifiche per l'esercizio di tale funzione in un determinato procedimento. Ne consegue che, non incidendo sui requisiti della capacità, la incompatibilità ex art. 34 c.p.p. non determina comunque la nullità del provvedimento ex artt. 178 e 179 c.p.p., ma costituisce soltanto motivo di possibile astensione ovvero di ricusazione dello stesso Giudice da far tempestivamente valere con la procedura di rito ex art. 37 e ss. c.p.p..

Corte Appello Napoli, sez. VII
sentenza 6 maggio 2015, n. 3326
Pres. Di Mauro, Est. Marotta

Individuazioni di persona: modalità e valenza probatoria

L'individuazione di un soggetto – sia personale che fotografica – è una manifestazione riproduttiva di una percezione visiva e rappresenta una specie del più generale concetto di dichiarazione; pertanto la sua forza probatoria non discende dalle modalità formali del riconoscimento, bensì dal valore della dichiarazione confermativa, alla stessa stregua della deposizione testimoniale. Inoltre la individuazione fotografica di un soggetto effettuata dalla polizia giudiziaria costituisce una prova atipica la cui affidabilità non deriva dal riconoscimento in sé, ma dalla credibilità della deposizione di chi, avendo esaminato la fotografia si dica certo della sua identificazione. La S.C. al riguardo ha affermato che una volta reso dubbio il dato di partenza, cioè quello della stessa certezza del riconoscimento in capo alla persona che vi provvede, l'atto perde l'idoneità a costituire valido supporto per superare il ragionevole dubbio di cui al co. 1 dell'art. 533 c.p.p. L'individuazione fotografica, pur se ribadita in dibattimento può essere determinante anche in difetto di ulteriori riscontri, ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'imputato in ordine al fatto contestato, soltanto quando presenti caratteri di certezza assoluta e risulti ancorata non soltanto a mere rappresentazioni o sensazioni del dichiarante, ma ad elementi oggettivi; ed infine la certezza della prova non discende dal riconoscimento come strumento probatorio, ma dall'attendibilità accordata alla deposizione di chi si dica certo dell'individuazione.

Tribunale Nola, coll. D)
Sentenza 11 maggio 2015, n. 1483,
Minauro Pres., Est. Perpetua

Dibattimento: Letture - dichiarazioni predi battimentali – Utilizzabilità – Limiti e condizioni

(art. 512 c.p.p.)

Le dichiarazioni predibattimentali della p.o. legittimamente acquisite ai sensi dell'art. 512 c.p.p., per fondare l'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, devono trovare conforto in altri elementi individuati dal Giudice nelle risultanze processuali, che non possono essere costituiti da altre dichiarazioni acquisite con le medesime modalità, ribadendo, quindi, il principio secondo il quale la responsabilità dell'imputato – conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea in applicazione dell'art. 6 CEDU – non può basarsi unicamente o in misura significativa su dichiarazioni acquisite, seppure legittimamente ai sensi dell'art. 512 c.p.p.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 11 maggio 2015, n. 1483
Pres. Minauro, Est. Perpetua

Dibattimento: letture – irreperibilità dei testi o denuncianti – Acquisizione di verbali o denunce – Limiti e presupposti

(art. 511 c.p.p.)

Ai fini della lettura ed utilizzabilità di dichiarazioni predibattimentali di un soggetto divenuto successivamente irreperibile, è necessario che il Giudice abbia praticato ogni possibile accertamento sulla causa della irreperibilità e che risulti esclusa la riconducibilità dell'omessa presentazione del testimone ad una libera scelta dello stesso. In particolare in tema di letture consentite, ex art. 431 e 511 c.p.p., la querela può essere inserita nel fascicolo per il dibattimento ed è utilizzabile ai soli fini della procedibilità dell'azione penale, con la conseguenza che da essa il Giudice non può trarre elementi di convincimento al fine della ricostruzione storica della vicenda, tranne che, per circostanze o fatti imprevedibili, risulti impossibile la testimonianza dell'autore della denuncia-querela; in tal caso, infatti, la lettura è consentita ai sensi dell'art. 512 c.p.p., anche per utilizzarne il contenuto ai fini della prova.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 11 maggio 2015, n. 1483
Pres. Minaur, Est. Perpetua

Misure cautelari personali: revoca commisurata alla proporzione di pena già scontata rispetto a quella minima residua - Rilevanza – Esclusione

(art. 274 c.p.p.)

È da ritenersi illegittimo il provvedimento di revoca della custodia cautelare motivato esclusivamente in riferimento alla sopravvenuta carenza di proporzionalità della misura in ragione della corrispondenza della durata della stessa ad una percentuale, rigidamente predeterminata ricorrendo ad un criterio aritmetico, della pena irroganda nel giudizio di merito e prescindendo da ogni valutazione della persistenza e della consistenza delle esigenze cautelari che ne avevano originariamente giustificato l'applicazione.

Tribunale Napoli, sez. Riesame
ordinanza 24 agosto 2015, n. 3880
Pres. Occhiofino, Est. Cirillo

Misure cautelari personali: esigenze cautelari- decorso del tempo – Irrilevanza

(art. 274 c.p.p.)

L'attenuazione o esclusione delle esigenze cautelari non può essere desunta dal solo decorso del tempo di esecuzione della misura o dall'osservanza puntuale delle relative prescrizioni.

Tribunale Napoli, sez. Riesame
ordinanza 24 agosto 2015, n. 3880
Pres. Occhiofino, Est. Cirillo

Misure cautelari reali: sequestro per equivalente – Cognizione del giudice – Limiti

(art. 323 c.p.p.)

Non è dunque condivisibile la pretesa del ricorrente di un vero e proprio accertamento del profitto del reato qua-

le presupposto della richiesta di sequestro preventivo per equivalente da parte del PM il quale, invece, dovrà adeguare i presupposti della cautela alla natura dell'istituto: così come la cognizione è sommaria in ordine al fumus commissi delicti, *parimenti essa non può che essere sommaria anche in ordine alla identificazione della capienza patrimoniale dell'ente che ha tratto profitto dal reato tributario. Il che significa che il PM dovrà effettuare una verifica di quanto risulta allo stato degli atti prima di chiedere la misura cautelare, ma non è obbligato a svolgere accertamenti specifici e ulteriori rispetto a quanto è già confluito nel compendio indiziario. Spetterà poi, semmai, all'interessato, in quanto assoggettato al vincolo del sequestro per equivalente, apportare dati dimostrativi della sequestrabilità diretta mediante gli strumenti procedurali che lo tutelano (in tal senso Cass., Sez. III, 1738/15 cit.).*

Tribunale Napoli, sez. Riesame
ordinanza 26 marzo 2015, n. 318
Pres. Est. Casella

LEGGI PENALI SPECIALI

Armi: rilascio e rinnovo di autorizzazioni – Disciplina – Caratteristiche

(d.m. 28/4/98)

La disciplina relativa alle armi non è unitaria, ma si differenzia in relazione ai diversi tipi di armi, ai loro diversi impieghi ed al loro diverso grado di pericolosità. Si va dunque da una disciplina più severa, che riguarda le armi da guerra, ad una più tenue, che riguarda ad esempio proprio le armi da tiro sportivo. Un tratto che unisce la disciplina delle armi è quello previsto dal d.m. del 28.4.1998 del ministero della sanità che stabilisce i requisiti psicofisici minimi per il rilascio ed il rinnovo delle autorizzazioni relative al porto delle armi. L'assenza di disturbi mentali, di personalità o comportamentali ("… in particolare non deve riscontrarsi dipendenza da sostanze stupefacenti, psicotrope o da alcol …", o anche uso occasionale di sostanze stupefacenti o abuso di alcool e/o psicofarmaci) è un requisito comune a tutta la disciplina. Proprio sulla base di tale d.m. si è affermato (cfr. anche la sentenza 4107/2009 della Corte di Cassazione) che la procedura prevista dalla normativa vigente per il rilascio o il rinnovo dei diversi tipi di porto d'armi è preordinata ad evitare che la licenza venga ottenuta da persone prive di equilibrio psichico, in considerazione dell'estrema pericolosità che la disponibilità di armi può comportare. Pertanto il rispetto delle regole previste in tema di armi ha anche la finalità di prevenire eventi lesivi a carico di terzi da parte di chi sia stato autorizzato a svolgere indebitamente un'attività pericolosa.

Tribunale Perugia, G.U.P. Semeraro
sentenza 15 aprile 2015, n. 43

Diritto amministrativo

Il confine tra profili privatistici e pubblicistici della F.I.G.C. nel recente panorama giurisprudenziale 138
di Francesca Mite

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)* 150
di Almerina Bove

Francesca Mite
Ricercatrice di diritto privato

Il confine tra profili privatistici e pubblicistici della F.I.G.C. nel recente panorama giurisprudenziale

abstract

This paper aims to provide a legal classification of the national sports federations, with a particular attention paid to the Italian Soccer Federation (FIGC) The most recent case law examination reveals that, despite the express legislative qualification in terms of association with legal personality under private law, the boundaries defining the FIGC's activities remain uncertain, and also too much anchored to the public field.

keywords

National Sports Federation – Italian Football Federation – public-private – jurisdiction – Public Contracts Code – Right of way – accounting jurisdiction.

abstract

Il presente contributo intende fornire una qualificazione giuridica delle federazioni sportive nazionali, guardando alla Federazione Italiana Gioco Calcio (F.I.G.C.) in particolare. L'esame della casistica giurisprudenziale più recente rivela che, nonostante l'espressa qualificazione legislativa in termini di associazione con personalità giuridica di diritto privato, i confini che delimitano le attività della F.I.G.C. restano alquanto incerti, con un'esasperata tendenza a ricondurle nell'alveo pubblicistico.

parole chiave

Federazione sportiva nazionale – Federazione Italiana Gioco Calcio – Pubblico-Privato – Giurisdizione – Codice dei contratti pubblici – Diritto di accesso – Giurisdizione contabile.

sommario

Premessa. – **1.** Inquadramento normativo. – **2.** L'accreditamento della teoria cd. "intermedia" o "mista". – **3.** Aspetti applicativi connessi alla doppia natura della F.I.G.C. – **3.1.** *Segue*: il riparto di giurisdizione. – **3.2.** *Segue*: l'ambito soggettivo di applicazione del Codice dei Contratti pubblici e del procedimento ad evidenza pubblica. – **3.3.** *Segue*: il radicamento della giurisdizione contabile. – **3.4.** *Segue*: l'integrazione dei reati di peculato e appropriazione indebita. – **4.** La "residuale" natura privata della F.I.G.C. nei recenti arresti giurisprudenziali. – **5.** Conclusioni.

Premessa

L'indagine sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali[1], ed in particolare sulla F.I.G.C. (Federazione Italiana Gioco Calcio), evidenzia contorni tutt'altro che nitidi sia in dottrina che in giurisprudenza. Si tratta di una questione dai risvolti applicativi notevoli, non relegabile a pura discettazione dottrinaria, stante i riflessi sulla concreta individuazione delle posizioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento di settore e, quindi, sulla loro tutelabilità dinanzi al giudice statale, amministrativo o ordinario[2].

Con il presente contributo si intendono offrire alcuni spunti di disamina critica dei più rilevanti aspetti della disciplina *de quo* così come emergono nel panorama giurisprudenziale, per trarre conclusioni in ordine alla qualificazione giuridica della F.I.G.C. In quest'ottica, occorre *in primis* ricordare che le federazioni sportive nazionali, inizialmente sorte come organismi associativi tra privati con poteri e compiti limitati, successivamente, con Legge 16 febbraio 1942, n. 426 istitutiva dell'ente pubblico Coni (acronimo di Comitato Olimpico Nazionale Italiano)[3], furono espressamente qualificate suoi organi. I sostenitori della natura pubblicistica, quindi, invocavano il rapporto di immedesimazione organica Coni/federazioni sportive nazionali; i sostenitori della natura privatistica insistevano che

[1] Insieme alle discipline sportive associate, le federazioni sportive, che costituiscono gli unici organismi giuridici riconosciuti (oggi 45) ed autorizzati a rappresentare in Italia le singole discipline sportive, sono costituite dalle società, dalle associazioni sportive e, se previsto dai relativi statuti, anche dai tesserati.

[2] In dottrina, sul punto, si rinvia a M. Basile, *La giurisdizione sulle controversie con le federazioni sportive*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2005, I, pp. 281 ss.

[3] Legge 16 febbraio 1942, n. 426, recante Costituzione e ordinamento del Comitato olimpico nazionale italiano (C.O.N.I.), pubblicata nella Gazz. Uff. 11 maggio 1942, n. 112. La presente legge è stata abrogata dall'art. 19, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242. L'abrogazione del presente provvedimento è stata inoltre disposta dall'art. 2 e dall'allegato 1, D.L. 22 dicembre 2008, n. 200. A disciplinare le Federazioni sportive, fino all'adozione del decreto Melandri era anche l'art. 14 della Legge 23 marzo 1981, n. 81, che nell'omettere di inquadrare le federazioni quali organi del Coni, ha indotto parte della giurisprudenza ad affermarne l'autonomia; in questo senso si veda Cass. civ., sez. unite, 26 ottobre 1989, n. 4399, in *Giur. It.*, 1990, I,1, p. 128. Si precisa che l'art. 14 è stato successivamente abrogato dall'art. 19, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242.

le federazioni sportive nazionali fossero associazioni private, solo sottoposte al controllo dell'ente pubblico Coni[4]. Accanto a questa *summa divisio* emergeva una terza opzione ricostruttiva – ormai unanimemente condivisa anche dalla più recente dottrina[5] e giurisprudenza[6] – secondo cui le federazioni sportive nazionali avevano natura mista (pubblico/privata) in relazione alla specifica attività di volta in volta posta in essere.

1. Inquadramento normativo

Una corretta qualificazione giuridica delle federazioni sportive nazionali, prima ancora che della F.I.G.C., impone che si parta dal dato normativo: il d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242[7], cd. decreto Melandri, all'art. 15 le qualifica associazioni senza scopo di lucro con personalità giuridica di diritto privato e non più, quindi, organi del Coni; questa qualificazione sarà confermata dal d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15[8], cd. decreto Pescante ed anche dal nuovo Statuto del C.O.N.I[9]. La medesima disposizione precisa, altresì, che le federazioni sportive nazionali svolgono l'attività sportiva in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del Comitato Internazionale Olimpico (CIO), delle federazioni internazionali e del CONI, anche in considerazione della "valenza pubblicistica di specifiche tipologie di attività" individuate nello statuto del CONI. Così disponendo, il legislatore sembra accogliere un rigoroso principio di tassatività rinviando, peraltro con norma di natura delegificante di dubbia legittimità costituzionale, ad una norma statutaria quale sede per l'elencazione delle attività a valenza pubblicistica[10].

Il legislatore, quindi, da una lato ha qualificato le federazioni sportive nazionali come associazioni senza scopo di lucro con personalità giuridica di diritto privato – così "privatizzando" anche il settore pubblico della organizzazione sportiva –, dall'altro ha sottolineato il carattere pubblico, *rectius* la "valenza pubblicistica"[11] di specifici aspetti dell'attività sportiva dalle

[4] In dottrina, per la tesi della natura pubblicistica delle federazioni sportive, si rinvia a: V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo,* II ed., Torino, 1998, p. 358.; L. Trivellato, *Considerazioni sulla natura giuridica delle federazioni sportive*, in *Dir. soc.,* 1991, 141, più di recente, Rosati di Montefradone, *Istituzioni di diritto sportivo,* Perugia 1999, 14 s.; L. Di Nella, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1999, pp. 216, il quale mette in luce la funzione sociale delle federazioni di promuovere la persona umana, sia dal punto di vista dell'integrità psico fisica sia da quello del suo sviluppo, non potendosi pertanto dubitare della loro natura pubblica, pur ammettendone la possibilità di agire iure privato rum in ragione dell'autonomia ad esse riconosciuta. Questa tesi ha ricevuto adesione in passato in giurisprudenza, ma è stata superata sin dal 1986 quando la Suprema Corte ha affermato che la qualità di organi del C.O.N.I. non ne esclude affatto la natura privata, Cass. civ., sez. un., 9 maggio 1986 n. 3091. In dottrina: per la tesi della natura privatistica, si rinvia a: S. Cassese, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali e sull'applicazione di esse nella disciplina del «parastato» in Riv. dir. sport., 1979, 117* s., per il quale nelle federazioni sono «rilevanti pubblicamente soltanto le finalità»; F. P. Luiso, *La giustizia sportiva,* Milano, 1975, pp. 197 s.; A. Quaranta, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive nazionali,* in *Riv. dir. sport.,* 1986, p. 174; G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo,* in *Dir. amm.,* 1993, pp. 303 e s.; R. Caprioli, L'*autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato,* Napoli, 1997; De Silvestri, *Le qualificazioni giuridiche nello sport e dello sport*, in *Riv. dir. sport*., 1992, pp. 283 e s.; M. Sensale, *La legge 23 marzo 1981 n. 91 e la natura giuridica delle federazioni,* in *Riv. dir. sport*., 1984, pp. 490 s.

[5] In dottrina, sulla doppia natura pubblica e privata, si rinvia a M. Signorini, *Le organizzazioni sportive*, in *Lo sport e il diritto*, Napoli, 2004, pp. 1 ss.; R. Caprioli, *L'autonomia normativa delle federazioni sportive nazionali nel diritto privato*, Napoli, 1997, p. 39; G. Vidiri, *Le federazioni sportive tra vecchia e nuova disciplina,* in *Foro it.*, 2000, pp. 1479 s. Un'analisi della copiosa giurisprudenza sul punto è compiuta da V. Frattarolo, *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza,* Milano, 1995. In dottrina si è fatta strada anche la tesi che nel quadro di un diverso modello di pubblica amministrazione, qualifica le federazioni sportive "soggetti privati in controllo pubblico", in considerazione del fatto che possono essere sottoposte ad indirizzo pubblico anche le attività private in ragione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale; in tal senso si rinvia a C. Alvisi, *Le fonti statuali dell'autonomia dell'ordinamento sportivo*, Milano, 2006, p. 20; G. Napolitano, *Caratteri e prospettive dell'arbitrato*, in *Giorn. Dir. Amm*., 2004, p. 5681.

[6] Da ultimo, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2014, n. 53578; Cass. civ., sez. un., Ordinanza, 31 luglio 2012, n. 13619; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2012, n. 607, *Giust. Civ.*, 20012; Cass. civ., sez. un., 11 ottobre 2002, n. 14530, in *Mass. Giur. It.*, 2002; Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 40, 48; Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 578.

[7] D.lgs. 23 luglio 1999, n. 242, recante Riordino del Comitato olimpico nazionale italiano - C.O.N.I., a norma dell'articolo 11 della L. 15 marzo 1997, n. 59, pubblicato nella Gazz. Uff. 29 luglio 1999, n. 176. Il decreto Melandri ha dettato una nuova disciplina sull'organizzazione sportiva, sulla struttura e sulle funzioni del Coni, cui è stata conferita personalità giuridica di diritto pubblico sottoposto alla vigilanza del Ministero per i beni e le attività culturali e definito autorità di disciplina regolazione e gestione delle attività sportive.

[8] D.lgs. 8 gennaio 2004, n. 15, recante Modifiche ed integrazioni al d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242, recante «Riordino del Comitato olimpico nazionale italiano - CONI», ai sensi dell'articolo 1 della L. 6 luglio 2002, n. 137. L'art. 15, commi V e VI, del decreto Pescante, mantiene il regime del cosiddetto doppio riconoscimento delle federazioni sportive, prevedendo un primo riconoscimento, a fini sportivi, da parte del Consiglio nazionale del CONI, ed un secondo riconoscimento, inerente alla concessione della personalità giuridica di diritto privato, a norma del d.p.r. 361/2000, previo riconoscimento ai fini sportivi.

[9] Adottato dal Consiglio nazionale del Coni l'11 giugno 2014 e approvato con apposito decreto ministeriale.

[10] Critici in ordine alla scelta di lasciare individuate le attività a valenza pubblicistica dallo Statuto del CONI che è fonte del tutto estranea alla tematica trattata, M. Coccia - A. De Silvestri - L. Fumagalli - L. Musumarra - L. Selli, *Diritto dello sport*, Milano, 2008, 57.

[11] Per una interpretazione del riferimento normativo «valenza pubblicistica» dell'attività sportiva, alla luce del diritto comunitario, si rinvia a L. Di Nella, *Le federazioni sportive nazionali dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport*, 2000. pp. 66 s., ad opinione del quale «il legislatore della riforma tutela lo sport anche in ragione dei valori sociali, della democrazia, dell'eguaglianza e della soli-

medesime svolte ed esplicitati nell'art. 23 dello Statuto del Coni[12].

Nel tentativo di contenere la portata applicativa della disposizione che parla di "valenza pubblicistica", lo stesso statuto del Coni precisa, all'art. 23 comma 1-*bis*, che la valenza pubblicistica dell'attività non modifica l'ordinario regime di diritto privato dei singoli atti e delle situazioni giuridiche soggettive connesse. Ciò che, tuttavia, contribuisce a rendere ancora più incerta la qualificazione giuridica delle federazioni sportive.

2. L'accreditamento della teoria cd."intermedia" o "mista"

All'indomani dell'adozione dei citati provvedimenti legislativi – che almeno nelle intenzioni avrebbero dovuto mettere definitivamente fine alla *querelle* sulla qualificazione giuridica delle federazioni sportive nazionali[13] – nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale, che era e resta ancora piuttosto vivace, si è indubbiamente imposta, come si ricordava in premessa, la teoria cd. "intermedia" o "mista", in forza della quale le federazioni sportive sorgono come soggetti privati, tuttavia, in presenza di determinati presupposti, possono assumere la qualifica di organo del Coni e partecipare della natura o valenza pubblica di questo; ciò che accade allorquando la loro attività sia finalizzata alla realizzazione di interessi fondamentali e istituzionali dell'attività sportiva propri dell'ente pubblico Coni. Si tratta di una teoria che ha l'indubbio pregio di non ergersi sul piano della mera costruzione astratta, bensì, muovendosi in ottica per così dire "funzionale", permette di scrutinare la natura dell'atto e della specifica attività di volta in volta posta in essere dalla federazione. Tuttavia, come si vedrà, è stata in qualche modo "abusata" da parte della giurisprudenza che l'ha strumentalmente dilatata e piegata al fine di ricondurre ogni atto e attività federale sotto il controllo statale.

In ogni caso, prendendo le mosse da questa teoria, le federazioni sportive nazionali possono esercitare, da un lato, funzioni pubbliche proprie dell'ente pubblico C.O.N.I. per realizzarne i fini istituzionali – ciò, in forza dell' immedesimazione organica tale per cui le federazioni sportive ne costituirebbero integrazione strutturale in un settore della vita nazionale, quello sportivo, connotato dall'interesse superiore e preminente della promozione e dello sviluppo socio-morale della popolazione – e, dall'altro, attività proprie ed esclusive delle "private" federazioni, distinte da quelle pubbliche.

Ne consegue, sotto il profilo dirimente del riparto di giurisdizione, che gli atti tipo posti in essere dalle federazioni in qualità di organi del Coni sono esplicazione di poteri pubblici, partecipano della natura pubblicistica e sono soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo allorchè incidano su posizioni di interesse legittimo[14]; di contro, gli atti posti in essere dalla federazione in qualità di associazioni di diritto privato attengono alla vita interna delle federazioni e ai rapporti tra società sportive, tra società e sportivi professionisti e sono soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario[15].

Sulla scorta di tale assunto, quindi, gli atti e le attività posti in essere dalle federazioni sportive nazionali, pur essendo di norma assoggettati alla disciplina privatistica, stante la natura di associazioni di diritto privato sancita proprio dall'art. 15 del decreto Melandri, ben potranno essere regolamentati da un sistema di tipo pubblicistico qualora siano espressione di poteri istituzionalmente demandati all'ente pubblico Coni.

3. Aspetti applicativi connessi alla doppia natura della F.I.G.C.

In un simile contesto, stante l'incertezza dei confini che delimitano le attività federali, diventa quanto mai importante operare una corretta *actio finium regundorum* tra profili pubblicistici e privatistici e ciò, ancor più guardando alla più grande Federazione sportiva nazionale operante nel contesto sportivo, la F.I.G.C.,

darietà ad esso sottesi e protetti dall'unione europea».

[12] Statuto Coni, art. 23 rubricato «Indirizzi e controlli sulle Federazioni Sportive Nazionali» a norma del quale «Ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, e successive modificazioni e integrazioni, oltre quelle il cui carattere pubblico è espressamente previsto dalla legge, hanno valenza pubblicistica esclusivamente le attività delle Federazioni sportive nazionali relative all'ammissione e all'affiliazione di società, di associazioni sportive e di singoli tesserati; alla revoca a qualsiasi titolo e alla modificazione dei provvedimenti di ammissione o di affiliazione;al controllo in ordine al regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici; (vedi responsabilità amministrativo/contabile degli arbitri associati all'Aia, inserita nella F.I.G.C.); al controllo in ordine all'utilizzazione dei contributi pubblici; (vedi responsabilità amministrativo/contabile della F.I.G.C.) alla prevenzione e repressione del doping, nonché le attività relative alla preparazione olimpica e all'alto livello, alla formazione dei tecnici, all'utilizzazione e alla gestione degli impianti sportivi pubblici».

[13] A ben vedere, infatti, volti più che altro a circoscrivere i profili di rilevanza pubblicistica dell'attività per permettere alla giurisprudenza di continuare ad applicare gli schemi di diritto amministrativo e, quindi, ad avvalorare la tesi della natura mista, gli interventi normativi in parola si sono rivelati poco incisivi e incompleti perché relativi solo ad alcune regole di funzionamento delle federazioni sportive nazionali.

[14] Sulla scorta di ciò, si è sostenuto in giurisprudenza con riferimento alla F.I.G.C, che un provvedimento di non ammissione ad un campionato attiene alla sfera della discrezionalità amministrativa della federazione rispetto alla quale la posizione giuridica soggettiva delle società sportive, si configura come interesse legittimo, tutelabile davanti al giudice amministrativo; sul punto si veda Cons. Stato, sez. VI, 09 febbraio 2006, n. 527, in *Ra*ss. *dir. econ. sport,* 2006, pp. 532 s.

[15] Ad esempio, i provvedimenti delle Federazioni sportive nazionali aventi per oggetto lo svolgimento di un campionato sportivo, nella parte riguardante il tesseramento degli atleti, non coinvolgono le deliberazioni e gli indirizzi fissati dal Coni, ma esauriscono la loro portata all'interno della Federazione e sono soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario; sul punto si veda Cass. civ., sez. unite (Ord.), 01 ottobre 2003, n. 14666, in *Mass. Giur. It.,* 2003.

rispetto alla quale, anche in giurisprudenza, se ne è affermata tanto – ma direi prevalentemente – la natura pubblica, quanto quella privata, rimarcando spesso la natura e la qualità delle risorse gestite.

3.1. Segue: il riparto di giurisdizione

Non possiamo quindi prescindere dall'esame degli arresti giurisprudenziali emersi in ordine alle varie fattispecie venute all'attenzione dei giudici, con ripercussioni innanzitutto sotto il profilo del riparto di giurisdizione, per trarre poi conclusioni in ordine alla qualificazione non astratta e non apoditticamente intesa della F.I.G.C.

Nel senso che l'attività della F.I.G.C. può essere finalizzata anche alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva propria dell'ente pubblico CONI, appalesandosi così come suo organo, (con la conseguenza che solo gli atti posti in essere dalla F.I.G.C. in questa qualità saranno soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo) è, ad esempio, una pronuncia del Consiglio di Stato che in un provvedimento di non ammissione ad un campionato riscontra i caratteri della discrezionalità, sul presupposto che si tratti di un provvedimento che non attiene alla sfera dell'organizzazione interna e, come tale, irrilevante per l'ordinamento, bensì a quella della discrezionalità amministrativa della F.I.G.C., rispetto alla quale la posizione giuridica soggettiva delle società sportive, si configura come interesse legittimo, tutelabile davanti al giudice amministrativo. Più precisamente, sulla scorta di siffatta prospettazione giurisprudenziale, allorquando la F.I.G.C. adotta un provvedimento di non ammissione ad un campionato, nei limiti in cui questo provvedimento si fondi sulla carenza, non già del c.d. "titolo sportivo", bensì di altri requisiti prescritti dalla F.I.G.C. in attuazione ed estrinsecazione del suo potere (delegato) di controllo gestionale e, dunque, in forza della sua posizione di soggetto pubblico e nell'esercizio di una sua potestà amministrativa, non può non rimanere assoggettato al regime degli atti amministrativi e, quindi, alla loro impugnabilità davanti al giudice amministrativo[16].

Nella medesima prospettiva e, conseguentemente, i supremi giudici della Cassazione[17] e nuovamente quelli del Consiglio di Stato[18] hanno recentemente affermato che anche la domanda di risarcimento del danno, proposta avverso la F.I.G.C.e la Commissione di Vigilanza delle Società Calcistiche (Covisoc) per l'illegittima ammissione da parte della Federazione di una società ad un campionato sportivo professionistico, resti devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 3 del d.l. 19 agosto 2003 n. 220 (convertito nella legge 17 ottobre 2003 n. 280)[19], e ciò, ancorché l'azione risarcitoria sia promossa da un soggetto terzo rispetto ai destinatari dei provvedimenti emessi dalla F.I.G.C. posto che, sia detto qui *incidenter tantum*, il giudice amministrativo non è più certo un mero giudice dell'atto amministrativo ma giudice del rapporto giuridico.

Quanto innanzi è coerente con la natura di provvedimento amministrativo adottato dai predetti organi e, quindi, con la situazione giuridica di interesse legittimo in capo al soggetto leso, il cui risarcimento, che diventa di diritto soggettivo, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

[16] Cons. Stato, sez. VI, 09 febbraio 2006, n. 527, in *Ra*ss. *dir. econ. sport,* 2006, pp. 532 s. Nel medesimo senso, si veda anche, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 578.

[17] Cass. civ., sez. III, 02 marzo 2012, n. 3252, in *Foro It.,* 2012, 9, 1, p. 2408; Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2010, n. 23598, in *Foro It.*, 2011, 10, 1, p. 2602, secondo cui «Rientra nella giurisdizione ordinaria, in quanto riguardante soggetti privati, la controversia promossa nei confronti dei componenti della commissione di vigilanza delle società calcistiche e di una società che si riteneva illegittimamente ammessa al campionato di serie A, nonché del presidente e di un consigliere della medesima, al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti da tale ammissione, che aveva impedito il ripescaggio di altra squadra, retrocessa in serie B alla fine della precedente stagione sportiva». Nel medesimo senso, si veda Cass. civ., sez. un., Ord., 12 marzo 2009, n. 5973, in *Foro It.*, 2009, 11, 1, p. 3045; Cass. civ., sez. un., Ordinanza, 19 ottobre 2011, n. 21577 (rv. 619040), in *CED Cassazione*, 2011secondo cui: «L'azione risarcitoria proposta dalla curatela di una società calcistica fallita nei confronti della Federazione Italiana Gioco Calcio e della Lega Nazionale Professionisti, per omessa vigilanza sulla regolarità contabile della società assoggettata a fallimento, è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, così come previsto dall'art. 3 del d.l. 19 agosto 2003, n. 220 (convertito nella legge 17 ottobre 2003, n. 280), anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo) che, all'art. 4 dell'allegato 4, ha abrogato il cit. art. 3 e all'art. 133, primo comma, lettera z) ha confermato il criterio di attribuzione della giurisdizione preesistente; l'azione risarcitoria che venga proposta nei confronti di soggetti privati (nella specie, ex amministratori ed ex sindaci) è, invece, assoggettata alla giurisdizione del giudice ordinario. (Regola giurisdizione)». In dottrina per ampi riferimenti sull'assoggettabilità al fallimento delle società sportive che sono, a norma dell'art. 2082 c.c. , a tutti gli effetti imprese commerciali, si rinvia a F. Fimmanò, *La crisi delle società di calcio e l'affitto di azienda sportiva,* in *Riv. dir. fall*, 2006, I.

[18] Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2011, n. 6010, in *Pluris Cedam*, 2011.

[19] D.l. 19 agosto 2003, n. 220, recante Disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva; pubblicato nella Gazz. Uff. 20 agosto 2003, n. 192 e convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, l. 17 ottobre 2003, n. 280 (Gazz. Uff. 18 ottobre 2003, n. 243), entrata in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione. Art. 3, a norma del quale «Esauriti i gradi della giustizia sportiva e ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sui rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti, ogni altra controversia avente ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservata agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ai sensi dell'articolo 2, è disciplinata dal codice del processo amministrativo. In ogni caso è fatto salvo quanto eventualmente stabilito dalle clausole compromissorie previste dagli statuti e dai regolamenti del Comitato olimpico nazionale italiano e delle Federazioni sportive di cui all'articolo 2, comma 2, nonché quelle inserite nei contratti di cui all'articolo 4 della legge 23 marzo 1981, n. 91».

Nel caso di specie, il sostegno all'inquadramento pubblicistico della F.I.G.C. è stato individuato nella circostanza che tramite il proprio organo Covisoc, agisce quale organo del CONI nell'esplicazione dei fini istituzionali di questo, tra i quali fini rientra quello di "organizzazione e potenziamento dello sport nazionale". Di contro, si è ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, per le controversie aventi ad oggetto la domanda di risarcimento del danno, avanzata contro i singoli componenti della federazione sportiva e della Covisoc, nonché contro la società calcistica concorrente ed i suoi amministratori, per i comportamenti illeciti loro ascritti che quell'illegittima iscrizione avrebbero indotto.

3.2. Segue: l'ambito soggettivo di applicazione del Codice dei Contratti pubblici e del procedimento ad evidenza pubblica

Sul presupposto che la F.I.G.C., analogamente a quanto è a dirsi con riferimento alle altre federazioni sportive, pur sorgendo come soggetto privato, può in alcuni casi assumere la qualifica di organo del Coni e partecipare alla natura pubblica di questo[20], la giurisprudenza ha affermato in maniera *tranchante* che anche nella scelta del contraente per la stipula dei contratti aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi, sarà tenuta al rispetto delle procedure ad evidenza pubblica di cui al D. Lgs 12 aprile 2006, n. 163, (Codice dei Contratti Pubblici)[21].

Sulla scorta dell'adozione del Codice dei Contratti Pubblici da parte di tutti i soggetti che espletano attività pubblicistica, in ossequio ai principi di efficacia, efficienza ed economicità, sanciti dall'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241[22], dall'art. 97 Cost., nonché in conformità ai principi di libera concorrenza e parità di trattamento fissati dai Trattati Europei, tutti i predetti soggetti, qualora si ingeriscano nell'attività di rilevanza pubblicistica, saranno tenuti all'applicazione della norme sull'evidenza pubblica.

In questo senso, è pacifica, in determinate circostanze, la soggezione della F.I.G.C. e delle altre Federazioni sportive[23], alle regole della evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti di servizi e forniture (basti pensare ad un contratto avente ad oggetto la fornitura di coppe, medaglie, targhe e piatti). Emblematica una pronuncia dei giudici di Palazzo Spada che si sono spinti fino a concludere che la scelta del contraente di un contratto atipico di sponsorizzazione[24] della squadra nazionale di calcio, lungi dal costituire una fase della c.d. vita interna della F.I.G.C., rappresenta, piuttosto, il momento in cui questa disciplina interessi fondamentali strettamente connessi con l'attività istituzionale sportiva e agisce, pertanto, quale organo del

[20] Conclusione condivisa dalla Suprema Corte e dai giudici di Palazzo Spada; *ex multis*, si veda, Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2004, n. 5775, in *Guida al Diritto*, 2004, 18, 59 e Cons. Stato, sez. VI, 09 luglio 2004, n. 5025, in *Pluris Cedam*, 2008.

[21] D.lgs 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, pubblicato nella Gazz. Uff. 2 maggio 2006, n. 100, S.O.

[22] Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, pubblicata nella Gazz. Uff. 18 agosto 1990, n. 192.

[23] Con riferimento alla FIN, si veda TAR Lazio, sez. III con sentenza n. 5414 del 01 aprile 2010, secondo cui: «… *Omissis*... gli atti – oggetto del presente giudizio – con cui la FIN ha scelto il contraente di un contratto avente ad oggetto la fornitura di coppe, medaglie, targhe e piatti della Federazione, non costituisce una fase della c.d. vita interna della Federazione, ma rappresenta il momento in cui essa provvede a pregnanti esigenze organizzative della parte finale della competizione sportiva, attinenti alla fornitura delle premiazioni di manifestazioni agonistiche, gare, competizioni internazionali che la Federazione organizza nella qualità di organo del C.O.N.I. (segue) Ed invero la fornitura di materiale per le predette premiazioni, se costituisce una funzione privatistico – strumentale per colui che, nell'esercizio dell'attività di impresa la effettua, non è tale per il soggetto che, come la Federazione sportiva, nello svolgimento di una attività pubblicistico – istituzionale, riceve la fornitura stessa al fine dell'allestimento e della consegna del precitato materiale per le premiazioni, epilogo e fine ultimo di ogni competizione sportiva. Pertanto non sembra possibile dubitare che quella posta in essere da FIN nella presente fattispecie sia un'attività certamente funzionale a consentire il compiuto esplicarsi di gare e competizioni sportive, finalizzata ala realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali rientranti tra i compiti del C.O.N.I., di cui la stessa Federazione è organo abilitato ad emettere atti amministrativi (e non meramente privatistici), in relazione ai quali la giurisdizione deve essere certamente riconosciuta al Giudice amministrativo. Le superiori conclusioni trovano supporto nelle produzioni documentali della società ricorrente, da cui risulta che nelle procedure instaurate da altre Federazioni sportive, per l'approvvigionamento del materiale delle premiazioni, vi è parimenti il ricorso alle norme dell'evidenza pubblica».

[24] Il contratto di sponsorizzazione, che fino a poche decine di anni fa riguardava soltanto poche discipline, si è consolidato nella prassi – con una gamma estremamente ampia e diversificata di contenuti – per soddisfare ineccepibili esigenze – sempre più numerose e variegate, sia della moderna comunicazione d'impresa sia, con riguardo all'ambito sportivo, dei soggetti facenti parte di detto ordinamento. La progressiva diffusione del contratto di sponsorizzazione stante la carenza normativa, ha spinto l'interprete ad individuare la disciplina applicabile alla fattispecie. Si tratta di una tipologia contrattuale, infatti che anche se menzionata in numerosi provvedimenti legislativi – da ultimo ad esempio il d.lgs., 15 marzo 2010, n. 44, in tema di esercizio delle attività televisive, non è sottoposto ad una disciplina legale tipica. A volte si è accostato il contratto in questione alla *locatio operis*, nelle due forme dell'appalto di servizi o del contratto d'opera – a seconda dell'esistenza o meno di una organizzazione imprenditoriale, altre volte al contratto associativo. Sull'argomento in dottrina anche per ampi riferimenti bibliografici si rinvia a Giovanni Facci, *La sponsorizzazione sportiva e la violazione della buona fede: questioni vecchie e nuove*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 523.
Si tratta, tuttavia, di figure contrattuali previste dal legislatore per soddisfare funzioni economiche sociali diverse e ben determinate; quel che è certo è che la sponsorizzazione è un contratto atipico ma meritevole di tutela *ex* art. 1322 c.c. L'unica disciplina invocabile appare quella generale codicistica sul contratto che, proprio per l'atipicità della fattispecie in esame, potrà essere integrata da pattuizioni specifiche.

CONI; con la conseguenza che la Federazione è obbligata ad operare la scelta del contraente attraverso una procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto delle disposizioni relative alla stipula dei contratti da parte dei soggetti pubblici[25]. Al fine di dedurre per la F.I.G.C. la natura di ente pubblico quale organo del CONI, i giudici hanno evidentemente guardato ai connotati soggettivi dell'ente, *rectius* della F.I.G.C., alla natura dell'atto compiuto in termini di atto amministrativo e alla qualificazione dell'attività svolta come attività di diritto amministrativo incidente su posizioni di interesse legittimo.

Nella prospettiva giurisprudenziale in esame la scelta del contraente di un contratto atipico di sponsorizzazione sarebbe frutto di un giudizio avente ad oggetto il contenuto delle offerte, l'accertamento delle condizioni per assegnare il contratto, la determinazione autoritaria dell'esito della procedura selettiva e l'implicita affermazione del permanente interesse pubblico alla stipula del contratto.

Sotto altro profilo, pure si ritiene applicabile il Codice dei Contratti Pubblici allorquando, ad esempio, la F.I.G.C. fosse chiamata a realizzare un impianto sportivo o un servizio ad esso collegato, sempre che ricorrano i presupposti di cui all'art. 32 del Codice dei Contratti Pubblici[26].

In questo caso, tuttavia, la sottoposizione della Federazione alla normativa codicistica sui contratti pubblici deriva non già dalla disvelata natura pubblica dell'atto o dell'attività che vale ad ergerla a organo del CONI, ma dalla mera qualificazione formale e, quindi, dalla natura privatistica della F.I.G.C. che fosse chiamata a realizzare determinati lavori o servizi collegati a lavori posti in essere da soggetti privati.

3.2. Segue: l'ambito soggettivo di applicazione della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti federali

A corollario della prevalente qualificazione pubblicistica della F.I.G.C., il panorama giurisprudenziale segnala anche la concreta applicabilità dei principi di cui alla legge sul procedimento amministrativo[27], a norma del cui art. 1, comma 1-*ter*, i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla predetta legge.

Sulla scorta di ciò, si è affermato che allorquando la F.I.G.C. espleti attività pubblicistiche, e così ad esempio quando procede al reclutamento di giudici sportivi, sia tenuta al rispetto dell'obbligo di rendere ostensibili gli atti del procedimento amministrativo, nel caso di specie i documenti inerenti la nomina dei giudici sportivi, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 23 della legge sul procedimento amministrativo[28] e ciò, al fine di favorire la partecipazione e di assicurare l'imparzialità e la trasparenza. Del resto, l'art. 22 della predetta legge ha ampliato la nozione di Pubblica Amministrazione includendovi, oltre a tutti i soggetti di diritto pubblico, anche «i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario».

[25] Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 40, 48; in linea con il medesimo principio, si veda Cons. Stato, sez. VI, Sent. 10 settmbre 2007, n. 4743, in *Pluris Cedam*, 2007, secondo cui «L'attività posta in essere da una federazione sportiva volta alla individuazione e scelta del contraente per un contratto avente ad oggetto l'assicurazione, a favore di tutti i tesserati, per la responsabilità civile e gli infortuni personali derivanti dallo svolgimento di un'attività sportiva, non costituisce una fase della c.d. vita interna della Federazione stessa, ma rappresenta il momento in cui questa, quale organo del C.O.N.I., provvede alla tutela dei suoi iscritti per i rischi ai quali questi sono esposti nell'esercizio dell'attività sportiva. Tale ricerca, quindi, in quanto funzionale a consentire l'esercizio dell'attività in condizioni di maggiore sicurezza, si può dire sia attività finalizzata alla tutela e alla diffusione dello sport e, dunque, rientrante tra i compiti del C.O.N.I. In quanto finalizzata alla realizzazione di interessi fondamentali ed istituzionali dell'attività sportiva, la Federazione agisce, dunque, quale organo del C.O.N.I., ponendo in essere atti amministrativi (e non meramente privatistici), con la conseguenza che la giurisdizione sull'eventuale controversia nascente da tale situazione deve essere riconosciuta al Giudice Amministrativo.»

[26] Art. 32., rubricato «Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori» (artt. 1 e 8, direttiva 2004/18; art. 2, legge n. 109/1994; art. 1, d.lgs. n. 358/1992; artt. 2 e 3, co. 5, d.lgs. n. 157/1995), a norma del quale «1. Salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28 […]; d) lavori, affidati da soggetti privati, di cui all'allegato I, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei lavori; e) appalti di servizi, affidati da soggetti privati, relativamente ai servizi il cui valore stimato, al netto dell'i.v.a., sia pari o superiore a 211.000 euro, allorché tali appalti sono connessi ad un appalto di lavori di cui alla lettera d) del presente comma, e per i quali sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell'importo dei servizi […]».

[27] Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, pubblicata nella Gazz. Uff. 18 agosto 1990, n. 192.

[28] *Ex multis*, con riferimento specifico alla F.I.G.C., si veda T.A.R. Lazio Sez. III-*quater*, 27 novembre 2012, n. 9848, secondo cui «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi si esercita anche nei confronti delle Federazioni sportive, benché limitatamente agli atti assunti nell'esercizio di funzioni pubblicistiche, giacché tali enti – dopo la trasformazione in soggetti dotati di personalità giuridica privata – operano sia in qualità di associazioni di diritto privato, che di organi del Coni per la realizzazione di fini istituzionali di quest'ultimo», *Giur. It.*, 2013, 8-9, 1942.

La F.I.G.C., pertanto, sarà sottoposta anche al rispetto di tutti gli altri obblighi e principi che informano il procedimento amministrativo: basti pensare all'obbligo di motivazione del provvedimento, all'obbligo di conclusione del procedimento entro un termine normativamente fissato, all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, all'obbligo di nominare un responsabile del procedimento.

Del resto, sul presupposto che nell'ambito della progressiva osmosi tra le discipline pubblicistiche e quelle privatistiche, per il perseguimento dell'interesse pubblico, resti determinante il rispetto dei valori dell'imparzialità e del buon andamento, sanciti dall'art. 97 Cost. e di cui anche la normativa sull'accesso costituisce applicazione, già dal 1999 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che – nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e legalità che dominano il procedimento amministrativo – l'amministrazione non può negare l'accesso agli atti riguardanti la sua attività di diritto privato solo in ragione della loro natura privatistica[29].

3.3. Segue: Il radicamento della giurisdizione contabile

Un ultimo spunto di riflessione, sempre connesso alla natura prevalentemente pubblica della F.I.G.C. nelle pronunce dei giudici, concerne la responsabilità amministrativo-contabile e la affermata giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti di funzionari, agenti ed amministratori della F.I.G.C. e delle società ed associazioni ad essa affiliate[30].

Particolare interesse rivestono sul punto alcune decisioni della magistratura contabile, sezione giurisdizionale per il Lazio. In relazione ai noti fatti della vicenda Calciopoli – che ha interessato il campionato di calcio italiano di serie A nella stagione sportiva 2004/2005 –, una pronuncia del 2009 ha affermato, per la prima volta, la giurisdizione contabile nei confronti degli arbitri – associati all'AIA –, degli assistenti di gara, dei direttori di gara e della stessa F.I.G.C[31]; con successiva pronuncia del 2012, poi, non senza alcune incongruenze, la stessa magistratura ha condannato gli arbitri a risarcire 4 milioni di euro alla F.I.G.C.[32].

Segnatamente, i giudici contabili hanno ritenuto che le condotte tenute dai predetti soggetti nell'espletamento di funzioni collegate allo svolgimento regolare e corretto dei campionati di calcio, avessero cagionato un danno erariale, sotto il profilo del danno all'immagine all'ente pubblico Coni.

Degno di nota il fatto che nella verifica di un danno all'immagine dello sport, il sindacato della Corte sia stato delimitato dal segmento dell'attività prestata dagli arbitri quale diretto e specifico esercizio della funzione pubblica di direzione e regolazione dell'attività sportiva svolta sul campo di gioco.

Nel caso di specie, si è ritenuto radicarsi la giurisdizione contabile anche nei confronti della F.I.G.C. in virtù della natura pubblica dell'interesse sportivo inteso come bene inviolabile a livello individuale attraverso il quale si realizza la personalità dell'individuo, anche come persona giuridica, e che per tale ragione necessita di adeguata tutela da parte dell'ordinamento generale; principio, questo, affermato a livello legislativo e poi ripreso dalla giurisprudenza della Corte di Conti[33].

[29] Cons. Stato (Ad. Plen.), 22 aprile 1999, n. 4, in *Giornale Dir. Amm*., 1999, 6, 567.

[30] *Ex multis*, sulla giurisdizione della Corte dei Conti nei confronti della F.I.G.C., C. Conti Lazio, sez. giurisdiz. Sent. 23 gennaio 2008, n. 000120, in *CED Cassazione*, 2008, secondo cui «Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti sulle materie di contabilità pubblica sulle Federazioni sportive, permanendo anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 242/1999, come modificato dal d.lgs. 15/2004, un evidente connotato pubblicistico che caratterizza il rapporto di servizio fra federazioni sportive e CONI, per la valenza pubblicistica dell'attività svolta, per la natura pubblica dei finanziamenti del CONI, per la somma dei poteri di ingerenza della parte pubblica, talmente intensi da arrivare alla misura estrema del commissariamento, e che si esplicano normalmente attraverso atti di riconoscimento, di indirizzo, di controllo dei bilanci, della gestione, dell'attività sportiva, configurazione che non risulta venuta meno neppure a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 138/2002, conv. in l. n. 8 agosto 2008 n. 178, in quanto l'art. 8, che ha disposto il riassetto del CONI istituendo la CONI Servizi s.p.a., non ha fatto venire meno nè le finalità pubbliche perseguite nè il carattere pubblico delle risorse impiegate al tal fine; pertanto, l'eccezione di difetto di giurisdizione, specie alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, che ha sostanzialmente ancorato la giurisdizione della Corte dei conti alla natura pubblica delle risorse impiegate e delle finalità perseguite, non risulta meritevole di accoglimento e va, quindi, respinta (fattispecie relativa a presunti danni derivanti da presunti episodi di peculato e/o appropriazione indebita contestati in sede penale al presidente e a un membro del consiglio direttivo della Lega Nazionale Dilettanti, articolazione della Federazione Italiana Giuoco Calcio).»

[31] C. Conti Lazio, sez. giurisdiz., 11 maggio 2009, n. 872, in *Publica*, 2009; nello stesso senso, *ex multis,* C. Conti Lombardia, sez. giurisdiz., 2 ottobre 2009, in *Riv. Corte dei Conti*, 2009, 5, p. 92.

[32] C. Conti Lazio Sez. giurisdiz 16/10/2012, n. 993, in *www.corteconti.it;* pronuncia che assegna il risarcimento del danno in favore della F.I.G.C., condannando gli arbitri a risarcire 4 milioni di euro alla F.I.G.C.. Le motivazioni, tuttavia, non appaiono ben coordinate rispetto a quelle della precedente pronuncia del 2009 a cui tuttavia rinviano i giudici nel 2012: a ben vedere, infatti, la stessa federazione, nelle pronunce del 2009 viene riconosciuta quale soggetto obbligato allo svolgimento dell'attività di controllo circa l'utilizzazione dei contributi pubblici, dal cui inadempimento si assume derivato il danno erariale sotto il profilo del danno all'immagine dell'ente pubblico Coni, e nel 2012 viene riconosciuta quale soggetto al quale il risarcimento dello stesso danno va corrisposto. È di tutta evidenza l'erroneità di tale assunto: ed invero, chi è tenuto a precisi obblighi di controllo non può ottenere il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento proprio di tali obblighi.

[33] Si vedano le recenti sentenze della Sezione Lazio che si sono occupate di vicende attinenti all'erogazione di contributi da parte del Coni ad associazioni sportive private n. 1525/2008, 1513/2008, 1310/2004.

Nella prospettazione dei giudici contabili, il Coni, quale ente pubblico esponenziale di questo interesse (sportivo) generale, può subire diretta lesione dell'immagine dal comportamento scorretto di tutti coloro che, partecipando alla funzione amministrativa, *rectius* di interesse pubblico, demandata all'ente, minano il prestigio e la fiducia che i cittadini ripongono in un operato corretto e trasparente dell'azione amministrativa.

A sostegno del carattere pubblico dell'attività svolta dalla F.I.G.C., la pronuncia in esame richiama l'art. 15 del decreto Melandri che, come si è visto, assegna alle Federazioni sportive il compito di svolgere l'attività sportiva in armonia con le deliberazioni e gli indirizzi del Comitato Olimpico Internazionale e del Coni "anche in considerazione della valenza pubblicistica di specifici aspetti di tale attività", e l'art. 23 dello Statuto CONI che individua specificamente le attività delle Federazioni sportive da ritenersi a valenza pubblicistica, tra le quali sono ricomprese quelle concernenti il "controllo in ordine al regolare svolgimento delle competizioni e dei campionati sportivi professionistici". Ancor più, sempre nella prospettiva giurisprudenziale che si sta esaminando, l'impronta pubblicistica di alcune attività demandate alle Federazioni sarebbe confortata dalle disposizioni relative al controllo contabile dei bilanci delle Federazioni e delle Discipline associate da parte della Giunta nazionale del CONI e da quelle relative all'utilizzo dei contributi, per ottenere i quali le associazioni sono tenute a sottoporre all'esame della Giunta il bilancio preventivo ed il programma delle attività. Si tratta di attività che, lo ribadiamo, hanno tale valenza per espressa previsione, prima ancora che statutaria, statuale: lo Statuto del CONI, infatti, è approvato con apposito decreto ministeriale.

Pertanto, anche la F.I.G.C., partecipando alla corretta realizzazione del superiore interesse pubblico sportivo, demandatole dal Coni, può determinare quella stessa lesione all'immagine demandata all'ente esponenziale.

Significativo che, nell'orientamento espresso dalla Corte dei Conti, la giurisdizione contabile non si radichi più tanto sul presupposto della natura pubblica del soggetto la cui opera deve essere sottoposta al suo sindacato, quanto sull'effettivo inserimento del soggetto nel procedimento di realizzazione di un interesse pubblico generale per la cui tutela e valorizzazione sono destinate delle risorse pubbliche. I paletti di delimitazione della giurisdizione contabile sono, quindi, dati dall'interesse generale perseguito ma, soprattutto e in via preminente, dal corrispondente impiego delle risorse pubbliche, a nulla valendo la natura giuridica privata del soggetto persona fisica o giuridica che con la sua condotta si inserisce in questo articolato procedimento[34]. Sulla scorta di quanto innanzi, anche l'arbitro e l'assistente di gara, ed anche per quel che a noi interessa la F.I.G.C., restano assoggettati alla giurisdizione della Corte dei Conti nei limiti in cui – partecipando all'esercizio della funzione di interesse pubblico che l'ente pubblico CONI ha demandato alla F.I.G.C. destinandole apposite contribuzioni – possono, con la loro opera professionale, creare pregiudizio all'immagine dell'ente pubblico preposto alla tutela e alla valorizzazione dello sport.

3.4. Segue: l'integrazione dei reati di peculato e appropriazione indebita

Alla luce della disamina giurisprudenziale che si sta compiendo, emerge che la F.I.G.C. è suscettibile di assumere una duplice natura, pubblica e privata, con evidenti ricadute anche sotto il profilo penalistico, in ragione dell'esatta qualificazione e/o integrazione di alcuni reati; si pensi ad esempio, alle condotte appropriative di fondi di una Federazione Sportiva nazionale.

La natura di pubblico ufficiale e/o incaricato di pubblico servizio eventualmente assunta dagli amministratori della F.I.G.C. (a seconda che le si riconosca natura giuridica pubblica o privata) incide indubbiamente sulla qualificazione del reato[35], sulla sua perseguibilità d'ufficio o meno, sulle pene e sulle sanzioni da adottare.

Paradigmatica, seppur non riguardante nello specifico la federazione che si sta esaminando, una recentissima pronuncia della Suprema Corte ove si afferma che la condotta appropriativa che ha ad oggetto fondi specificamente destinati al finanziamento dell'esercizio della pratica sportiva, a tale scopo erogati dal C.O.N.I., integra il delitto di peculato; ciò in quanto, in relazione a tale specifica attività, sono riconosciute alla Federazione connotazioni evidentemente pubblicistiche, e sussiste un vincolo di destinazione dei fondi erogati alla realizzazione di una specifica finalità e funzione pubblica, quale quella della promozione dell'attività sportiva nell'interesse della collettività.

Pertanto, per un'esatta qualificazione giuridica delle condotte appropriative di fondi di una Federazione Sportiva occorre verificare se si tratti di risorse economiche concernenti l'operatività di essa quale soggetto privato ovvero le attività di rilievo pubblicistico rientranti nella rosa delineata nell'art. 23 dello Statuto del CONI.

[34] La prestazione resa dai direttori di gara assume, allora, rilevanza sia nell'ordinamento sportivo nel quale le contestazioni mosse originano da comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, sia nell'ordinamento generale ove si configura come espressione di un'attività a connotazione pubblicistica svolta per conto della F.I.G.C.. Se allora l'attività dei convenuti assume rilevanza nell'ordinamento generale e, per quanto qui interessa, per la salvaguardia dei valori sportivi cui è preposto l'ente pubblico CONI , ne discende che la pretesa risarcitoria azionata dinanzi la Corte dei Conti non può assolutamente prescindere dalla verifica delle modalità in cui la medesima attività è stata posta in essere.

[35] Vedasi reati propri della Pubblica Amministrazione di cui agli artt. 314-360 c.p.

E allora, l'attività attraverso la quale una Federazione sportiva si procura i mezzi finanziari ricevendo i contributi dei propri soci (privati, club e società sportive), e gestisce tali mezzi, rimane estranea all'esercizio dell'attività sportiva e, conseguentemente, è espressione del dinamismo privatistico della Federazione che, in tale settore, non opera come organo del C.O.N.I., ma come persona giuridica privata, con la conseguenza che, nel momento in cui non esercitano una pubblica funzione, i suoi amministratori non rivestono la qualità di pubblici ufficiali ma gestiscono interessi meramente privatistici dell'ente[36].

4. La "residuale" natura privata della F.I.G.C. nei recenti arresti giurisprudenziali

Ciò detto in ordine ai risvolti applicativi che derivano dall'esaltazione del profilo pubblicistico della F.I.G.C., l'indagine può volgere alla Federazione *de qua* nella "veste" privatistica che, pur dovendo essere in linea di principio quella sua propria, paradossalmente, nelle pronunce dei giudici, è relegata ad ipotesi pressocchè residuale.

Ed invero, a favore della natura privatistica della F.I.G.C., oltre alla espressa qualificazione normativa, depongono isolate pronunce.

Degna di nota è una decisione del Tribunale amministrativo laziale[37] che, nell'annullare un atto amministrativo (nella specie l'elenco Istat[38] che includeva la F.I.G.C. tra le Amministrazioni Pubbliche inserite nel conto economico consolidato dello Stato), ne ha contestato, in verità solo implicitamente, la natura pubblica.

Nella prospettiva adottata dai giudici amministrativi, la F.I.G.C. non recherebbe le caratteristiche tipiche della cd. "unità istituzionale" – assunta dal legislatore[39] come termine di riferimento per il controllo della spesa pubblica nel settore della Pubblica Amministrazione e per il suo contenimento – così come individuate dal sistema statistico comunitario SEC 95[40] che, intanto riconosce la qualifica di unità istituzionale (oltre che agli organismi pubblici... ecc.) anche alle istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica (come la F.I.G.C. appunto), in quanto siano controllate e finanziate in prevalenza dalla Pubblica Amministrazione, sì da incidere in modo significativo sul disavanzo e sul debito pubblico, ciò che accade quando i ricavi per proprie prestazioni di servizi, in condizioni di mercato, non arrivano a coprire una quota superiore al 50% dei costi di produzione, con la conseguenza che si impone un continuo intervento pubblico per realizzare il pareggio di bilanci[41].

Ciò premesso, la F.I.G.C. non può essere qualificata "unità istituzionale pubblica"; a ben vedere, infatti, non può dirsi né sottoposta a controllo pubblico per il solo fatto di essere solo vigilata dall'ente pubblico Coni, né soggetta a prevalente finanziamento statale.

Ed invero, la nozione comunitaria di controllo di cui al SEC 95 non si identifica con quella recepita nel nostro ordinamento e, cioè, innanzitutto controllo sugli atti, (in particolare bilancio di previsione e sul conto) da parte di un soggetto pubblico sovraordinato, ma si sostanzia nel potere giuridicamente riconosciuto ad un'Amministrazione pubblica di "determinare la politica generale e i programmi della singola unità istituzionale", cioè di stabilire in via autonoma gli obiettivi che è chiamata a raggiungere e le modalità che deve seguire per realizzarli.

La F.I.G.C., pertanto, si sottrae ad un controllo così qualificato da parte dell'ente pubblico Coni che, infatti, esercita nei riguardi delle federazioni solo un potere di verifica che esse svolgano la loro attività in armonia con le proprie deliberazioni e con i propri indirizzi: si tratta di un potere di vigilanza che nulla ha a che vedere con il potere di determinare "la politica generale e i programmi". Nessun dubbio, quindi, che la F.I.G.C. non rientri nella nozione di amministrazione pubblica, quanto meno sotto il profilo della richiesta sottoposizione a controllo pubblico (così come inteso a livello comunitario).

Quanto, poi, all'altro elemento da valutare ai fini del corretto inserimento della F.I.G.C. nell'elenco Istat come "unità istituzionale", si è già detto che l'autonomia finanziaria si manifesta con la capacità di coprire il costo complessivo sostenuto nel singolo esercizio con le proprie entrate in misura superiore al 50%.

Orbene, posto che le entrate della F.I.G.C.[42] coprono in misura superiore al 50% il costo complessi-

[36] Cass. pen., sez. VI, 21 ottobre 2014, n. 53578, in *Quotidiano Giuridico*, 2015; fattispecie in cui la S.C. ha ravvisato il concorso formale tra i reati di cui agli artt. 314 e 646 cod. pen., tale ultimo aggravato ai sensi dell'art. 61 n. 11 cod. pen., nella condotta del responsabile dell'ufficio amministrativo della Federazione Italiana Sport del Ghiaccio che, nella sua qualità, si era appropriato sia di somme di provenienza privata – tesseramenti, affiliazioni e multe irrogate a società e tesserati – che di fondi erogati dal C.O.N.I. per il finanziamento delle attività sportive.

[37] T.a.r. Lazio - Roma, sez. III *quater*, Sent., 12 luglio 2011, n. 6201, in *Pluris Cedam*, 2001.

[38] L'Elenco Istat rappresenta un importante punto di riferimento per l'applicazione di una serie di norme e di vincoli per i soggetti ivi inclusi (si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle varie disposizioni in materia di "*spending review*").

[39] Art. 1, c. 2, l. 31 dicembre 2009, n. 196, cd. di contabilità e finanza pubblica che definisce il proprio ambito di riferimento con richiamo agli altri enti e soggetti individuati dall'Istat come amministrazioni pubbliche.

[40] Sistema statistico comunitario recepito integralmente dal legislatore nazionale, art. 6 l. 78/10 e adottato dall'Istat per individuare i settori della PA sui quali ridurre la spesa pubblica.

[41] Una verifica, questa in ordine al prevalente finanziamento pubblico che, è bene precisare sin da ora, impone un raffronto tra costi complessivi e entrate proprie e non già tra contributi CONI ed entrate proprie.

[42] Le entrate della F.I.G.C. derivano prevalentemente dalla vendita di biglietti d'ingresso per le gare e per attività di merchandising; da forme di sponsorizzazioni presenti sulle attrezzature sportive di gara e negli impianti sportivi; da sponsorizzazioni ufficiali presenti sul sito web della Federazione; da diritti audiovisivi sportivi degli eventi di campionato, coppe e tornei professionistici a squadre; da risorse derivanti dalle squadre nazionali di calcio.

vo sostenuto nel singolo esercizio e che è piuttosto la F.I.G.C. a finanziare in larga misura il CONI consentendogli di contribuire alla sopravvivenza delle Federazioni minori, l'autonomia finanziaria della prima è assoluta, con la conseguenza che il contributo che il CONI eroga alla F.I.G.C. rappresenta solo una parte minima di quello che da essa riceve.

La F.I.G.C., in definitiva, non va inclusa fra le "unità istituzionali" di cui all'elenco Istat, non già, e comunque non solo, perché normativamente qualificata persona giuridica privata, ma anche perché non è sottoposta al controllo pubblico nella prospettiva comunitaria come sopra delineata e, soprattutto, perché provvede in misura assolutamente prevalente con proprie entrate alla copertura dei costi afferenti l'attività svolta, fruendo di un contributo da parte del Coni largamente inferiore al 50% della spesa complessiva sostenuta.

A sottolineare, seppur indirettamente, il profilo privatistico della F.I.G.C., è anche una recentissima pronuncia dei giudici di Palazzo Spada che, con riferimento all'attività di organizzazione di competizioni calcistiche europee, Europa League, le ha riconosciuto la natura associazione con personalità giuridica di diritto privato, sul presupposto che in questo caso la stessa non agisce come organo del C.O.N.I. (ente pubblico), bensì della U.E.F.A., organismo di natura privata, del tutto estraneo all'organizzazione amministrativa italiana[43].

A confortare la natura privatistica della F.I.G.C., tuttavia, valgono non solo le isolate pronunce di cui si è detto. Elemento sintomatico della natura privatistica della F.I.G.C., infatti, è anche l'art 1, comma 2 del D. lgs., 30 marzo 2001, n. 165[44] nella parte in cui sembra escludere dal novero delle amministrazioni pubbliche le federazioni sportive non includendole fra i soggetti giuridici che espressamente si fanno rientrare nella PA; evidenziando, piuttosto, di contro, l'applicabilità delle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, all'ente pubblico Coni[45].

5. Conclusioni

Dai rilievi svolti emerge un dato di solare evidenza: la natura privatistica (solo) sancita a livello normativo non osta all'emersione di indirizzi giurisprudenziali che connotano in senso prevalentemente pubblicistico la gran parte delle attività e degli atti federali, sul semplice presupposto che qualunque attività federale sia, direttamente o indirettamente, funzionale alla realizzazione dell'interesse istituzionale dell'organizzazione sportiva; con la conseguenza di vanificare la qualificazione legislativa delle federazioni come soggetti di diritto privato.

E così, in nome della forse fraintesa "valenza pubblicistica" di talune attività federali, la giurisprudenza ha finito col ritenere pubblici, e per questa "comoda" strada sottoponibili al controllo statale, quasi ogni atto e attività federale, con la conseguenza di ampliare oltre misura l'ambito di applicazione del diritto amministrativo fino ad estenderlo a controversie che insorgono intorno ad attività proprie di associazione con personalità giuridica di diritto privato[46].

È questo il nodo del problema, ed è un nodo sostanzialmente metodologico che, tuttavia, attraversa trasversalmente una serie di problematiche sotto il profilo applicativo.

In nome delle pur giuste esigenze di trasparenza, imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, nitide soprattutto nella materia dei contratti pubblici, l'evidente svuotamento della qualificazione normativa delle federazioni sportive nazio-

[43] Cons. Stato, sez V, 25 luglio 2014, n. 3958, in *CED Cassazione* 2014, secondo cui l'origine internazionale della UEFA non consente una estensione al caso di specie dei principi affermati in passato che – sull'assunto che nell'attività di organizzazione di competizioni calcistiche nazionali la F.I.G.C. agisce come organo delegato del CONI, e dunque partecipa della natura di ente pubblico di quest'ultimo, esercitando poteri di carattere autoritativo – affermano la giurisdizione amministrativa in controversie concernenti l'iscrizione di società calcistiche a campionati nazionali (si veda da ultimo, sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5025 e 9 febbraio 2006, n. 527). La natura privata della UEFA, soggetto del tutto estraneo all'organizzazione amministrativa italiana, e, conseguentemente, dell'attività da questa svolta nell'organizzare la Europa league, non rende in alcun modo ravvisabile la spendita di poteri amministrativi. In particolare, l'ammissione a detta competizione è regolata dal manuale per il rilascio delle licenze Uefa della F.I.G.C., redatto sulla base ("in ottemperanza": art. 2.2) della normativa elaborata dalla "*UEFA Club licensing and financial fair play regulations*", approvato dal comitato esecutivo dell'organizzazione calcistica Europea il 18 maggio 2012. Di contro, per la giurisdizione amministrativa in controversie concernenti l'iscrizione di società calcistiche a campionati nazionali, si veda da ultimo, sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5025 e 9 febbraio 2006, n. 527; questo indirizzo si fonda.

[44] D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", pubblicato nella Gazz. Uff. 9 maggio 2001, n. 106, S.O.

[45] Art. 1, comma 1: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300. Fino alla revisione organica della disciplina di settore, le disposizioni di cui al presente decreto continuano ad applicarsi anche al CONI».

[46] A questo sempre più invadente intervento dell'autorità giurisdizionale amministrativa si è aggiunta la crescente tendenza del giudice statale a «rimuovere il provvedimento adottato dagli organi di Giustizia Sportiva, sovrapponendosi alle decisioni adottate dai competenti organi federali»; così M. Sanino, *Il diritto sportivo*, Padova, 2011, p. 525.

nali quali "soggetti di diritto privato" ne ha oltremodo compromesso l'attività *iure privatorum* relegandola in margini talmente angusti da pregiudicare l'autonomia di tipo privatistico espressamente riconosciuta, prima ancora che dal decreto Melandri, così come modificato dal decreto Pescante, dallo stesso codice civile agli organismi associativi di diritto privato.

In definitiva, la tendenza della giurisprudenziale ad ancorare le federazioni al diritto pubblico, ha completamente tradito lo spirito della riforma che, *ex lege*, aveva attribuito alle federazioni sportive la personalità giuridica privatistica per rafforzare le posizioni giuridiche di società, associazioni ed eventualmente tesserati quali titolari di diritti soggettivi nei rapporti con le federazioni[47].

Tale effetto, piuttosto distonico rispetto alle esigenze di carattere meramente privatistico delle Federazioni Sportive, si accresce allorchè si consideri che la giurisprudenza sembra legare la natura pubblicistica non solo e non tanto all'attività concretamente svolta, bensì, al mero dato formale che la stessa attività sia espletata in qualità di organo di un soggetto qualificato "pubblico" dall'ordinamento giuridico. Prova ne è che nello svolgimento delle medesime attività, organizzazione di competizioni calcistiche, si è attribuita alla F.I.G.C la veste di organo del C.O.N.I., ove l'attività riguardi campionati nazionali e, di contro, quella di organismo privato ove la medesima attività riguardi competizioni calcistiche europee, agendo in questo caso come organo della UEFA, soggetto di natura privata, di origine internazionale, del tutto estraneo all'organizzazione amministrativa italiana.

Se così è, non è vero che la F.I.G.C. assume connotazioni pubblicistiche o privatistiche a seconda dell'attività concretamente posta in essere, come addotto dalla prevalente giurisprudenza (per lo più amministrativa) per giustificare la riconduzione delle attività federali sotto la propria giurisdizione.

Volendo provare, infine, a compiere una riflessione sotto il profilo di politica del diritto, la tendenza giurisprudenziale a ricondurre ad ogni costo gli atti e le attività federali sotto l'egida del controllo statale, pare pericolosamente rievocare qui regimi totalitari che dello sport facevano uno strumento di propaganda, di consenso, ed anche un elemento distorsivamente educativo per preparare la "nazione in armi"[48].

Ma, soprattutto, l'orientamento verso il quale tende a consolidarsi la giurisprudenza contrasta con altri fondamentali principi del nostro ordinamento costituzionale: non solo con il principio pluralista – che, quanto alle istituzioni, trova il proprio fondamento nell' art. 2 Cost. e che dovrebbe piuttosto valorizzare le comunità intermedie, (formazioni sociali) fra individuo e Stato e la loro autonomia privata, come strumento per un più compiuto sviluppo della personalità umana –; ma anche con il principio di sussidiarietà – che trova il proprio fondamento nell'art. 118, comma 4 Cost. e che sancisce la piena compatibilità delle forme organizzative privatistiche con l'esercizio di attività di interesse generale –. Del resto, proprio sulla scorta di quest'ultimo principio, si è condivisibilmente affermato in dottrina che «si impone di privilegiare scelte interpretative in favore dell'autonomia privata delle Federazioni sportive, quali soggetti sussidiari, ove questa, come nel caso dei rimedi giustiziali endoassociativi e delle correlate procedure arbitrali, risulti più economica ed efficace di quella pubblica»[49].

Da ultimo, stante le incertezze che continuano ad orbitare intorno alla qualificazione giuridica delle federazioni sportive, occorre un intervento chiarificatore da parte del legislatore, a garanzia degli operatori e del principio di certezza di tutta la complessa organizzazione sportiva sul piano nazionale.

In questo contesto si inserisce il disegno di legge avente ad oggetto "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche" proprio in questi giorni all'esame del Parlamento.

In un primo momento, l'art. 8 del testo presentato al Senato, rubricato «Definizioni di pubblica amministrazione», annoverava le federazioni sportive fra gli "organismi privati di interesse pubblico"; nel corso dell'esame la disposizione *de qua* è stata stralciata. Oggi, la Legge 7 agosto 2015, n. 214 recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche[50] nulla più dispone circa la qualificazione delle federazioni sportive nazionali; salvo prevedere, tra i principi e i criteri direttivi fissati dal Parlamento, la semplificazione e il coordinamento delle norme riguardanti l'ordinamento sportivo, con il mantenimento della sua specificità[51].

[47] Resta inteso, tuttavia, che queste tutele vanno coordinate con l'inquadramento delle federazioni nell'organizzazione complessiva dello sport.

[48] In Italia, per esempio, l'opera di Mussolini fu rigorosa anche nelle istituzioni educative e scolastiche come ad esempio, la GIL, la Gioventù Italiana del Littorio, l'Opera Nazionale Balilla (ONB) e i gruppi universitari fascisti (GUF) che si occupavano dell'educazione del giovane fascista e della formazione della futura classe dirigente affiliata all'ideologia fascista. Il celebre motto della GIL "credere, obbedire, combattere" è testimonianza dell'attività di persuasione e manipolazione attuata anche tra i bambini. Secondo questo principio, l'obiettivo era quello di creare futuri soldati pronti ad obbedire agli ordini e alle direttive provenienti dall'alto.

[49] A. De Silvestri, *Gli inesistenti indici sintomatici di pubbliche funzioni nelle attività federali e di lega*, in *www.giustiziasportiva.it,* n. 3 2007.

[50] Legge 7 agosto 2015, n. 214 recante "Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, pubblicata nella Gazz. Uff. 13 agosto 2015, n. 187.

[51] A mero titolo esaustivo, si evidenzia che, seppur sotto altro profilo ma sempre con riferimento al contesto sportivo l'art. 8 rubricato «Riorganizzazione dell'amministrazione dello Stato», statuisce che: «Il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per modificare la disciplina della Presidenza del

Con lo stralcio della disposizione che pure azzardava una collocazione giuridica delle federazioni sportive nazionali annoverandole tra gli organismi privati di interesse pubblico, si rischia di perdere una grande occasione per fare definitivamente chiarezza sulla controversa natura giuridica delle federazioni sportive. Ma è evidente che esso disvela scelte politiche sulle quali non ci si può esimere dal compiere una riflessione critica.

Per quanto si auspichi che dietro l'inerzia del legislatore si nasconda la volontà di lasciare intatta la qualificazione privatistica – pur con le incertezze che ne derivano sotto il profilo applicativo stante l'ambiguità dell'espressione "valenza pubblicistica" di specifiche tipologie di attività che esse possono esercitare – non v'è dubbio che, sotto altro profilo, la confusione che ne deriva continua a lasciare aperta la strada ai giudici – per lo più amministrativi e contabili – per ampliare senza ragionevoli limiti il controllo pubblico sulle attività delle federazioni sportive nazionali.

E allora, approfittando dell'era delle riforme che indubbiamente sembra aver avviato nel nostro Paese, rivolgiamo un invito al Governo Renzi, affinchè ponga definitivamente fine alla *vexata quaestio* concernente la natura giuridica delle federazioni sportive; e così, proprio sulla scorta dell'intenzione del disegno di legge di cui sopra, se non azzardare una precisa qualificazione e/o collocazione giuridica, che provi quantomeno a specificare, eventualmente anche in sede di decreto legislativo, quali siano le "attività a valenza pubblicistica" piuttosto che lasciarne demandata l'individuazione pressocchè generica ad una norma statutaria, in modo da evitare l'esasperazione dell'impronta pubblicistica, dietro la quale vi è la mal celata volontà di imporre un sempre più incisivo controllo statale nei confronti delle federazioni sportive nazionali a discapito della loro autonomia privata.

Consiglio dei ministri, dei Ministeri, delle agenzie governative nazionali e degli enti pubblici non economici nazionali. I decreti legislativi sono adottati nel rispetto dei seguenti princìpi e criteri direttivi:» *(Omissis)* «con riferimento a enti pubblici non economici nazionali e soggetti privati che svolgono attività omogenee: semplificazione e coordinamento delle norme riguardanti l'ordinamento sportivo, con il mantenimento della sua specificità; riconoscimento delle peculiarità dello sport per persone affette da disabilità e scorporo dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) del Comitato italiano paralimpico con trasformazione del medesimo in ente autonomo di diritto pubblico senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, nella previsione che esso utilizzi parte delle risorse finanziarie attualmente in disponibilità o attribuite al CONI e si avvalga per tutte le attività strumentali, ivi comprese le risorse umane, di CONI Servizi spa, attraverso un apposito contratto di servizio; previsione che il personale attualmente in servizio presso il Comitato italiano paralimpico transiti in CONI Servizi spa; riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, con particolare riferimento al numero, all'individuazione di autorità di sistema nonché alla governance tenendo conto del ruolo delle regioni e degli enti locali e alla semplificazione e unificazione delle procedure doganali e amministrative in materia di porti» *(Omissis)*.

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)*

Aggiudicazione provvisoria – La stazione appaltante può adottare provvedimenti in autotutela per riesaminare il procedimento sino a quel momento condotto

Per orientamento giurisprudenziale consolidato l'aggiudicazione provvisoria è atto infraprocedimentale, ad efficacia interinale, ex se *inidoneo a sostanziare affidamento alcuno nella stipulazione del contratto; pertanto, fino a che non sia stato adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante è abilitata ad adottare atti d'autotutela al fine di riesaminare* funditus *il procedimento di gara già espletato.*

Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2015, n. 3956

Pres. C. Volpe, Est. O. M. Caputo

Anomalia dell'offerta – Ove l'offerta non sia ritenuta anomala, sufficiente una motivazione per relationem alle giustificazioni del ricorrente

In relazione al giudizio di anomalia dell'offerta l'obbligo motivazionale gravante sull'Amministrazione varia a seconda che venga in rilievo un giudizio negativo di anomalia o un giudizio positivo di congruità (e, dunque di non anomalia). Il giudizio negativo di anomalia richiede una motivazione rigorosa ed analitica, invece non necessaria nell'ipotesi di esito positivo, per il quale è sufficiente una motivazione per relationem *alle giustificazioni, in quanto adeguate, del concorrente; in tal caso incombe su chi contesta l'aggiudicazione l'onere di individuare una manifesta irragionevolezza o erroneità o travisamento del giudizio escludente anomalie dell'offerta.*

Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3935

Pres. F. Patroni Griffi, Est. R. Giovagnoli

Casellario informatico – L'annotazione nel casellario non elide il potere di accertamento spettante alla P.A.

Il casellario informatico costituisce uno strumento per agevolare le stazioni appaltanti nella verifica preliminare dei requisiti di ordine generale ai fini dell'ammissione alla gara delle imprese partecipanti, che tuttavia non è rivestito da alcuna previsione normativa del valore di prova legale e che, quindi, non elide i poteri di accertamento e le conseguenti valutazioni ad esse spettanti.

L'automatismo tra annotazione nel casellario e mancato possesso dei requisiti di partecipazione inoltre finirebbe per fare gravare sugli operatori economici i rischi connessi agli inevitabili ritardi con cui il casellario viene aggiornato, in particolare nel caso in cui le cause ostative alla partecipazione alle gare segnalate nel casellario siano state rimosse in tempo, ma ciò nondimeno non siano state effettuate le conseguenti variazioni pubblicitarie.

Cons. Stato, sez. V, 04 agosto 2015, n. 3846

Pres. A. Pajno, Est. F. Franconiero

Concessione di servizi – È applicabile l'art. 38 del codice appalti, trattandosi di un principio di ordine pubblico

Per orientamento giurisprudenziale le disposizioni di cui all'articolo 38 del 'Codice dei contratti' sono applicabili anche alla concessione di servizi, trattandosi di una norma generale e di un principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza di disporre di un soggetto contraente con l'amministrazione il quale sia affidabile sotto il profilo morale e degli altri requisiti richiesti.

Cons. Stato, sez. VI, 07 agosto 2015, n. 3910

Pres. F. Patroni Griffi, Est. C. Contessa

Danno curriculare – È necessario fornire una puntuale prova del danno patito, quale ad esempio la diminuzione di redditività

Il "danno curriculare" non coincide con il pregiudizio «derivato direttamente dall'illegittimità dell'aggiudicazione e conseguentemente dal mancato legittimo conseguimento dell'appalto», né tanto meno può essere ricondotto alla «mera perdita di chances», occorrendo che tale voce di danno sia dimostrata mediante puntuali elementi probatori a sostegno, quali la diminuzione di redditività o la perdita di occasioni contrattuali.

Cons. Stato, sez. V, 01 agosto 2015, n. 3769

Pres. A. Pajno, Est. F. Franconiero

Obblighi dichiarativi – I concorrenti non possono selezionare, ai fini della dichiarazione, le condanne riportate

La valutazione della gravità delle condanne riportate dai concorrenti e la loro incidenza sulla moralità professionale spetta esclusivamente alla stazione appaltante e non già ai concorrenti, i quali sono tenuti ad indicare tutte le condanne riportate, non potendo essi operare alcun filtro.

Cons. Stato, sez. V, 07 agosto 2015, n. 3884

Pres. L. Maruotti, Est. P. G. N. Lotti

Obblighi dichiarativi – Non opera il principio del falso innocuo in caso di mancata dichiarazione di precedenti penali

In caso di mancata dichiarazione di precedenti penali non può operare il principio del c.d. falso innocuo, laddove si tratti di assenza di dichiarazioni previste dalla legge e dal bando di gara a pena di esclusione; solo se la dichiarazione sia resa sulla base di modelli predisposti dalla stazione appaltante ed il concorrente incorra in errore indotto dalla formulazione ambigua o equivoca del bando non può determinarsi l'esclusione dalla gara per l'incompletezza della dichiarazione resa.

Cons. Stato, sez. V, 07 agosto 2015, n. 3884

Pres. L. Maruotti, Est. P. G. N. Lotti

Obblighi dichiarativi – Ai fini dell'esonero della dichiarazione del provvedimento di condanna è necessario che sia già intervenuta la pronuncia che dichiari l'estinzione del reato

L'estinzione del reato – che consente di non dichiarare l'emanazione del relativo provvedimento di condanna – non è automatica per il mero decorso del tempo ma deve essere formalizzata in una pronuncia espressa del giudice dell'esecuzione penale, che è l'unico soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il compito di verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per la relativa declaratoria; ne deriva che fino a quando non intervenga tale provvedimento giurisdizionale non può legittimamente parlarsi di «reato estinto».

Cons. Stato, sez. V, 07 agosto 2015, n. 3884

Pres. L. Maruotti, Est. P. G. N. Lotti

Offerte concordate – Sufficiente provare il previo concerto tra le imprese e non la concreta alterazione della gara

La giurisprudenza richiede la dimostrazione concreta che le concorrenti a procedure d'appalto legate dal punto di vista societario o in virtù di rapporti familiari abbiano inteso falsare la selezione concorsuale concordando le rispettive offerte. È dunque necessaria la prova "in concreto" di un "previo concerto" e di una reciproca influenza tra le concorrenti in questa fase prodromica alla partecipazione alla gara, ma giammai quella che la gara sia stata concretamente alterata; è sufficiente l'esistenza di una pluralità di elementi indiziari legati all'intrinseco contenuto formale e sostanziale delle offerte (ed in particolare la somiglianza e l'entità dei ribassi rispettivamente offerti), tali da consentire di esprimere una valutazione inferenziale dell'esistenza di un centro decisionale unitario.

Cons. Stato, sez. V, 1° agosto 2015, n. 3772

Pres. A. Pajno, Est. F. Franconiero

RTI – L'obbligo di specificare le parti di servizio che le singole imprese devono eseguire si applica a qualsiasi raggruppamento

Nelle sentenze dell'Adunanza plenaria del 13 giugno 2012, n. 22 e 5 luglio 2012, n. 26 si è affermato che nelle procedure aventi per oggetto l'affidamento di servizi l'obbligo di provvedere alla specificazione delle parti del servizio da eseguire ad opera delle singole imprese raggruppate o consorziate, sancito dall'art. 37, comma 4, cod. contratti pubblici, è espressione di un principio generale, che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), non distinguendo il dettato normativo tra associazioni di tipo orizzontale e associazioni di tipo verticale, alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione (costituita o costituenda).

Cons. Stato, sez. V, 01 agosto 2015, n. 3769

Pres. A. Pajno, Est. F. Franconiero

RTI – Solo in caso di raggruppamento orizzontale è ravvisabile un vincolo solidale di tutte le imprese rispetto alla stazione appaltante

La distinzione tra raggruppamenti orizzontali e verticali si basa sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara: il raggruppamento orizzontale è caratterizzato dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti l'oggetto dell'appalto, mentre nel raggruppamento verticale l'impresa mandataria apporta le competenze necessarie ad eseguire la prestazione prevalente o principale. Conseguentemente, sul piano del regime delle responsabilità, nei raggruppamenti orizzontali ciascuna delle imprese riunite è responsabile solidalmente nei confronti della stazione appaltante, mentre nei raggruppamenti verticali le mandanti rispondono ciascuna per le prestazioni assunte e la mandataria risponde in via solidale con ciascuna delle imprese mandanti in relazione alle rispettive prestazioni secondarie (art. 37, comma 5, cod. contratti pubblici).

Cons. Stato, sez. V, 01 agosto 2015, n. 3769

Pres. A. Pajno, Est. F. Franconiero

Vicende soggettive – In caso di subentro nella posizione soggettiva del concorrente la stazione appaltante non deve compiere verifiche ulteriori a quelle previste dalla legge

La codificazione ad opera dell'art. 51 dell'opponibilità alla Stazione appaltante della posizione del soggetto subentrante all'esito delle operazioni indicate dalla norma ha introdotto un temperamento al principio dell'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, salvaguardando così la libertà contrattuale delle imprese, che possono procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbiano partecipato.

Non può essere seguita l'impostazione secondo la quale l'Amministrazione potrebbe verificare – sulla base di ulteriori parametri, non precisati da una disposizione normativa primaria o secondaria – se il subentrante, in concreto, «possa effettivamente disporre dei requisiti ad esso trasferiti».

Cons. Stato, sez. V, 03 agosto 2015, n. 3819

Pres. L. Maruotti, Est. N. Gaviano

Diritto tributario

Alcuni cenni sul contenzioso catastale alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali 154
di Clelia Buccico

Reato di omesso versamento dell'IVA. Illegittimità costituzionale art. 10-*ter* d.lgs. 74/00. *Nota a Corte Costituzionale 12.3.2014 n. 80* 164
di Domenico Cesaro

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia 176

Clelia Buccico
Professore Associato di Diritto Tributario – Seconda Università degli Studi di Napoli

Alcuni cenni sul contenzioso catastale alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali

abstract

The decision by the United Sections of the Supreme Court in its order no. 15291 of 21 July 2015 reverses the orientation of the past and says that the causes related to the class transfer of property and allocation of land rents are the responsibility of the tax court, even when in use in the administration is the taxpayer, but the municipality in which the property is situated stacked. Hence the need to analyze the evolution of the litigation cadastral and to dwell on the consequences of such jurisprudence.

keywords

Class transfer property – cadastral.

abstract

La decisione assunta dalle sezioni unite della Cassazione nell'ordinanza n. 15291 del 21 luglio 2015 ribalta gli orientamenti del passato e afferma che le cause relative al classamento degli immobili e all'attribuzione delle rendite catastali sono competenza del giudice tributario, anche quando a ricorrere nei confronti dell'amministrazione non è il contribuente, ma il comune nel cui territorio si trova il bene accatastato. Di qui la necessità di analizzare l'evoluzione del contenzioso catastale e di soffermarsi sulle conseguenze di tale orientamento giurisprudenziale.

parole chiave

Classamento immobili – rendita catastale.

sommario

1. Le Commissioni Censuarie e la loro evoluzione. – **2.** Le questioni catastali dalle Commissioni censuarie alle Commissioni tributarie. – **3.** La riforma del processo tributario e gli atti catastali autonomamente impugnabili. – **4.** Le parti nelle controversie catastali. – **4.1.** Recenti orientamenti giurisprudenziali. – **5.** Conclusioni.

1. Le Commissioni Censuarie e la loro evoluzione

Tutta la materia catastale in passato era ritenuta di competenza strettamente amministrativa. In argomento intervenne la l. 8 marzo 1943, n. 153, sulla «Costituzione, attribuzioni e funzionamento delle commissioni censuarie»[1].

Le Commissioni erano intese come coadiuvanti «per i lavori di formazione e di conservazione del nuovo catasto terreni e del nuovo catasto edilizio urbano» dall' Amministrazione del catasto e dei servizi catastali, ed erano distinte in Commissioni Censuarie Comunali, Provinciali e nella Commissione Censuaria Centrale (art. 1, co. 1 l. 1943, n. 153).

Le Commissioni dei comuni capoluoghi di provincia erano formate da due sezioni, una per ciascun catasto, ciascuna di quattro membri effettivi e due supplenti, scelti dall'Intendente di Finanza, in una rosa tripla di candidati indicati dal Comune, formata fra contribuenti dell'imposta fondiaria, fra i lavoratori dell'agricoltura, tra tecnici ed esperti agrari (art. 2 l. 1943, n. 153).

Le Commissioni Censuarie Provinciali erano pur esse formate da due sezioni di quattro effettivi e due supplenti, di analoga estrazione (art. 4 l. 1943, n. 153).

La Commissione Censuaria Comunale[2] era nuovamente formata da due sezioni, con componenti che partecipavano ad entrambe (il direttore generale del catasto e servizi tecnici erariali; un funzionario dell'Avvocatura Generale dello Stato; un magistrato di Roma; cinque effettivi e due supplenti scelti fra esperti). Altri componenti facevano parte solo di una o dell'altra sezione (art. 6 l. 1943, n. 153).

La competenza delle Commissioni era promiscua. La norma infatti sanciva che: «Le commissioni censuarie comunali, su richiesta dell'amministrazione del catasto e dei servizi tecnici erariali, devono prestare il loro concorso nelle operazioni di formazione e di conservazione del nuovo catasto terreni e del nuovo catasto edilizio urbano, nei limiti e modi stabiliti dai regolamenti per la esecuzione delle anzidette operazioni.

In materia di nuovo catasto terreni compete ad esse:

[1] C. Grande, *(voce) Commissioni censuarie*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

[2] P. Ciavarella, *Le problematiche giuridiche degli organi tecnici censuari,* in *Comm. trib. centr.*, 1981.

a) di esaminare ed approvare il prospetto delle qualità e classi dei terreni del proprio comune;

b) di decidere in prima istanza sui reclami dei possessori in merito alla intestazione, delimitazione, figura, estensione e classamento dei rispettivi beni nonché alle quote di ripartizione dell'estimo fra i compossessori a titolo di promiscuità, di una stessa particella.

In materia di nuovo catasto, edilizio urbano compete ad esse:

c) di esaminare ed approvare per il territorio del proprio comune, il quadro delle categorie e delle classi;

d) di decidere in prima istanza sui reclami dei possessori in merito al classamento ed alla consi-stenza delle singole unità immobiliari urbane, nonché all'attribuzione della rendita catastale.

Tanto in materia di nuovo catasto terreni quanto in materia di nuovo catasto edilizio urbano, le commissioni censuarie comunali hanno facoltà di presentare alle commissioni censuarie provinciali reclami ed osservazioni sui prospetti delle tariffe relative al proprio comune» (art. 20 l. 1943, n. 153).

Quanto al contenzioso, l'appello era devoluto alla Commissione Censuaria Provinciale (art. 21 lg. 1943, n. 153) ed era previsto un ricorso per legittimità dinanzi alla Commissione Censuaria Centrale (art. 23 l. 143, n. 153).

In realtà, i possibili contenziosi erano di due tipi: quello dei comuni contro l'amministrazione del catasto e quello dei privati contro il classamento, ed entrambi seguivano il medesimo *iter* procedimentale[3].

Quanto alla natura di tali contenziosi, non ci si poneva soverchi problemi se si trattasse di attività di natura giurisdizionale o amministrativa, ritenendo scontato che in quelle decisioni fosse comunque presente una forte, se non predominante, componente amministrativa. Ma il quadro non era molto dissimile da quello proprio di tutta la giustizia tributaria.

In altri termini nel sistema della legge n.153, alle Commissioni Censuarie, accanto alle tipiche funzioni di amministrazione era demandata la risoluzione in via amministrativa, ossia giurisdizionale-amministrativa, delle controversie sollevate dal singolo relativamente al catasto o all'imposta sui terreni, come pure le decisioni delle controversie sollevate dai singoli possessori circa l'applicazione dell'allora Nuovo Catasto Edilizio Urbano.

Le Commissioni Censuarie furono poi sottoposte a revisione per effetto del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 650. Sono così state mantenute in vita, ma con attribuzioni e competenze più limitate e sostanzialmente amministrative (amministrazione attiva, consultiva e di controllo amministrativo).

In particolare, ai sensi degli art. 30, 31 e 32 del d.P.R. n. 650 le Commissioni Censuarie distrettuali, su richiesta dell'Amministrazione del catasto e dei servizi tecnici erariali, devono prestare il loro concorso nelle operazioni di formazione, di revisione e di conservazione del catasto terreni e del catasto edilizio urbano, nei limiti e modi stabiliti dalle disposizioni di legge e di regolamento per l'esecuzione delle anzidette operazioni.

Inoltre, in materia di catasto terreni compete ad esse di esaminare ed approvare i prospetti delle qualità e classi dei terreni dei comuni del proprio distretto, entro il termine di trenta giorni dalla data di ricezione dei prospetti stessi; in materia di catasto edilizio urbano compete ad esse di esaminare ed approvare per il territorio dei comuni del proprio distretto, il quadro delle categorie e delle classi, entro lo stesso termine di cui al precedente comma.

Infine, tanto in materia di catasto terreni quanto in materia di catasto edilizio urbano, le commissioni censuarie distrettuali devono presentare alle commissioni censuarie provinciali le loro osservazioni e gli eventuali motivati reclami circa i prospetti delle tariffe relative ai comuni del proprio distretto, entro il termine di trenta giorni dalla data di ricezione.

A loro volta le Commissioni Censuarie provinciali esaminano e approvano i prospetti delle tariffe per i terreni e per le unità immobiliari urbane dei comuni della propria provincia entro il termine di sessanta giorni successivo a quello concesso alle commissioni censuarie distrettuali per la presentazione di osservazioni e reclami sui prospetti delle tariffe relative ai comuni del proprio distretto censuario; le commissioni censuarie provinciali esaminano e approvano i prospetti anche se le commissioni distrettuali non sono state in grado, per qualsiasi ragione, di presentare osservazioni e reclami.

Nel solo caso di revisione generale degli estimi tale approvazione resta condizionata, ai fini di perequazione, alla ratifica da parte della commissione censuaria centrale; decidono in prima istanza sulle controversie sorte tra l'Amministrazione del catasto e dei servizi tecnici erariali e le commissioni censuarie distrettuali in materia di prospetti delle qualità e classi dei terreni e delle categorie e classi delle unità immobiliari urbane, entro il termine di sessanta giorni successivo a quello concesso alle commissioni censuarie distrettuali per l'esame e l'approvazione dei prospetti stessi.

[3] L. Einaudi, *Una grande discussione parlamentare. La legge sul catasto del 1886*, in *Riv. storia econ.*, 1941, 201 ss.; C. Cosciani, *La riforma tributaria*, in *Orientamenti*, Firenze, 1950, 139 ss.; A. Parlato, *Il catasto dei terreni*, Palermo, 1967, *passim*; N. D'Amati, *Catasto. II) Diritto tributario*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, *ad vocem*; F. Petrucci, *Catasto*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. comm.*, III, Torino, 1988, 31 ss.; S. La Rosa, *L'Amministrazione finanziaria*, Torino, 1995, 111; S. Ghinassi, *Catasto*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 241 ss.; G. Salanitro, *Profili sostanziali e processuali dell'accertamento catastale*, Milano, 2003; Id., *Catasto (dir. trib.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, II, Milano, 2006, p. 814 ss.; F. Picciaredda, *La nozione di reddito agrario*, Milano, 2004, p. 3 ss.; C. Buccico, *Il catasto. Profili procedimentali e processuali*, Napoli, 2008.

Le commissioni censuarie provinciali, poi, si sostituiscono alle commissioni censuarie distrettuali che non adottano nei termini di tempo stabiliti le decisioni di cui al precedente articolo.

Infine la Commissione Censuaria Centrale:

a) decide sui ricorsi inoltrati dall'Amministrazione del catasto e dei servizi tecnici erariali e dalle commissioni distrettuali contro le decisioni delle commissioni censuarie provinciali in merito ai prospetti delle qualità e classi dei terreni, ai quadri delle categorie classi delle unità immobiliari urbane ed ai rispettivi prospetti delle tariffe d'estimo di singoli comuni, entro il termine di novanta giorni dalla data di ricezione dei ricorsi stessi;

b) provvede – nel solo caso di revisione generale delle tariffe d'estimo ed al fine di assicurare la perequazione degli estimi nell'ambito dell'intero territorio nazionale – alla ratifica, previe eventuali variazioni, delle tariffe relative alle qualità e classi dei terreni e di quelle relative alle unità immobiliari urbane, entro il termine di novanta giorni dalla data di ricezione dei prospetti delle tariffe stesse, che gli uffici sono tenuti a trasmettere dopo la scadenza del termine previsto dalla lettera a) del primo comma dell'articolo 31, anche se le commissioni provinciali non sono state in grado, per qualsiasi ragione di provvedere;

c) si sostituisce alle commissioni censuarie provinciali, che non adottano nei termini di tempo stabiliti le decisioni di cui al precedente articolo. Le decisioni relative devono essere adottate entro il termine di novanta giorni dalla data di ricezione degli atti;

d) dà parere, a richiesta dell'Amministrazione del catasto e dei servizi tecnici erariali, in ordine alle operazioni catastali regolate dai decreti emessi in attuazione della l. 9 ottobre 1971, n. 825, e successive modificazioni, e per le quali il parere stesso è espressamente previsto;

e) dà parere, a richiesta degli organi competenti, in merito alla utilizzazione degli elementi catastali disposta da norme legislative e regolamentari che disciplinano materie anche diverse dalle funzioni istituzionali del catasto;

f) svolge la consulenza tecnica, a richiesta della commissione centrale tributaria, in merito alle vertenze nelle quali l'aspetto catastale assuma rilevanza;

g) dà parere, a richiesta dell'Amministrazione finanziaria, sopra ogni questione concernente la formazione, la revisione e la conservazione del catasto dei terreni e del catasto edilizio urbano e l'utilizzazione dei relativi dati ai fini tributari.

La Commissione Censuaria Centrale ha, inoltre, facoltà di proporre al Ministro per le finanze:

h) di affidare a singoli componenti l'incarico di eseguire studi ed indagini particolari per l'espletamento dei compiti demandati alla commissione stessa, ivi compresi quelli derivanti da leggi speciali; i) di dare incarico a professori universitari o di istituti d'istruzione superiore ed a tecnici di specifica competenza di provvedere alla raccolta di elementi economici attinenti al settore agricolo o a quello dell'edilizia e alla conseguente compilazione di analisi estimali concernenti beni rustici o urbani.

2. Le questioni catastali dalle Commissioni censuarie alle Commissioni tributarie

Nel mutato quadro del 1972 parve logico spostare la cognizione delle questioni catastali dalle Commissioni Censuarie alle nuove Commissioni Tributarie. Ciò avvenne ad opera del d.P.R. 28 ottobre 1972, n. 636 recante norme sulla revisione della disciplina del contenzioso tributario.

In particolare con l'art. 1, co. 3, del d.P.R. in oggetto le controversie promosse da singoli possessori concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, la estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo fra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, nonché le controversie concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale, sono attribuite alle Commissioni Tributarie.

Si riconosce così progressivamente in dette funzioni una vera e propria attività giurisdizionale. Funzioni attribuite alle Commissioni Tributarie, secondo parte della dottrina[4] al fine di assicurare una tutela alla lesione di diritti soggettivi lesi dalle operazioni catastali, secondo altra parte[5], invece, avendo il legislatore attribuito alle Commissioni Censuarie natura amministrativa, i giudici più prossimi in grado di occuparsi delle controversie riguardanti le operazioni individuali erano le Commissioni Tributarie.

Per rendersi conto nello specifico degli atti impugnabili avanti alle Commissioni tributarie, vigente il d.P.R. n. 636, bisogna identificare l'attività amministrativa che da vita alle risultanze catastali[6].

Da un lato ritroviamo funzioni che attengono ad operazioni di carattere generale cioè alla qualificazione, alla classificazione dei terreni e quelle relative alla determinazione della categoria e alla classificazione dei fabbricati. Dall'altro ritroviamo funzioni che attengono ad *operazioni di carattere individuale* che consistono nell'intestazione, delimitazione, figura, estensione e classamento dei terreni e nel classamento e consistenza delle singole unità immobiliari urbane e nell'attribuzione della rendita catastale.

I risultati di tali operazioni si concretano nella formazione degli atti che costituiscono il catasto e vanno

[4] B. Cocivera, *La nuova disciplina del contenzioso tributario,* Milano, 1976, p. 47.

[5] C. Glendi, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, p. 399.

[6] C. Glendi, *L'oggetto del processo tributario,* cit., 396; B. Benetti, *La tassazione dei redditi fondiario ed agrario,* Padova, 1965; P.G. Mistò, *Catasto e contenzioso:competenze delle commissioni tributarie e censuarie*, in *Corr. trib.*, 1982, p. 2148.

generalmente pubblicati secondo quanto previsto dalla legge.

In una fase successiva, a seguito di revisioni, possono aversi variazioni che si sostituiscono alle precedenti risultanze catastali.

Prima della riforma, come detto, tutte le controversie in materia erano affidate alle Commissioni censuarie: per quel che riguarda le operazioni generali era pacifica la loro natura amministrativa, per le operazioni individuali, come visto, si era via via riconosciuta una vera e propria attività giurisdizionale[7].

Sulla base di tale riconoscimento, una parte della dottrina[8] continuava a considerare le operazioni catastali come un'attività strumentale e preparatoria rispetto a quella impositiva, altra parte della dottrina[9], invece, aveva rilevato che la formazione e messa in vigore dei registri catastali costituisce atto d'imposizione e il relativo giudizio davanti alle Commissioni censuarie veniva concepito come un giudizio di annullamento dell'atto di imposizione.

Con la riforma attuata con il d.P.R. 636, come sottolineato, vi sono stati decisivi mutamenti, le controversie relative alle operazioni generali sono rimaste alle Commissioni censuarie così come riformate dal d.P.R. 650/1972 avendo queste solo natura amministrativa, mentre le controversie che riguardano le operazioni individuali sono attribuite alle Commissioni tributarie che hanno natura giurisdizionale. Si aggiunga che, come detto, sono completamente cambiati gli atti impugnabili.

A tal punto è opportuno sottolineare che l'art. 16 del d.P.R. 636 non contemplava espressamente tra gli atti impugnabili quelli in materia catastale, ma specificava che poteva proporsi ricorso solo contro l'avviso di accertamento, l'avviso di liquidazione dell'imposta, il provvedimento che irroga le sanzioni, l'ingiunzione, il ruolo, l'avviso di mora e il provvedimento che respinge l'istanza di rimborso, facendo insorgere il dubbio che essi potessero essere opposti al giudice tributario solo unitamente agli atti di accertamento o di riscossione riguardanti i singoli tributi[10].

A tal proposito parte della dottrina[11] al fine di riconoscere l'autonoma impugnabilità degli atti catastali individuali coordina quanto disciplinato dall'art. 1, co. 3 del d.P.R. 636 che appunto afferma, come ricordato, la competenza delle Commissioni tributarie per le controversie promosse da singoli possessori concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, la estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo fra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, nonché le controversie concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale, al comma 2 del medesimo articolo.

Quest'ultimo attribuiva, infatti, la competenza delle Commissioni tributarie con esplicito riferimento ai vari tributi mentre, come visto, il comma 3 ne prescindeva. Viene altresì sottolineato che sempre coordinando i due commi dell'art. 1 del d.P.R. 636, il comma 2 non specificava il contenuto delle controversie, riferendosi alle varie imposte, mentre il comma 3 descriveva dettagliatamente il contenuto delle controversie promosse dai singoli possessori.

Proprio dal distacco dell'attività catastale dai singoli tributi ne derivava la sua autonomia e di conseguenza l'autonomo riconoscimento normativo dell'impugnabilità degli atti catastali davanti alle Commissioni tributarie. Tali atti così non si dovevano confondere ne identificare con quelli indicati dall'art. 16, co. 1.

3. La riforma del processo tributario e gli atti catastali autonomamente impugnabili

Con il d.P.R. n. 650/72 le Commissioni censuarie riformate sono state spogliate del potere di decidere sui reclami in materia di atti e operazioni catastali individuali, mantenendo, invece, le funzioni in materia di operazioni catastali di carattere generale.

Esclusa la natura giurisdizionale delle Commissioni censuarie è stata richiamata l'attrazione nella giurisdizione delle Commissioni tributarie delle controversie catastali, contemplate nel previgente art. 1 del d.P.R. n. 636/1972 ed attualmente menzionate dall'art. 2, co. 3 del d.lgs. n. 546/1992.

In particolare con la riforma del processo tributario del 1992 all'art.19 sono stati individuati gli atti autonomamente impugnabili tra i quali, in particolare alla lett. f) figurano «gli atti relativi alle operazioni catastali indicate nell'art. 2, comma 3° (ora comma 2[12])».

[7] E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969.

[8] M. Pugliese, *Istituzioni di diritto finanziari: diritto tributario,* Padova, 1937, p. 257.

[9] E.Allorio, *Diritto processuale tributario,* cit., p. 81.

[10] Così Comm. trib. di primo grado di Verbania, 13 maggio 1995, n. 128, secondo cui il classamento e l'attribuzione di rendita catastale non sono atti autonomamente impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie, giacché gli unici atti ivi autonomamente impugnabili sono quelli elencati dall'art. 16, comma 1, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636; il classamento e l'attribuzione di rendita catastale, tuttavia, possono essere impugnati attraverso l'impugnazione di un atto agli stessi immediatamente successivo e rientrante in uno degli atti tipici previsti dal citato comma 1 dell'art. 16. Così anche, Comm. trib di secondo grado di Treviso, 6 giugno 1995, n. 1320, secondo cui il provvedimento avente rilevanza processuale è l'avviso di liquidazione dell'ufficio del registro, pertanto, nulla rileva che contro la comunicazione dell'Ute di attribuzione della rendita non sia stata prodotta alcuna opposizione, e Comm. trib di primo grado di Napoli, 7 marzo 1994, n. 209, Nello stesso senso anche G.R. Desiderato, *Appunti sui nodi irrisolti degli estimi catastali*, in *Boll. trib.*, 1995, p. 1513, il quale dà per scontato che tra gli atti impugnabili espressamente indicati nell'art. 16 del d.P.R. n. 636/1972 non vi fossero "quelli volti alla determinazione del classamento e delle rendite catastali".

[11] C. Glendi, cit., p. 402.

[12] Il novellato art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 546/1992 riproduce, senza alcuna modifica, la formulazione del previgente art. 2, comma 3, di tale decreto. Si ripresentano, pertanto, a far data dal

Dal coordinamento tra l'art. 19 e l'art. 2 discende l'impugnabilità degli atti relativi a operazioni di intestazione, delimitazione, figura, estensione, classamento dei terreni e ripartizione dell'estimo fra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, e di quelli concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari e l'attribuzione della rendita catastale.

Si tratta di un'integrazione necessaria sul piano sistematico, in quanto il previgente decreto sul contenzioso includeva espressamente la materia catastale tra quelle di competenza delle Commissioni tributarie all'art. 1 d.P.R. n. 636 del 1972, ma poi ometteva di indicare gli atti catastali nel novero di quelli impugnabili elencati all'art. 16, d.P.R. citato.

Nella sostanza, tuttavia, già nel regime previgente la dottrina e la giurisprudenza prevalenti erano concordi nel ritenere che gli atti catastali individuali fossero impugnabili dinanzi alle Commissioni tributarie; e ciò, non semplicemente a livello interpretativo, ma in ragione dell'indicazione normativa dell'art. 1 d.P.R. n. 636 del 1972[13].

Pur recependo un orientamento già consolidato, la lett. f) dell'art. 19 ha comunque eliminato ogni incertezza al riguardo, prevedendo espressamente l'impugnabilità degli atti relativi alle operazioni catastali di intestazione, delimitazione, figura, estensione, classamento di terreni e di ripartizione dell'estimo fra compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, di consistenza, di classamento di terreni e di attribuzione della rendita catastale.

Bisogna precisare che gli atti impugnabili cui si riferisce la norma sono esclusivamente quelli individuali, diretti cioè a contribuenti nominativamente individuati e, quindi, immediatamente lesivi di situazioni soggettive.

È di tutta evidenza che si tratta di situazioni non comparabili in quanto, mentre le operazioni appena richiamate rilevano quali controversie deducibili dinanzi alle Commissioni tributarie ma restano preliminari rispetto a classamento e attribuzione di rendita, questi ultimi atti, pur riassumendo e consacrando le prime, sono in grado di incidere nella sfera giuridica del contribuente.

Ciò comporta che, a differenza delle operazioni catastali, gli atti di classamento e attribuzione di rendita, devono essere portati a conoscenza del contribuente tramite procedimento notificatorio.

Ne deriva che il ricorso, dovendo essere proposto entro termini decadenziali, decorrenti dalla data di notificazione dell'atto, dovrà essere rivolto contro l'atto di classamento o contro quello di attribuzione della rendita, pur potendo denunciare vizi riguardanti le singole operazioni catastali di intestazione, delimitazione, figura, estensione, ripartizione dell'estimo, oltre che vizi relativi allo stesso atto notificato.

In questa prospettiva, deve sicuramente ritenersi necessaria la notificazione o quanto meno la comunicazione degli atti di classamento e di attribuzione di rendita, sia alla luce della loro impugnabilità che dei principi espressi in ordine al diritto di informazione del contribuente stabiliti dalla l. n. 212 del 2000[14].

Analizzando le diverse situazioni normativamente previste, vanno preliminarmente richiamate le controversie in materia di intestazione.

Sebbene la norma faccia riferimento solo alle controversie in materia di intestazione dei terreni, appare evidente che possano essere dedotte in giudizio anche questioni riguardanti l'intestazione dei fabbricati, sia perché anche nel nuovo catasto edilizio urbano le unità immobiliari urbane recano l'indicazione del soggetto intestatario, sia perché, nella disciplina del processo tributario, controversie catastali in materia sia di terreni che di fabbricati ricevono un analogo trattamento. Sarebbe, quindi, del tutto irragionevole escludere la deducibilità davanti al giudice tributario delle controversie in materia di intestazione di fabbricati.

In proposito è utile ricordare che, nell'ambito delle controversie in materia di intestazione, rientrano anche quelle riguardanti le variazioni catastali di ordine soggettivo, ovvero l'esistenza di un titolo idoneo alla

1° gennaio 2002, le pregresse problematiche sull'individuazione delle controversie catastali devolute alla cognizione delle Commissioni tributarie.

[13] Invero, già sotto il vigore della precedente disciplina, sembrava corretto escludere che l'impugnazione degli atti e delle operazioni catastali dovesse avvenire in modo differito solo insieme all'impugnazione degli atti di accertamento, di liquidazione o di riscossione, catastali in quanto direttamente incidenti sulla sfera giuridica del contribuente. Cfr., ampiamente, C. Glendi, cit., p. 395 e ss.; cfr. altresì A. Giovannini, *Il ricorso e gli atti impugnabili, in Giurisprudenza sistematica di diritto tributario. Il processo tributario*, diretto da F. Tesauro, Torino, 1998, p. 393; S. Muscarà, *La sequenza di atti impositivi tra vecchio e nuovo contenzioso tributario*, in *Rass. trib.*, 1994, 1506, in particolare 1508. Contra, solamente Comm. I, Verbania, 13 maggio 1995, n. 128 e, in dottrina, A. Messina, *Gli atti impugnabili nel nuovo processo tributario*, in il fisco, 1996, p. 6575, in particolare p. 6578-79.

[14] Conforta tale conclusione l'evoluzione normativa; ai fini dell'imposta comunale sugli immobili, l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 504 del 1992, stabilisce, tra l'altro, che, se la dichiarazione presentata si riferisce a fabbricati non iscritti in catasto, il Comune trasmette copia all'ufficio tecnico erariale competente il quale, entro un anno, provvede all'attribuzione della rendita, dandone comunicazione al contribuente e al comune; successivamente, l'art. 30, comma 11, della l. n. 488 del 1999 (finanziaria per il 2000), ha sancito che il termine per la proposizione del ricorso, avverso la nuova determinazione della rendita catastale dei fabbricati, decorre dalla data in cui il contribuente abbia avuto conoscenza piena del relativo avviso; a tal fine, gli uffici competenti provvedono alla comunicazione dell'avvenuto classamento delle unità immobiliari a mezzo del servizio postale, con modalità idonee a garantire l'effettiva conoscenza da parte del contribuente. A tale norma ha fatto poi seguito l'art. 74 della l. n. 342 del 2000 in base al quale gli atti attributivi delle rendite catastali sono efficaci a decorrere dalla loro notificazione ai soggetti intestatari delle partite.

voltura e più in generale quelle relative alle annotazioni catastali di riserva e in contestazione.

Tra le controversie in materia di operazioni catastali devolute alle Commissioni tributaria vanno ricordate quelle riguardanti l'esatta rappresentazione degli immobili nell'ambito del catasto, quali quelle in materia di delimitazione, figura, ed estensione dei terreni e di consistenza del fabbricato.

Secondo alcuni, le controversie in materia di corretta indicazione nel catasto di forma, dimensione e consistenza dell'immobile possono essere portate davanti al giudice tributario solo quando comportino una modificazione della rendita. Invero, deve ritenersi che tali limitazioni non sembrano rinvenibili nella disciplina degli atti impugnabili, né tantomeno possono ritenersi che discendano dall'assenza di interesse ad agire. È noto, infatti, che, quale che sia la rendita attribuita in dipendenza di estensione o consistenza dell'immobile, le risultanze catastali rilevano anche in una prospettiva extrafiscale. Come chiarito in precedenza, nelle controversie civili in materia di regolamento di confini, l'art. 950, comma 3, del codice civile, attribuisce diretta rilevanza alle mappe catastali, sia pure sotto il profilo probatorio. Del tutto peculiare appare poi l'ipotesi di controversia in materia di ripartizione dell'estimo tra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella. Essa, peraltro, non va confusa con le operazioni di frazionamento le quali consistono nel distacco da una particella (cosiddetta originaria) di una nuova particella la quale assumerà una propria autonomia, con un diverso numero identificativo.

Maggiore rilevanza presentano, invece, le controversie riguardanti atti di classamento e di attribuzione di rendita e quelli recanti le relative variazioni.

I primi riguardano terreni (per i quali il classamento è attributivo di qualità e classe, nonché del reddito, secondo le tariffe d'estimo) e immobili a destinazione ordinaria rientranti nei gruppi, A, B e C (per i quali il classamento è attributivo di categoria e classe in relazione a caratteristiche e destinazione, previo raffronto con le unità tipo individuate nella zona censuaria), mentre i secondi riguardano gli immobili a destinazione speciale o particolare di cui ai gruppi D e E per i quali l'attribuzione della rendita avviene con stima diretta.

L'attribuzione della rendita è atto direttamente ed autonomamente impugnabile nei confronti della Agenzia del Territorio, quando sia portato a conoscenza dell'interessato, ai sensi dell'art. 2, co. 2 d.lgs. 1992, n. 546.

Ed in sede di impugnazione parte attrice può dedurre la violazione di ciascuno dei passaggi dianzi enucleati, con la conseguenza che la Agenzia del Territorio deve fornire la prova della corretta applicazione del parametro contestato.

Il che normalmente non è in grado di fare, invocando l'applicazione del sistema informatico (Docfa) di qualificazione, classificazione ed attribuzione automatica della rendita[15].

Il sistema Docfa[16] assume così i connotati di una scatola magica dalla quale escono i dati catastali, in forza di algoritmi sconosciuti e secondo una logica imperscrutabile. Tuttavia si deve rammentare che a parità di dati fattuali immessi, il sistema non restituisce ineluttabilmente sempre lo stesso risultato, ma spesso risultati diversi più o meno prossimi.

Qui non si intende di certo contestare la legittimità del ricorso al sistema informatico, tanto più che in tal senso dispone l'art. 1, co. 374 lg. 2004, n. 311:

«Alla presentazione degli atti di aggiornamento del catasto si può provvedere, a decorrere dal 1º marzo 2005, con procedure telematiche, mediante un modello unico informatico di aggiornamento degli atti catastali sottoscritto con firma elettronica avanzata dal tecnico che li ha redatti ovvero dal soggetto obbligato alla presentazione».

Il sistema è stato ufficializzato con una specifica previsione regolamentare[17], ma si intende sottolineare che esso, quali che siano le specifiche cui si informa, è pur sempre e solo uno strumento applicativo di principi normativi, onde, in caso di contestazione, ogni singolo passaggio del procedimento normativo dianzi delineato deve sempre essere verificabile dalla parte e dal giudice. Quindi il programma deve saper rendere trasparenti e comprensibili i passaggi sui quali opera.

Ciò impongono i principi fondamentali di chiarezza e trasparenza in materia tributaria, di cui agli artt. 2 e 7 della l. 27/2/2000, n. 212, che non sono minimamente rispettati dal concreto funzionamento del sistema Docfa, che non è in grado di restituire le modalità di applicazione delle norme.

A fronte di ciò, resta pur sempre la *regula iuris* dell'onere della prova: poiché spetta alla Agenzia del Territorio di provare il fatto costitutivo della pretesa, *ex* art. 2697, co. 1 c.c.; poiché il fatto costitutivo rilevante è rappresentato dal parametro contestato dal ricorrente, consegue che essa ha l'onere di dimostrare la legittimità dell'applicazione di quello specifico parametro, in modo giurisdizionalmente corretto, quindi verificabile.

In difetto di prova siffatta, non essendo un'esimente il ricorso ad un sistema informatizzato ed incon-

[15] E. Righi, *Non è perentorio il termine per la rettifica delle rendite catastali dichiarate con la procedura DOCFA?,* in *Boll.trib.*, 2002.

[16] A. Montesano, *Ha natura meramente ordinatoria il termine concesso all'Amministrazione finanziaria per rettificare la rendita "proposta" dal contribuente mediante la procedura DOCFA*, in *Il fisco*, 2007.

[17] Il Provvedimento 22/3/2005 del Direttore della Agenzia del Territorio, «Attivazione del servizio di trasmissione telematica del modello unico informatico catastale relativo alle dichiarazioni per l'accertamento delle unità immobiliari urbane di nuova costruzione e alle dichiarazioni di variazione dello stato, consistenza e destinazione delle unità immobiliari urbane censite (Docfa), limitatamente ad alcune aree geografiche».

trollabile, l'impugnazione del ricorrente è fondata e la resistenza infondata. Di conseguenza la rendita, la qualificazione od il classamento attribuito saranno o annullati, ripristinandosi la situazione precedente, ovvero annullati con attribuzione della rendita, o della qualificazione o del classamento inferiori ammessi dal ricorrente stesso.

Tra gli atti impugnabili sembra, inoltre, che possano essere ricondotti anche quelli di accertamento della diminuzione di produttività dei terreni in quanto recano l'attribuzione di una rendita diversa e inferiore rispetto a quella precedente. Non può, infine, escludersi il caso di impugnazione di provvedimenti negativi in materia catastale e persino di silenzio-rifiuto dell'amministrazione catastale. In tal senso si è espressa di recente la Suprema Corte di Cassazione[18] secondo cui è impugnabile dinanzi alla Commissione tributaria provinciale il provvedimento di rigetto di domande di variazione dello stato, del possesso, della consistenza di unità immobiliari, urbane o speciali.

Restano esclusi, pertanto, tutti gli atti a carattere generale, quali ad esempio il regolamento e la revisione o aggiornamento delle rendite, che possono, tuttalpiù, essere disapplicati da parte del giudice tributario.

Il complesso dibattito relativo alla legittimità dell'attribuzione delle nuove rendite catastali ha portato all'impugnazione di atti a carattere generale, come le c.d. «tariffe d'estimo». La giurisprudenza, tuttavia, non ha mancato di rilevare che l'adozione in via legislativa dalla tariffa d'estimo, ai fini dell'attribuzione della rendita catastale ai singoli immobili, non comporta una diretta ed immediata pretesa fiscale cui ci si possa opporre direttamente dinanzi alle Commissioni tributarie.

Di conseguenza, è stato dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice tributario, il ricorso proposto per modificare il valore di una rendita catastale attribuito con decreto ministeriale ai sensi della l. 24 marzo 1993, n. 75[19] [20].

In dottrina, si è opinato che andrebbe maggiormente considerato il carattere di eccezionalità che la revisione delle tariffe, avvenuta attraverso decreti ministeriali, riveste rispetto agli atti generali d'imposizione. La pubblicazione delle tariffe d'estimo, invero, si tradurrebbe sostanzialmente in un nuovo classamento delle unità immobiliari urbane, conseguente alla determinazione delle tariffe, senza alcuno spazio residuo di discrezionalità per l'Amministrazione finanziaria; pertanto la pubblicazione delle tariffe citate equivarrebbe ad un'attribuzione di rendita[21]. Si è infatti osservato che, mentre nella sequenza delle iniziali operazioni di formazione del catasto urbano, alla determinazione delle tariffe d'estimo seguono le operazioni individuali di consistenza e di classamento, che sono direttamente impugnabili, in sede di revisione degli estimi, non è previsto necessariamente alcun successivo atto individuale applicativo, che sia eventualmente ricorribile; quindi, in questi casi, si avrebbe una carenza di tutela del contribuente[22].

4. Le parti nelle controversie catastali

In un processo è parte chi propone la domanda al giudice al fine di ottenere un determinato provvedimento e colui nei confronti del quale la domanda è posta ed il provvedimento demandato. Attore detta la prima, convenuto la seconda.

Parti essenziali del processo tributario sono da una parte il ricorrente, dall'altra «l'ufficio del Ministero delle finanze o l'ente locale o il concessionario del servizio di riscossione che ha emanato l'atto impugnato o non ha emanato l'atto richiesto ovvero, se l'ufficio è un centro di servizio, l'ufficio delle entrate del Ministero delle finanze al quale spettano le attribuzioni sul rapporto controverso». Così stabilisce l'art. 10, d.lgs. 546/1992.

[18] Cass. sez. un., 10 giugno 2005, n. 12176.

[19] Così Comm. centr., sez. XXV, 6 ottobre 1997, n. 4695, in *Giur. imp.*, 1998, p. 258; in passato, cfr. Comm. trib. I grado Udine, sez. I, 2 novembre 1993, n. 178, in *Boll. trib.*, 1994, 71; Comm. trib. reg. Puglia, sez. VI, 24 novembre 1998, n. 155, in *Riv. giur. trib.*, 2000, p. 254 con nota di A. Renda, *Determinazione delle rendite catastali e giurisdizione tributaria*.

[20] Ha esaminato la questione in maniera approfondita e puntuale, la Commissione regionale pugliese. La Commissione aveva rilevato come la natura in senso lato impositiva della rendita catastale non fosse sufficiente a garantire la giurisdizione delle Commissioni tributarie in merito a 48 ricorsi presentati dall'I.a.c.p. di Bari avverso le tariffe d'estimo fissate per certi immobili di sua proprietà, in quanto mancava un atto autonomamente impugnabile dinanzi ad esse, diretto ad un singolo contribuente e a lui notificato. Per contestare i vizi nella determinazione delle tariffe d'estimo bisognava attendere il primo atto impugnabile cronologicamente successivo. Cfr. Comm. trib. reg. Puglia, 24 novembre 1998, n. 155.

[21] A. Renda, *ult. cit.*, p. 262; nello stesso senso G. Parmeggiani, *Ricorsi in Commissione contro le rendite catastali*, in *Corr. trib.*, 1992, p. 7; Id., *Ancora problemi sulla revisione degli estimi catastali*, in *Corr. trib.*, 1992, p. 3219; Viviani, *Revisione delle tariffe di estimo e discriminazione delle giurisdizioni tributaria e amministrativa*, in *Giur. it.,* 1993, III, p. 681; contra, G. Salanitro, *Casi e problemi in materia di controversie catastali*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, p. 668.

[22] La Commissione tributaria provinciale di Novara ha preso in considerazione questa circostanza in una vicenda portata al suo esame. I soggetti passivi di imposta avevano chiesto all'Ute, con tempestiva istanza, il declassamento di alcuni immobili, eccependo l'erroneità del classamento automatico e chiedendone la riduzione. L'Ufficio Tecnico aveva accolto solo parzialmente l'istanza, riducendo la classe e lasciando invariata la categoria. Gli istanti, quindi, avevano impugnato il provvedimento; l'Ufficio si era costituito eccependo che esso non era impugnabile, in quanto non consistente in un nuovo classamento o in un rifiuto parziale a provvedere ed evidenziando, a maggiore conferma di tale assunto, come il provvedimento di rettifica non recasse la dicitura di impugnabilità dello stesso. La Commissione adita, però, ha sottolineato come l'atto contestato fosse, nella sostanza, un nuovo classamento, e quindi l'ha dichiarato impugnabile, senza dare alcun peso alla mancata indicazione, nell'atto, della sua impugnabilità, cosa che tuttalpiù lo rendeva maggiormente censurabile. Cfr. Comm. trib. prov. Novara, 24 aprile 1998, n. 180.

Punto di riferimento per l'individuazione delle parti è l'atto stesso impugnato. Legittimato ad agire, cioè a formulare il ricorso, soltanto il destinatario di uno degli atti avverso i quali può essere proposto ricorso. Legittimato passivo invece è solo il soggetto (ente o organo) che ha emesso l'atto impugnato[23].

Anche il giudizio catastale va analizzato con riferimento alle problematiche che riguardano le parti.

Parte resistente, davanti alle Commissioni tributarie, è l'Amministrazione finanziaria, nel caso specifico del giudizio catastale sarà quindi l'Agenzia del territorio per gli atti di classamento o di attribuzione di rendita da essa emanati.

Per quanto riguarda, invece, gli atti adottati ai fini delle singole imposte, che pure assumono le risultanze catastali ai fini dell'accertamento del maggior tributo, il soggetto nei cui confronti deve essere proposto il ricorso è l'ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate, per le imposte sui redditi, per le imposte di registro, ipotecarie e catastali e, il Comune, per l'Imu sugli immobili.

Per quanto riguarda, invece, i soggetti attivi legittimati a proporre ricorso la loro identificazione è più complessa.

L'art. 2, co. 3 del d.lgs. n. 546/1992 parla di controversie promosse dai singoli possessori.

Secondo una parte della dottrina il termine «possessore» va inteso in senso ampio individuando non solo coloro che sul bene esercitano un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o altro diritto reale *ex* art.1140 del cod. civ., ma anche chi è proprietario pur non essendo possessore. In tal caso, infatti, il proprietario sarebbe un possessore di diritto[24].

Altra parte della dottrina ha, invece, considerano possessori i soggetti ai quali va imputato il reddito fondiario[25].

Si è dell'idea che, analizzando il quadro normativo in materia, alquanto confuso, si può considerare possessore non il possessore di fatto, ma il titolare del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento sul bene. Ciò non deve indurre a pensare di limitare la legittimazione solo ai soggetti che hanno qualità di possessori. Ne consegue che anche al di là della qualità di possessore del bene immobile interessato al giudizio catastale, il soggetto cui è stato notificato il classamento o l'atto di attribuzione di rendita (ovvero l'atto impugnabile in materia di singoli tributi fondato sulle risultanza catastali) è comunque legittimato a proporre il ricorso[26].

Da quanto detto si può concludere che il destinatario dell'atto può impugnarlo, denunciando anche gli eventuali vizi della notificazione (si pensi all'ipotesi in cui essa sia avvenuta irritualmente o sia stata fatta a soggetto diverso da quello individuato dalle singole leggi d'imposta), così come è egualmente legittimato a presentare ricorso anche colui che rivesta comunque la qualità di possessore dell'immobile ai sensi dell'art. 1140 del codice civile.

La legittimazione ad impugnare va, poi, certamente riconosciuta al titolare del bene, anche se non risultante in catasto.

4.1. Recenti orientamenti giurisprudenziali

In passato le Sezioni Unite della Cassazione hanno sancito che la giurisdizione tributaria non ricorre allorquando non sia in discussione l'obbligazione tributaria, né il potere impositivo sussumibile nello schema potestà-soggezione, proprio del rapporto tributario, in quanto non tutte le controversie nelle quali abbia incidenza una norma fiscale si trasformano in controversie tributarie di competenza delle relative commissioni[27]. Precedentemente, poi, si affermò che il Comune, relativamente ai fabbricati iscritti in catasto, deve applicare l'imposta comunale sugli immobili attenendosi ai criteri fissati nell'articolo 5, comma 2, d.lgs. 504/1992, senza essere autonomamente legittimato all'impugnativa della rendita[28].

Si aggiunga che sempre la Cassazione stabilì che il giudice tributario, che sia stato investito della domanda di rimborso dell'imposta comunale sugli immobili da parte del contribuente, non può accertare se il classamento dell'immobile sia corretto, in quanto il classamento è, rispetto alla pretesa tributaria, l'atto presupposto, e in ragione del carattere impugnatorio del processo tributario, il quale è circoscritto agli atti che scandiscono le varie fasi del rapporto d'imposta, legittimata a contraddire in merito all'impugnativa dell'atto presupposto può essere solo l'Agenzia del Territorio, non il Comune[29]. Mentre le Sezioni unite hanno specificato che il Comune non può impugnare dinnanzi alla Commissione tributaria l'atto attributivo della rendita catastale posto in essere dall'Agenzia del territorio. All'Ente locale è invece consentito adire il giudice amministrativo ove ritenesse l'atto catastale affetto dai vizi tipici del provvedimento amministrativo. Nel giudizio amministrativo, peraltro, anche il contribuente può, a seconda dei casi, intervenire per chiedere la conferma dell'atto catastale ovvero far valere vizi diversi da quelli lamentati dall'Ente locale. Si tratta comunque di una soluzione estrema che infatti

[23] F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, parte generale, V ed., Torino, 1997, p. 310.

[24] G. Stassano, *Osservazioni in tema di competenza(per materia e per territorio) delle nuove commissioni tributarie,* in *Boll. trib.*, 1974, p.1021.

[25] B. Cocivera, *La nuova disciplina del contenzioso tributario,*cit., p. 41.

[26] Come giustamente osservato da parte della dottrina una diversa soluzione esporrebbe, peraltro, la disposizione a censure di costituzionalità impedendo l'esercizio del diritto di difesa al soggetto a cui l'atto è stato notificato. Cfr. A. Uricchio, *Il contenzioso catastale: la difficile convivenza di più giurisdizioni*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1403.

[27] Cass. sez. un., 26 marzo 2013, n. 7526.

[28] Cass., 21 luglio 2010, n. 17054.

[29] Cass., 14 novembre 2012, n. 19872.

priva il contribuente delle piene facoltà difensive che solo il giudice naturale (la Commissione tributaria) avrebbe garantito[30].

Con la recente ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 15291 del 21 luglio 2015, vengono ribaltati gli orientamenti del passato. Sono di competenza del giudice tributario le cause relative al classamento degli immobili e all'attribuzione delle rendite catastali anche quando a ricorrere nei confronti dell'amministrazione non è il contribuente, ma il comune nel cui territorio si trova il bene accatastato. Tale affermazione trova la sua prova alla luce del dettato del d.lgs. n. 546 del 1992, art. 2, comma 2, prevedente la giurisdizione del giudice tributario sulle controversie concernenti – tra l'altro – la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale, ed escluso che l'inciso "promosse dai singoli possessori" sia idoneo a condizionare i limiti della giurisdizione riconosciuta al suddetto giudice, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice tributario anche nelle ipotesi in cui, come nella specie, la rendita o l'atto di classamento siano impugnate dal Comune e non (o non solo) dal contribuente.

I dubbi nascono in quanto l'articolo 2 del d.lgs. n. 546/1992, che definisce l'oggetto della giurisdizione tributaria, fa riferimento, tra l'altro, a "controversie promosse dai singoli possessori".

Al secondo comma del d.lgs. 546/1992 prevede che «appartengono alla giurisdizione tributaria le controversie promosse dai singoli possessori concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, l'estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo tra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, nonché le controversie concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale».

La Cassazione argomenta che l'inciso "controversie promosse dai singoli possessori", è da ritenersi irrilevante per individuare il giudice munito di giurisdizione, essendo da escludere che aver precisato soggetto "promotore" e oggetto della lite concorrano a quel fine. Ciò per tre ragioni.

Anzitutto, sul piano logico, prima che giuridico, è agevole osservare che, ove l'oggetto della controversia fosse tale che solo un determinato soggetto può avere interesse a promuoverla, la delimitazione della giurisdizione di un determinato giudice non solo sotto il profilo oggettivo ma anche sotto il profilo soggettivo (nel senso di dare rilievo, ai fini della individuazione della giurisdizione, ad eventuali caratteristiche del soggetto "promotore" della controversia) sarebbe superflua.

Ove invece fosse ravvisabile (come nella specie è da ritenere) in capo a più soggetti l'interesse a promuovere le controversie oggettivamente individuate nella disposizione in esame, la norma che, ai fini della individuazione del giudice munito di giurisdizione, individuasse un limite non solo di tipo oggettivo ma anche di tipo soggettivo (segnatamente in relazione al soggetto che in concreto promuove la controversia) condurrebbe ad effetti di dubbia costituzionalità ed in ogni caso, a tacer d'altro, negativamente incidenti sulla funzionalità del sistema, ancor prima che sulla effettività della tutela giurisdizionale, posto che una norma siffatta potrebbe essere interpretata soltanto in due modi:

a) nel senso che solo ai soggetti individuati nella norma medesima è dato adire il giudice in relazione a quel tipo di controversie, con evidente ed inammissibile sacrificio del diritto di azione (presidiato dal primo comma dell'art. 24 Cost.) degli altri soggetti non menzionati nella norma ma titolari anch'essi di un interesse proprio ad agire in giudizio;

b) nel senso che non è escluso che altri soggetti portatori del relativo interesse possano agire in giudizio, ma ciò non potrà avvenire dinanzi al quel giudice, con l'effetto che su di una medesima questione (nella specie, la congruità della rendita catastale di un immobile) sarebbe possibile la formazione di decisioni contrastanti provenienti da giudici appartenenti a giurisdizioni diverse.

In secondo luogo, sul piano della tecnica di redazione degli atti legislativi, occorre osservare che il legislatore identifica sempre il giudice munito di giurisdizione (e i limiti della giurisdizione a detto giudice attribuita) sulla base di criteri di tipo oggettivo, ricorrendo (anche) a criteri di tipo soggettivo solo in relazione a particolari giudizi e, pure in questo caso, giammai con riferimento alle precipuità del soggetto che "promuove" la controversia (come accadrebbe se si interpretasse in tal senso il citato comma due dell'art. 2 d.lgs. n. 546 del 1992) bensì solo con riguardo alle particolari caratteristiche del soggetto che "subisce" l'azione promossa da altri.

Nel nostro ordinamento infatti le uniche ipotesi in cui il giudice munito di giurisdizione viene individuato (anche) sulla base di elementi soggettivi sono ravvisabili nei giudizi di responsabilità (contabile, con riguardo alla giurisdizione della Corte dei conti, disciplinare, con riguardo alla giurisdizione del Consiglio Superiore della Magistratura, penale, con riguardo alla giurisdizione dei Tribunali Militari), in cui vi è un soggetto che promuove l'azione di responsabilità ed un soggetto (con la caratteristica soggettiva di essere militare, magistrato ecc.) che la subisce.

Per contro, con riguardo alla giurisdizione ordinaria (civile), ma anche a quella amministrativa e tributaria (nonostante il carattere impugnatorio dei relativi processi) non risulta invece giammai previsto un criterio (anche) di tipo soggettivo per l'individuazione del giudice munito di giurisdizione, tanto meno con

[30] Cass. sez. un., 19 gennaio 2010, n. 675.

riferimento alle particolari caratteristiche del soggetto che promuove l'azione.

Infine, in terzo luogo, sul piano della interpretazione sistematica e letterale della norma in esame, occorre evidenziare che, anche alla luce di quanto sopra precisato in ordine alle opzioni del legislatore circa i "criteri" di delimitazione della giurisdizione, il fatto che il giudice tributario sia il giudice adito dal contribuente non è l'effetto di una generale, precisa ed inequivoca opzione del legislatore in proposito bensì solo la conseguenza in fatto della previsione di appartenenza alla giurisdizione tributaria delle controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie (comma 1 art. 2 citato) e della previsione, tra gli atti impugnabili dinanzi alle commissioni tributarie, innanzitutto degli atti impositivi e di quelli ad essi equiparati (nonché dei rifiuti di restituzioni e dinieghi o revoche di agevolazioni o benefici), essendo ulteriormente da sottolineare che il fatto che il giudice tributario sia di norma il giudice adito dal contribuente non esclude perciò solo che, quando ne ricorrano le condizioni, possa essere anche legittimamente adito da altri soggetti.

Pertanto in una lettura letterale, logica e sistematica, nonché costituzionalmente orientata dell'articolo 2, secondo comma, del d.lgs. 546/1992 deve escludersi che l'inciso "promosse dai singoli possessori" possa avere la funzione di contribuire (unitamente al profilo oggettivo) a delimitare la giurisdizione del giudice tributario.

Diversamente, il Comune non avrebbe alcuna possibilità di agire in giudizio a tutela del proprio interesse, e ciò in contrasto con l'articolo 24, comma primo, della Costituzione, oppure, mentre il contribuente può impugnare la rendita catastale ricorrendo al giudice tributario, il Comune deve invece rivolgersi al giudice amministrativo, con l'effetto di dilapidare un bene prezioso come la giurisdizione.

Per evitare di compromettere la certezza e la stabilità delle situazioni giuridiche, nonché la stessa funzionalità del processo, potendo intervenire sulla medesima questione decisioni contrastanti, irrimediabili.

Pertanto, la Cassazione, escluso che l'inciso "promosse dai singoli possessori" sia idoneo a condizionare i limiti della giurisdizione tributaria, statuisce che rientrano in quella anche le ipotesi in cui la rendita o l'atto di classamento siano impugnate dal Comune e non (o non solo) dal contribuente.

5. Conclusioni

Di rilievo le conseguenze pratiche della sentenza. Ed invero, secondo l'esegesi offerta dalla Suprema Corte, alla luce dell'attuale normativa prevedente la giurisdizione del giudice tributario sulle controversie concernenti – tra l'altro – la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale, deve essere dichiarata la giurisdizione del giudice tributario anche nelle ipotesi in cui la rendita o l'atto di classamento siano impugnate dal Comune e non (o non solo) dal contribuente.

Si apre quindi, dirompente, un panorama operativo del tutto nuovo che necessita di importanti chiarimenti preliminari circa le modalità di notifica degli accertamenti catastali, anche ai Comuni, e dei relativi ricorsi, proprio nell'ottica della certezza del diritto, invocata dalla Corte di Cassazione come una delle motivazioni a supporto della decisione contenuta nell'ordinanza.

Domenico Cesaro
Avvocato

Reato di omesso versamento dell'IVA. Illegittimità costituzionale art. 10-*ter* d.lgs. 74/00

Nota a Corte Costituzionale 12.3.2014 n. 80

abstract

*The author analyzes the decision of the Constitutional Court which was declared unconstitutional for violation of Article. 3 Const., Art. 10-*ter *of Legislative Decree no. 10 March 2000, n. 74, in so far as, with reference to acts committed until September 17, 2011, punishes the non-payment of VAT (IVA), payable according to its annual return, for amounts not exceeding, for each tax period, to € 103.291,38.*

keywords

*Payment of VAT (IVA) – unconstitutional article 10-*ter *legislative decree 74/2000 – offense excluded for non-payment VAT not exceeding € 103.291,38.*

abstract

*L'autore analizza la decisione della Corte Costituzionale con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 10-*ter *del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, nella parte in cui, con riferimento ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, punisce l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, dovuta in base alla relativa dichiarazione annuale, per importi non superiori, per ciascun periodo di imposta, ad euro 103.291,38*

parole chiave

*Pagamento dell'IVA – illegittimità costituzionale dell'art. 10-*ter *d.lgs. 74/2000 – reato escluso per mancati versamenti inferiori ad € 103.291,38.*

Reati e pene – Omesso versamento dell'IVA – Fatti commessi sino al 17 settembre 2011 – Trattamento deteriore per il contribuente che dopo aver presentato la dichiarazione omette di versare l'imposta da lui stesso autoliquidata, rispetto al contribuente che, al fine di evadere l'IVA, presenta una dichiarazione infedele o non presenta affatto la dichiarazione – Omessa descrizione della fattispecie a quo – Manifesta inammissibilità della questione.

Reati e pene – Reato di omesso versamento dell'IVA – Decreto legislativo recante "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205" – Previsione per l'omesso versamento dell'IVA di una soglia di punibilità (50.000 euro) inferiore a quelle stabilite per la dichiarazione infedele (103.291,38 euro) e l'omessa dichiarazione (77.468,53 euro) – Incongruenza successivamente corretta (a decorrere dal 17 settembre 2011) con il d.l. n. 138 del 2011, che ha ridotto la soglia di punibilità dell'omessa dichiarazione a 30.000 euro e quella della dichiarazione infedele a 50.000 euro – Necessità per il periodo precedente la correzione di allineare la soglia di punibilità dell'omesso versamento dell'IVA (euro 50.000) alla soglia più alta di punibilità, cioè quella della dichiarazione infedele (euro 103.291,38) – Illegittimità costituzionale in parte qua.

Corte Cost., 12 marzo 2014, n. 80

Pres. G. Silvestri

FATTO

Ritenuto in fatto

1.1. – Con ordinanza del 13 giugno 2013, il Tribunale di Bologna ha sollevato, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*ter* del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205), nella parte in cui, limitatamente ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, punisce l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), dovuta in base alla relativa dichiarazione annuale, per importi superiori, per ciascun periodo di imposta, ad euro 50.000 ma non ad euro 77.468,53.

Il giudice *a quo* rileva come la norma censurata punisca con la pena indicata dall'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000 chiunque non versa, nei limiti ivi previsti, l'IVA dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo. Per la configurabilità del reato è dunque necessario, da un lato, che l'omesso versamento sia di importo superiore a 50.000 euro per ciascun periodo d'imposta (soglia di punibilità prevista dal richiamato art. 10-*bis*); dall'altro, che detta imposta risulti dovuta in base alla dichiarazione annuale, regolarmente presentata.

Per converso, l'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000, prima della sua modifica ad opera dell'art. 2, comma

36-*vicies semel*, lettera f), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, puniva con la reclusione da uno a tre anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presentasse, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte, «quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, ad euro 77.468,53».

Dal raffronto tra le due disposizioni emergerebbe una irragionevole disparità di trattamento fra il soggetto che – essendo tenuto a versare l'IVA per un importo compreso nell'intervallo tra le due soglie (superiore, cioè, a 50.000 euro, ma non a 77.468,53 euro) – non abbia presentato la relativa dichiarazione annuale al fine di evadere l'imposta, e il soggetto che, trovandosi nelle medesime condizioni, abbia presentato regolarmente la dichiarazione senza tuttavia versare l'imposta entro il termine indicato dalla norma denunciata (il 27 dicembre dell'anno successivo).

Nel primo caso, infatti, il contribuente resta esente da pena, non risultando raggiunta la soglia di punibilità prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000 per l'omessa dichiarazione; nel secondo, incorre invece in responsabilità penale, anche per i fatti commessi entro il 17 settembre 2011, in ragione del superamento della soglia di 50.000 euro, prevista dalla norma censurata per l'omesso versamento.

Tale assetto risulterebbe chiaramente lesivo del principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 Cost., determinando il paradossale risultato di riservare un trattamento meno favorevole a chi ha tenuto la condotta meno lesiva degli interessi del fisco.

La conclusione troverebbe conferma nella modifica apportata all'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000 dal citato d.l. n. 138 del 2011, che ha ridotto ad euro 30.000 la soglia di punibilità relativa all'omessa presentazione della dichiarazione annuale, portandola così al di sotto di quella prevista per l'omesso versamento dell'IVA. Siffatta modifica trova, tuttavia, applicazione solo in rapporto ai fatti commessi dopo il 17 settembre 2011, e dunque non elimina la disparità di trattamento riscontrabile con riguardo ai fatti realizzati entro detta data.

La questione risulterebbe, per altro verso, «all'evidenza» decisiva «in ordine alle determinazioni sulla penale responsabilità dell'imputato», non essendo possibile «altrimenti la definizione del giudizio».

1.2. – È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata manifestamente inammissibile o manifestamente infondata.

Ad avviso della difesa dello Stato, la questione sarebbe manifestamente inammissibile, non avendo il rimettente descritto in alcun modo la vicenda concreta sottoposta al suo vaglio, limitandosi ad affermare la rilevanza in modo apodittico.

Nel merito, la questione sarebbe comunque manifestamente infondata, dovendosi escludere che, nel frangente, la discrezionalità legislativa in tema di configurazione degli illeciti penali sia stata esercitata in modo manifestamente irragionevole o arbitrario, tenuto conto del fatto che l'art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000 mira a rafforzare la tutela dell'interesse del fisco alla riscossione dei tributi con riferimento all'IVA, parte del cui gettito deve essere riversata all'Unione europea.

L'accoglimento della questione comporterebbe, d'altra parte, sia pure per un ambito di tempo limitato, la caducazione parziale del regime sanzionatorio introdotto dalla norma censurata, in contrasto con il principio, reiteratamente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, per cui non spetta alla Corte «rimodulare le scelte punitive del legislatore».

2.1. – Con ordinanza del 17 settembre 2013, il Tribunale di Bergamo ha sollevato, in riferimento all'art. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale del medesimo art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000, nella parte in cui prevede una soglia di punibilità inferiore a quelle stabilite, rispettivamente per i delitti di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione, dagli artt. 4 e 5 del medesimo decreto legislativo, prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 138 del 2011.

Il giudice a quo premette di essere investito del processo penale nei confronti di una persona imputata del delitto previsto dalla norma censurata, per avere omesso, nella sua qualità di legale rappresentante di due distinte società in nome collettivo, di versare nel termine stabilito l'IVA risultante dalla dichiarazione per l'anno 2008, pari ad euro 87.475, quanto alla prima società, e ad euro 58.431 quanto alla seconda. Circostanze, queste, che sarebbero state confermate dall'istruttoria dibattimentale.

Il rimettente dubita, peraltro, della legittimità costituzionale dell'art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000, rilevando come la norma denunciata riservi al fatto da essa sanzionato un trattamento ingiustificatamente deteriore rispetto a quello prefigurato per i più gravi illeciti di cui agli artt. 4 e 5 del medesimo decreto legislativo.

Prima delle modifiche introdotte dal d.l. n. 138 del 2011, le disposizioni ora citate prevedevano, infatti, che la dichiarazione infedele e l'omessa dichiarazione fossero penalmente rilevanti solo nel caso di superamento di una soglia, riferita all'imposta evasa, rispettivamente di euro 103.291,38 e di euro 77.468,53.

Da ciò sarebbe derivata – e deriverebbe tuttora, posto che, nella specie, in ragione della data del commesso reato, occorre tenere conto della disciplina anteriore alla novella legislativa del 2011 – una conseguenza paradossale. Infatti, se l'imputato, quale legale rappresentante della seconda delle due società, in luogo di

presentare regolarmente la dichiarazione IVA e non versare l'imposta dovuta in base ad essa (euro 58.431), avesse omesso di presentare la relativa dichiarazione, non si sarebbe reso responsabile di alcun reato, non risultando superata la soglia di punibilità prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000.

Analogamente, se l'imputato, quale legale rappresentante dell'altra società, anziché presentare regolarmente la dichiarazione IVA e non versare l'imposta dovuta in base ad essa (euro 87.475), avesse presentato una dichiarazione infedele volta ad occultare il debito di imposta, non sarebbe incorso in responsabilità penale, rimanendo la violazione al di sotto della soglia di rilevanza prevista dall'art. 4 del d.lgs. n. 74 del 2000 (e ciò a prescindere dall'ulteriore condizione prevista dalla lettera b del comma 1 di tale articolo).

In questo modo, le condotte più insidiose, in quanto atte ad ostacolare l'accertamento tributario, sarebbero rimaste non punibili, contrariamente a quella, «più trasparente», del soggetto che, rappresentando regolarmente la propria posizione fiscale, abbia omesso il versamento dell'imposta da lui stesso dichiarata come dovuta.

Un simile regime normativo si porrebbe inevitabilmente in contrasto con l'art. 3 Cost., per violazione del principio di eguaglianza: tanto è vero che lo stesso legislatore ha poi ridotto i limiti di rilevanza penale delle violazioni evocate in comparazione con il d.l. n. 138 del 2011, portandoli ad euro 50.000, quanto all'ipotesi di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 74 del 2000, e ad euro 30.000, quanto all'ipotesi di cui all'art. 5.

La questione risulterebbe, altresì, rilevante nel giudizio a quo, giacché il suo accoglimento comporterebbe il proscioglimento dell'imputato.

2.2. – È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha chiesto che la questione sia dichiarata manifestamente infondata sulla base di argomentazioni analoghe, mutatis mutandis, a quelle svolte, nel merito, in riferimento all'ordinanza di rimessione del Tribunale di Bologna.

Considerato in diritto

1. – Il Tribunale di Bologna dubita della legittimità costituzionale dell'art. 10-*ter* del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205), nella parte in cui, limitatamente ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, punisce l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto (IVA), dovuta in base alla relativa dichiarazione annuale, per importi superiori, per ciascun periodo di imposta, ad euro 50.000 ma non ad euro 77.468,53.

Ad avviso del giudice a quo, la norma censurata violerebbe l'art. 3 della Costituzione, determinando una irragionevole disparità di trattamento fra il soggetto che – essendo tenuto a versare l'IVA per un importo compreso nell'intervallo tra i predetti valori – non abbia presentato la relativa dichiarazione annuale al fine di evadere l'imposta, e il soggetto che, trovandosi nelle medesime condizioni, abbia presentato regolarmente la dichiarazione senza tuttavia versare l'imposta entro il termine stabilito. Nel primo caso, infatti – ove si tratti di violazione anteriore al 17 settembre 2011 – il contribuente resta esente da pena, stante il mancato raggiungimento della soglia di punibilità di 77.468,53 euro, prevista per l'omessa dichiarazione dall'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000, prima della modifica operata dall'art. 2, comma 36-*vicies semel*, lettera f), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148. Nel secondo caso, invece – benché si tratti di condotta meno lesiva degli interessi del fisco – il contribuente incorre in responsabilità penale, anche per i fatti commessi sino al 17 settembre 2011, in ragione del superamento della soglia di punibilità di 50.000 euro, prevista dalla norma censurata per l'omesso versamento dell'IVA.

2. – Il citato art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000 è ritenuto in contrasto con l'art. 3 Cost. anche dal Tribunale di Bergamo, nella parte in cui prevede, per l'omesso versamento dell'IVA, una soglia di punibilità inferiore a quelle stabilite per la dichiarazione infedele e l'omessa dichiarazione dagli artt. 4 e 5 del medesimo decreto legislativo, prima delle modifiche apportate dal d.l. n. 138 del 2011 (rispettivamente, euro 103.291,38 ed euro 77.468,53).

Secondo il rimettente, la norma denunciata violerebbe il principio di eguaglianza, assoggettando il contribuente che, dopo avere regolarmente presentato la dichiarazione annuale IVA, ometta il versamento dell'imposta, ad un trattamento paradossalmente deteriore rispetto a quello riservato al contribuente che non presenti la dichiarazione o presenti una dichiarazione infedele, occultando il debito di imposta: condotte, queste ultime, più insidiose, in quanto implicanti, oltre all'evasione di imposta, anche un ostacolo all'accertamento tributario.

3. – Le ordinanze di rimessione sollevano questioni analoghe, onde i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con unica decisione.

4. – La questione sollevata dal Tribunale di Bologna è manifestamente inammissibile.

Il giudice a quo, infatti, ha totalmente omesso di descrivere la fattispecie concreta sulla quale è chiamato a pronunciarsi, affermando la rilevanza della questione in termini meramente assertivi (*ex plurimis*, ordinanze n. 192, n. 150 e n. 99 del 2013).

5. – La questione sollevata dal Tribunale di Bergamo è fondata.

La norma incriminatrice di cui all'art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000, che delinea il reato di «omes-

so versamento di IVA», è stata introdotta – al pari di quella di cui al successivo art. 10-*quater* (che punisce il delitto di «indebita compensazione») – dall'art. 35, comma 7, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248. L'intervento si colloca nel quadro del processo di parziale revisione della strategia politico-criminale sottesa alla riforma penale tributaria realizzata dal d.lgs. n. 74 del 2000: strategia consistente nella focalizzazione dell'intervento repressivo preminentemente sulla fase dell'"autoaccertamento" del debito di imposta, ossia della dichiarazione annuale ai fini delle imposte sui redditi e sul valore aggiunto.

Ponendosi sulla scia della previsione punitiva di cui all'art. 10-*bis* del d.lgs. n. 74 del 2000, aggiunto dall'art. 1, comma 414, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)» – con cui era stato reintrodotto il delitto di omesso versamento di ritenute da parte del sostituto di imposta, soppresso dalla riforma del 2000 – la norma incriminatrice che qui interessa mira infatti a colpire, con specifico riferimento all'IVA, i fenomeni di evasione che si realizzino nella fase successiva a quella di determinazione della base imponibile: vale a dire, nella fase di riscossione dell'imposta.

In questa prospettiva, la norma sottoposta a scrutinio stabilisce che «la disposizione di cui all'articolo 10-*bis* si applica, nei limiti ivi previsti, anche a chiunque non versa l'imposta sul valore aggiunto, dovuta in base alla dichiarazione annuale, entro il termine per il versamento dell'acconto relativo al periodo di imposta successivo»: e cioè – in forza dell'art. 6, comma 2, della legge 29 dicembre 1990, n. 405, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 1991)» – entro il 27 dicembre dell'anno successivo al periodo di imposta di riferimento.

Il richiamo della norma censurata all'art. 10-*bis* dello stesso d.lgs. n. 74 del 2000, oltre ad individuare il trattamento sanzionatorio (reclusione da sei mesi a due anni), vale ad estendere alla violazione in esame la soglia quantitativa di punibilità stabilita dalla disposizione richiamata per l'omesso versamento di ritenute («nei limiti ivi previsti»). L'omesso versamento dell'IVA costituisce, di conseguenza, reato solo se di «ammontare superiore a cinquantamila euro per ciascun periodo di imposta».

6. – Per il modo in cui è strutturata, la previsione punitiva protegge, dunque, l'interesse del fisco alla riscossione dell'imposta così come "autoliquidata" dallo stesso contribuente. Come chiaramente si desume dalla lettera della norma, presupposto per la sua applicazione è, infatti, che il soggetto di imposta abbia presentato la dichiarazione annuale ai fini dell'IVA, dalla quale risulti un saldo debitorio superiore a 50.000 euro, senza che sia seguito il pagamento, entro il termine previsto, della somma ivi indicata come dovuta.

A fronte di ciò, emerge, peraltro, un evidente difetto di coordinamento tra la soglia di punibilità inerente al delitto che interessa e quelle relative ai delitti in materia di dichiarazione di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 74 del 2000 (dichiarazione infedele e omessa dichiarazione): difetto di coordinamento foriero di sperequazioni sanzionatorie che, per la loro manifesta irragionevolezza, rendono censurabile l'esercizio della discrezionalità pure spettante al legislatore in materia di configurazione delle fattispecie astratte di reato (*ex plurimis*, sentenze n. 68 del 2012, n. 273 e n. 47 del 2010).

Anteriormente alle modifiche legislative di cui poco oltre si dirà, l'art. 5 del d.lgs. n. 74 del 2000 richiedeva, per la punibilità dell'omessa dichiarazione (consistente nel fatto di chi, «al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte»), che l'imposta evasa fosse superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, ad euro 77.468,53. Ciò comportava una conseguenza palesemente illogica, nel caso in cui l'IVA dovuta dal contribuente si situasse nell'intervallo tra le due soglie (eccedesse, cioè, i 50.000 euro, ma non i 77.468,53 euro). In tale evenienza, infatti, veniva trattato in modo deteriore chi avesse presentato regolarmente la dichiarazione IVA, senza versare l'imposta dovuta in base ad essa, rispetto a chi non avesse presentato la dichiarazione, evadendo del pari l'imposta. Nel primo caso, il contribuente avrebbe dovuto rispondere del reato di omesso versamento dell'IVA, stante il superamento della relativa soglia di punibilità; nel secondo sarebbe rimasto invece esente da pena, non risultando attinto il limite di rilevanza penale dell'omessa dichiarazione.

Analoga discrasia era ravvisabile in rapporto alla dichiarazione infedele (consistente nel fatto di chi, fuori dei casi previsti dagli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 74 del 2000, «al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, indica in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi»), la cui punibilità presupponeva, ai sensi dell'art. 4, che l'imposta evasa risultasse superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte, ad euro 103.291,38. Laddove, infatti, l'IVA da versare si collocasse tra l'uno e l'altro limite di rilevanza (50.000 e 103.291,38 euro), fruiva di un miglior trattamento il contribuente che presentasse una dichiarazione inveritiera (non punibile per mancato superamento della relativa soglia), rispetto al contribuente che esponesse invece fedelmente la propria situazione in dichiarazio-

ne, salvo poi a non versare l'imposta di cui si era riconosciuto debitore.

La lesione del principio di eguaglianza insita in tale assetto è resa manifesta dal fatto che l'omessa dichiarazione e la dichiarazione infedele costituiscono illeciti incontestabilmente più gravi, sul piano dell'attitudine lesiva degli interessi del fisco, rispetto all'omesso versamento dell'IVA: e ciò, nella stessa considerazione del legislatore, come emerge dal raffronto delle rispettive pene edittali (reclusione da uno a tre anni, per i primi due reati; da sei mesi a due anni, per il terzo).

Il contribuente che, al fine di evadere l'IVA, presenta una dichiarazione infedele, tesa ad occultare la materia imponibile, o non presenta affatto la dichiarazione, tiene una condotta certamente più "insidiosa" per l'amministrazione finanziaria – in quanto idonea ad ostacolare l'accertamento dell'evasione (e, nel secondo caso, a celare la stessa esistenza di un soggetto di imposta) – rispetto a quella del contribuente che, dopo aver presentato la dichiarazione, omette di versare l'imposta da lui stesso autoliquidata (omissione che può essere dovuta alle più varie ragioni, anche indipendenti da uno specifico intento evasivo, essendo il delitto di cui all'art. 10-ter a dolo generico). In questo modo, infatti, il contribuente rende la propria inadempienza tributaria palese e immediatamente percepibile dagli organi accertatori: sicché, in sostanza, finisce per essere trattato in modo deteriore chi – *coeteris paribus* – ha tenuto il comportamento maggiormente meno trasgressivo.

7. – Lo stesso legislatore ha mostrato, del resto, di essersi avveduto dell'incongruenza.

L'art. 2, comma 36-*vicies semel*, del d.l. n. 138 del 2011, aggiunto dalla legge di conversione n. 148 del 2011, ha infatti ridotto la soglia di punibilità dell'omessa dichiarazione a 30.000 euro (lettera f) e quella della dichiarazione infedele a 50.000 euro (lettera d): dunque, ad un importo inferiore, nel primo caso, e pari, nel secondo, a quello della soglia di punibilità dell'omesso versamento dell'IVA, rimasta per converso inalterata. In tal modo, la distonia dianzi evidenziata è venuta meno.

Per espressa previsione dell'art. 2, comma 36-*vicies bis*, del d.l. n. 138 del 2011, le modifiche in questione sono, tuttavia, applicabili ai soli fatti successivi alla data di entrata in vigore della relativa legge di conversione (17 settembre 2011). Né potrebbe essere altrimenti, discutendosi di modifiche di segno sfavorevole per il reo (all'abbassamento delle soglie corrisponde, infatti, un ampliamento dell'area di rilevanza penale).

Ne consegue che, con riguardo ai fatti commessi sino alla predetta data, il *vulnus* costituzionale permane.

8. – Al fine di rimuovere nella sua interezza la riscontrata duplice violazione del principio di eguaglianza è necessario evidentemente allineare la soglia di punibilità dell'omesso versamento dell'IVA – quanto ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011 – alla più alta fra le soglie di punibilità delle violazioni in rapporto alle quali si manifesta l'irragionevole disparità di trattamento: quella, cioè, della dichiarazione infedele (euro 103.291,38).

Una disparità di trattamento similare si riscontra, in verità, anche con riferimento al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, previsto dall'art. 3 del d.lgs. n. 74 del 2000 (non, invece, con riguardo al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, di cui all'art. 2, che è privo di soglia). La circostanza resta, peraltro, in concreto irrilevante sugli esiti dell'odierno giudizio, giacché la soglia di punibilità relativa a tale delitto è uguale a quella dell'omessa dichiarazione (e, dunque, inferiore a quella della dichiarazione infedele, cui va ragguagliata, per quanto detto, la declaratoria di illegittimità costituzionale).

Irrilevante risulta anche la circostanza che, tanto per la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici che per la dichiarazione infedele, sia prevista – in aggiunta alla soglia di punibilità riferita all'imposta evasa – una ulteriore e concorrente soglia, riferita all'«ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione» (artt. 3, comma 1, lettera b, e 4, comma 1, lettera b). Tale soglia è, infatti, chiaramente inconciliabile con la materialità del delitto di omesso versamento dell'IVA, che prescinde dalla sottrazione all'imposizione di elementi attivi.

9. – L'art. 10-*ter* del d.lgs. n. 74 del 2000 va dichiarato, pertanto, costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, con riferimento ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, punisce l'omesso versamento dell'IVA, dovuta in base alla relativa dichiarazione annuale, per importi non superiori, per ciascun periodo di imposta, ad euro 103.291,38.

P.Q.M.

...omissis...

Nota a sentenza

sommario

1. La decisione della Corte Costituzionale sulla legittimità dell'art. 10-*ter* d.lgs. 74/2000. – **2.** Considerazioni su ulteriori profili di illegittimità della normativa penal-tributaria. – **3.** Osservazioni sulla natura e sullo scopo dell'evasione "penale" di cui all'art. 10-*ter*. – **4.** Lettura alternativa della normativa penal-tributaria.

1. La decisione della Corte Costituzionale sulla legittimità costituzionale dell'art. 10-*ter* d.lgs. 74/2000

La sentenza n. 80 emessa dalla Corte Costituzionale in data 12 marzo 2014, pubblicata in G.U. il 16 aprile 2014, è stata salutata con molto entusiasmo per avere espunto dal sistema penal-tributario una palese incongruenza, frutto della ben nota pressione degli organi politici sull'attività del legislatore che, contenuta in tempi brevi al solo fine di soddisfare esigenze di op-

portunità contingenti (i.e.: l'evasione fiscale), è stata ancora una volta contrassegnata dalla violazione dei superiori principii di non contraddittorietà dell'ordinamento giuridico e di ragionevolezza delle leggi.

La decisione del Giudice delle leggi ha statuito, in particolare, che: «è *costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 10*-ter *d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, nella parte in cui, con riferimento ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, punisce l'omesso versamento dell'i.v.a., dovuta in base alla relativa dichiarazione annuale, per importi non superiori, per ciascun periodo di imposta, ad euro 103.291,38*», di tal guisa ripristinando, almeno in parte, la razionalità sistematica della disciplina penale tributaria.

La pronuncia della consulta involge, a ben guardare, tre diverse tipologie di reati tributari, tra loro strettamente connesse: delitti di dichiarazione infedele ed omessa dichiarazione – rispettivamente disciplinati dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 74/2000 –, delitto di mancato versamento dell'IVA, previsto dall'art. 10-*ter* della medesima legge, ciascuno dei quali si consuma con il superamento di c.d. soglie di punibilità, appositamente gradate dal legislatore, in base alla ritenuta offensività delle condotte poste in essere.

Come già evidenziato, la Corte Costituzionale ha dichiarato, in particolare, la illegittimità costituzionale dell'art. 10-*ter* nella parte in cui per i fatti commessi sino al 17 settembre 2011, punisce l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto, dovuta in base alla dichiarazione annuale, per importi inferiori, per ciascun periodo di imposta, ad euro 103.291,38.

La norma *de qua* sanziona il mancato versamento dell'imposta dovuta in base all'autoliquidazione risultante dalla dichiarazione annuale, estendendo ad essa la sanzione penale prevista per la condotta di omesso versamento di ritenute certificate, tipizzata nell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 74/2000, a mente del quale «è punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti per un ammontare superiore a 50.000,00 euro per ciascun periodo d'imposta».

La sentenza della Consulta è stata sollecitata dal Tribunale di Bologna, con ordinanza del 13.6.2013, e dal Tribunale di Bergamo, con ordinanza 17 settembre 2013, entrambi remittenti la questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000, per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., segnatamente agli omessi versamenti IVA, dovuti in base alla dichiarazione annuale del contribuente, di importo superiore alla soglia di punibilità prevista di euro 50.000, 00, ma inferiore ad euro 77.468, 53, commessi prima della entrata in vigore della legge n. 148/2011[1].

Ad onor del vero, la questione sollevata dal Tribunale di Bologna, relativa alla sola disparità di trattamento tra art. 10-*ter* ed art. 5 d.lgs. 74/2000, è stata dichiarata inammissibile per omessa descrizione della fattispecie concreta sulla quale era chiamato a pronunciarsi[2], mentre è stata ritenuta fondata quella rimessa dal giudice di Bergamo che denunciava profili di illegittimità costituzionale anche in ragione del rapporto con la norma di cui all'art. 4 dello stesso decreto.

Nel dettaglio, il mancato raccordo fra la disposizione di nuovo conio di cui all'art. 10-*ter* ed altre previsioni punitive previgenti, ha fatto sì che il reato di omesso versamento dell'IVA, dovuta in base alla dichiarazione annuale, fosse punito se l'omissione si riferiva ad un importo superiore a 50.000,00 euro per ciascun periodo d'imposta (soglia di punibilità prevista dal richiamato art. 10-*bis*), mentre gli artt. 4 e art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000 – fino alla modifica intervenuta nel settembre 2011 – punivano rispettivamente l'omessa dichiarazione e la dichiarazione infedele quando l'imposta evasa superasse, nel primo caso, la somma di euro 103.291,38 e, nel secondo, la somma di 77.468,53 euro.

L'irragionevolezza della disciplina non poteva essere più marcata ed imbarazzante data l'ingiustificata diversità di trattamento fra il soggetto che – essendo tenuto a versare l'IVA, per un importo compreso nell'intervallo tra le due soglie (superiore a 50.000 euro, ma non a 77.468,53 euro) non avesse presentato la relativa dichiarazione annuale, al fine di evadere l'imposta, e il soggetto che, trovandosi nelle medesime condizioni, avesse presentato regolarmente la dichiarazione, senza tuttavia versare l'imposta entro il termine indicato dalla norma, anche a causa di eventuali sopravvenuti stati di decozione, quali ad esempio un'improvvisa illiquidità delle casse aziendali[3].

Ancor più significativamente si manifesta l'irragionevolezza della norma in esame, se paragonata all'ipotesi di dichiarazione infedele, *ex* art. 4, nel qual caso la soglia di punibilità era assestata ad € 103.291,38. Nei detti casi di infedele ed omessa dichiarazione, difatti, il contribuente restava esente da pena, non risultando raggiunta la soglia di punibilità prevista dalle norme di cui agli artt. 4 e 5 d.lgs. n. 74 del 2000; nel diverso caso di somma regolarmente autoliquidata e non versata, invece, il contribuente incorreva in responsabilità penale, anche per i fatti commessi entro il 17 settembre 2011, in ragione del superamento della più bassa soglia prevista dalla norma di cui all'art. 10-*bis*,

[1] L'art. 2 co. 36-*vicies semel* del d.l. 13.8.2011, n. 138, convertito con legge 148/2011, applicabile ai fatti commessi in data successiva al 17 settembre 2011, ha ulteriormente ridotto, ad euro 50.000,00 ed euro 30.000,00, le originarie soglie di punibilità previste rispettivamente per i delitti di infedele ed omessa dichiarazione di cui agli artt. 4 e 5 d.lgs. 74/2000.

[2] *Ex plurimis*, ordinanze Corte Cost. n. 192, n. 150 e n. 99 del 2013.

[3] Cfr. Riv. Archivio penale 2014, n. 2, p. 2 commento a cura di Carla Iavarone.

richiamata *quoad poenam* ai fini della punibilità per l'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto.

Le ragioni della remissione al giudice costituzionale sottolineano come la condotta dell'omesso versamento dell'IVA, da parte di chi avesse correttamente assolto al proprio obbligo di dichiarare al fisco il *quantum debetur*, fosse sanzionabile a partire da un limite minimo inferiore, rispetto a quella di colui che avesse assolutamente violato l'onere dichiarativo o, peggio, l'avesse adempiuto falsificando i dati contenuti nella dichiarazione resa a fini IVA.

Con maggiore impegno esplicativo, si può affermare che appare evidente l'irragionevolezza del diverso trattamento, volto a stigmatizzare in misura maggiore il contribuente onesto, che regolarmente abbia esposto, nella dichiarazione annuale, il proprio debito con l'Erario, omettendone poi il relativo pagamento per le ragioni più disparate che si possano ipotizzare, rispetto al contribuente che surrettiziamente, invece, non abbia dichiarato il proprio onere fiscale o, ancor più gravemente, lo abbia rappresentato in modo inveritiero.

In altri termini, la situazione normativa avvantaggiava il "falso" o "non" dichiarante lasciando, oltretutto, nella seconda ipotesi, la possibilità al contribuente di evitare di incorrere in sanzione penale là dove, nell'incertezza di non riuscire ad eseguire il versamento dell'acconto IVA nel termine di legge (27 dicembre dell'anno successivo a quello di imposta), per importo superiore ad euro 50.000,00, ma inferiore ad euro 77.468,53, omettesse la dichiarazione anziché renderla e rischiare di essere penalmente perseguito.

La lesione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. è in *re ipsa*, ravvisata proprio perché risultano: «incontestabilmente più gravi sul piano dell'attitudine lesiva degli interessi del fisco le condotte di cui agli artt. 4 e 5 del d.lgs n. 74/2000, come emerge dalle differenti pene edittali e dalla maggiore insidiosità delle prime rispetto alla seconda».

Val la pena evidenziare che la Corte Costituzionale recupera come importo di riallineamento delle soglie di punibilità, per i fatti commessi ante 2011, quella di € 103.291,38, prevista dall'art. 4 d.lgs 74/2000, a dimostrazione proprio della maggior lesività della condotta ivi descritta rispetto alle altre considerate.

2. Considerazioni su ulteriori profili di illegittimità della normativa penal-tributaria

La decisione della Consulta è sorretta da una ferrea logica atteso che, come affermato, il difetto di coordinamento tra le norme in argomento appare foriero di quelle sperequazioni sanzionatorie che, per la loro manifesta irragionevolezza, rendono censurabile l'esercizio della discrezionalità pure spettante al legislatore in materia di configurazione delle fattispecie astratte di reato[4]; nondimeno, in linea di principio essa si presenta come una mancata occasione per svolgere una serie di considerazioni di più ampio respiro che, se da un lato evidenziano il permanere di antinomie che richiederanno senz'altro, *de jure condendo*, nuovi interventi migliorativi dell'impianto normativo *de quo*, dall'altro gettano luce su inconfessati ma ben visibili profili oscurantisti della disciplina penal-tributaria.

La pronuncia di incostituzionalità dell'art. 10-*ter* ha inevitabilmente creato, in primo luogo, una nuova distonia normativa in rapporto alle ipotesi, per certi versi gemelle, disciplinate dagli artt. 10-*bis* e 10-*quater*, relativamente ai fatti commessi fino al 17.9.2011, per somme autoliquidate e non versate, oppure utilizzate in compensazione, il cui ammontare è oggetto della questione di legittimità costituzionale accolta dalla Consulta, ossia contenuto nell'intervallo tra € 50.000,00 ed € 77.468,53, o meglio € 103.291,38.

De *jure cond*endo, non è dunque peregrino paventare la richiesta di un nuovo intervento della Consulta, che trovi fondamento nella disparità di trattamento tra inadempimenti fiscali di pari gravità, quello IVA e quello delle ritenute certificate e delle somme indebitamente compensate. Parimenti auspicabile sarebbe un intervento depenalizzatore, da parte del legislatore, in chiave amministrativa di diversi reati tributari.

A ben guardare, difatti, l'unico elemento che impedisce di ravvisare nella norma penale un mero doppione di quelle amministrative – poste a tutela dell'attività di accertamento dell'amministrazione tributaria per fini di riscossione –, è la sola individuazione del momento evasivo, qualificabile con le previste soglie di punibilità, la cui natura di elemento costitutivo del reato è oggi da molti sostenuta, con le evidenti ricadute in termini di qualificazione del reato (di evento) e di bene tutelato dalla norma (interesse patrimoniale dello Stato)[5].

[4] *Ex plurimis*, sentenze Corte Cost. n. 68 del 2012, n. 273 e n. 47 del 2010.

[5] Le interpolazioni normative non hanno fornito alcuna specificazione sulla natura giuridica delle soglie di punibilità, concepite da alcuni come presupposto della condotta, da altri come condizioni di punibilità, da altri ancora, come elementi costitutivi del fatto. La soluzione prescelta, lungi dall'essere una questione di interesse esclusivamente teorico, determina importanti conseguenze in ordine sia all'individuazione del bene giuridico oggetto di tutela, sia alla definizione del contenuto del dolo. Esclusa l'opinione che si era avuta nella vigenza della legge 516/1982, allorché alcuni avevano valutato le soglie di punibilità ivi previste quale presupposto della condotta (in tal senso L. Stortoni "La nuova disciplina dei reati tributari" 1983), la dottrina si è sostanzialmente divisa in due posizioni. L'opinione che ha ricevuto maggiori consensi – di recente sostenuta anche da F. Antolisei in *Manuale di diritto penale – Leggi complementari*, Vol. II, 2008 – considera le soglie di punibilità quali elementi costitutivi del reato, in quanto il loro superamento è il diretto risultato dell'azione posta in essere e voluta – come preteso dal necessario dolo di evasione – dal soggetto attivo. Questa definizione ha una portata pratica di grande rilevanza. Sulla base di essa, anzitutto, i reati in esame sono di evento e di danno patrimoniale, essendo necessario per la loro consumazione che si sia verificato l'evento dell'avvenuta evasione d'imposta nella misura minima indicata nelle singole norme. Il

3. Osservazioni sulla natura e sullo scopo dell'evasione "penale" di cui all'art. 10-*ter*

In disparte la considerazione che, nelle ipotesi di reato di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter*, non sia del tutto avventato ravvisare un discutibile ritorno ad arcaici istituiti giuridici di romana memoria, che giustificavano la privazione della libertà personale in capo al debitore insolvente, per volontà del creditore e per mano di un magistrato (cd. *addictus*), e riservandoci di approfondire più avanti l'argomento "offensività", preme qui evidenziare che la previsione di soglie di punibilità stabilite *tout court* dal legislatore, al fine di segnare il confine tra il lecito e l'illecito in ordine a condotte che non appaiono ai consociati *ictu oculi* criminali, ripropongono, anzitutto, l'eterno dibattito sulla definizione stessa di criminalità: se si tratti di una mera creazione politico – sociale o di una realtà ontologico – naturalistica (*id est*: una entità giusnaturalistica o un dato giuspositivistico) e, *in secundis*, aprono un *vulnus* in punto di conseguenze penali.

In riferimento al primo aspetto, l'art. 10-*ter* prevede una fattispecie penale senz'altro di creazione politico - sociale, com'è desumibile dalla circostanza che la mera variazione delle soglie di punibilità è idonea a qualificare (anche per 1 solo euro) la medesima condotta ora in termini di liceità, ora di illiceità. Tra l'altro, non può tacersi che la lotta all'evasione fiscale, in tutte le sue forme, è diventata uno degli obiettivi principali degli Stati della c.d. Eurozona, poiché il recupero di risorse dai flussi finanziari che sfuggono alle entrate tributarie rappresenta uno degli strumenti privilegiati al fine di evitare, o meglio contenere, gli scostamenti dai requisiti richiesti dal c.d. Patto di Stabilità e Crescita (PSC).

Volendo brevemente segnalare le principali tappe attraverso le quali si è manifestata questa significativa evoluzione ordinamentale, l'art. 10-*ter* è stato inserito nel tessuto normativo dei reati finanziari dal c.d. decreto Visco - Bersani[6], ad un anno di distanza dall'introduzione dell'art. 10-*bis* ad opera della legge finanziaria del 2005[7]. Originariamente, difatti, il d.lgs. 74/2000 non prevedeva affatto la rilevanza penale delle condotte di omesso versamento di imposte e ritenute risultanti dall'assolvimento delle dichiarazioni dei redditi. La relazione governativa al decreto legislativo 74/2000 aveva sottolineato come «alcuna rilevanza penale assumesse il mero inadempimento delle obbligazioni pecuniarie aventi ad oggetto imposte ed oneri accessori una volta che il contribuente avesse compiutamente e correttamente assolto il dovere di dichiarazione».

Tale esclusione era in perfetta armonia con il robusto sistema di "sanzioni tributarie" previste a tutela degli omessi versamenti (eccezion fatta per le ritenute) risultanti dal regolare assolvimento degli obblighi dichiarativi; condotte qualificabili sì come illecite, ma non punite penalmente né sotto la vigenza dell'assetto normativo delineato dalla legge 516/82 (artt. 2 e ss.) né a norma di quello originariamente creato dal legislatore delegato del 2000.

Il successivo inserimento delle due fattispecie delittuose di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* (nonché art. 10-quater), nell'arco di appena due anni, ha dunque spostato l'iniziale baricentro del sistema penale tributario in favore di fatti "esterni" alla dichiarazione fiscale, mirando a rafforzare – in tutta evidenza – la tutela del gettito finanziario nella fase specifica di riscossione diretta ovvero del versamento in autoliquidazione versato dal contribuente[8].

Anziché punire fatti anteriori e/o coevi al momento dichiarativo, in corrispondenza del quale è possibile ipotizzare la predisposizione di condotte, precedenti e/o coeve penalmente rilevanti, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo, in quanto idonee ad alterare in concreto il diritto dello Stato, nascente dal rapporto tributario costituzionalmente presidiato (*cfr.* i principii solidaristici consacrati negli artt. 53 e 2 Cost.), di conoscere con esattezza le somme destinate al patrimonio pubblico in virtù dell'introito fiscale, le fattispecie contemplate negli artt. 10-*bis* e 10-*ter* si limitano a minacciare di pena, ad onta della onestà sottesa alla regolare dichiarazione, il contribuente che ometta, a considerevole distanza di tempo dall'adempimento dell'obbligo dichiarativo, il relativo versamento.

Piuttosto che punire l'omesso versamento, che deve essere sorretto da coscienza e volontà, sembrerebbe punito il mancato accantonamento di somme in prospettiva del futuro trasferimento nelle casse dello Stato. In altri termini, se si dichiara si intende versare, se ciò non avviene occorre verificarne le ragioni (ad es. stato di illiquidità, seppur prevedibile; sostituzione della figura del legale rappresentante nel periodo di un anno che passa tra la presentazione della dichiarazione ed il momento consumativo del reato, etc.), tanto più che esse avrebbero una loro efficacia scusante se il reato fosse sorretto da dolo specifico e non generico. Questa riflessione coglie nel segno se sol si pensi che la maggior parte delle norme incriminatrici previste dal d.lgs

bene giuridico protetto si identifica, in modo del tutto innovativo rispetto al passato, nella tutela degli interessi patrimoniali dello Stato, la cui diretta lesione è elemento costitutivo del reato.

[6] Il co. 7 dell'art. 35 d.l. 4 luglio 2006, n. 223, c.d. decreto Visco Bersani, convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, ha introdotto nel novero della disciplina penal-tributaria, di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, la fattispecie delittuosa di omesso versamento dell'I. V.A. e quella di cui all'art. 10-quater.

[7] Così M. Villani, A. Rizzelli, in *Riv. Dir. Trib.*, 24 novembre 2011: «*Si rileva come tale fattispecie criminosa (art. 10-*bis*) fosse in precedenza prevista dal d.l. n. 429/1982 poi abrogato dall'art. 25 del d.lgs. 74/2000; poco dopo l'intervenuta abrogazione, però, il Legislatore si rese conto che la scelta di non sanzionare le condotte illecite dei sostituti d'imposta aveva determinato un rilevante danno economico per l'Erario, conseguentemente al proliferarsi di episodi di mancato versamento delle ritenute certificate da parte dei soggetti tenuti a tale adempimento*».

[8] Così, D'Avirro - Giglioli, *I reati tributari*, Firenze, 2012, p. 261.

74/2000 sono sorrette dal dolo specifico, scelta abdicata nelle fattiscpecie in esame a vantaggio di quello generico.

Diverso, ma complementare al profilo soggettivo che, in tema di reati tributari omissivi, è già stato ampiamente dibattuto, si presenta l'aspetto relativo alla mancata percezione da parte della collettività della pericolosità sociale, in termini penali, della condotta di chi abbia omesso il pagamento dei contributi IVA per ragioni diverse dall'evasione fraudolenta o surrettizia delle imposte.

Tendenza che impone, con urgenza, interrogativi circa la compatibilità della relativa fattispecie incriminatrice coi principii propri di un diritto penale della libertà e del fatto che, secondo l'opinione di più autorevole dottrina, non può prescindere dall'esigenza che la mediazione tra le opposte istanze di difesa sociale e di libertà deve affrancarsi dalla tentazione di lasciar prevalere le prime, abbracciando una concezione intimidatrice della pena tipica del cd. diritto penale dell'oppressione, in cui scopo precipuo della sanzione è prevenire la commissione dei reati (prevenzione generale). Viceversa, il diritto penale della libertà, pur senza abdicare alla funzione di difendere dai crimini la collettività, deve rifuggire dall'idea di irrogare pene non sussidiarie, non necessarie, non meritevoli, non proporzionate[9].

Il principio della meritevolezza della pena impone che essa venga riservata alla tutela di diritti fondamentali; la proporzionalità della pena esige che essa sia limitata ad offese di gravità intollerabili, per giustificare il sacrificio dei beni che la pena comporta, *a fortiori* se è compressa la libertà personale di un soggetto; infine, il principio di stretta necessarietà (*nullum crimen, nulla poena sine necessitate*) prevede che il ricorso alla sanzione penale vada circoscritto nei rigorosi limiti della necessità di tutelare i diritti fondamentali della persona e i beni-mezzo, indispensabili per il reale godimento di tali diritti[10].

È il principio di offensività (*nullum crimen sine iniura*), la cui valenza costituzionale è stata riconosciuta, dopo un'iniziale ritrosia, anche dalla Consulta[11], infine, a fungere da collante a tutti i principi sopra citati (proporzionalità, meritevolezza, necessarietà della sanzione penale), svolgendo un'importante funzione politico garantista, qualificando il reato come un fatto esteriore (diritto penale oggettivo) lesivo di un bene preesistente, ricavabile *aliunde*, da fonti metagiuridiche (secondo la teoria illuministica del contratto sociale) o da fonti giuridiche superiori (quali ad esempio, la Costituzione) e non come mera violazione di un dovere di obbedienza allo Stato[12].

Queste osservazioni conducono a ritenere il dettato normativo dell'attuale sistema penal-tributario in contrasto con i principii testè richiamati e disattesi, per di più, ad onta dell'intento proclamato dalla riforma tributaria del 2000, che era proprio quello di recuperare la dimensione di reale offensività delle condotte penalmente punite, con conseguente rimessione all'amministrazione finanziaria dei compiti di rilevazione e punizione di gran parte delle precedenti violazioni tributarie, mediante l'abrogazione di fattispecie di reato prodromiche all'evasione, ossia di reati di pericolo, a consumazione anticipata rispetto all'evasione[13].

Intento lodevole, atteso che la circoscrizione degli illeciti penali ai fatti tipici offensivi trova fondamento nella stessa concezione costituzionale del reato, come si desume dalla inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.), dalla riserva di legge in ambito penale (art. 25 Cost.), dal finalismo rieducativo della pena (art. 27 Cost.), e dalla norma ordinaria di cui all'art. 49 co. 2 c.p.

Sotto più pregnante profilo, la fattispecie contemplata dall'art 10 ter, ed anche quella prevista dall'art. 10 bis, impongono la considerazione che si tratti non di condotte fraudolente e menzognere, ma di meri inadempimenti fiscali stigmatizzati e puniti con una sanzione penale, seppur carenti della necessaria offensività. Le norme predette non esauriscono il relativo elenco se sol si pensi, ad esempio, nell'ambito di materia non in tutto dissimile, alle disposizioni che sanzionano il mancato pagamento dei debiti previdenziali di cui all'art 2 della l. n. 638/1983, col quale si impone un parallelo.

È ormai noto il solco giurisprudenziale, tracciato dai giudici di merito[14], in materia di ritenute previdenziali dichiarate nei modelli di dichiarazione mensile e non versati, che ha ritenuto non più previsto dalla legge come reato, ancor prima della emanazione della legge delegata[15], l'omesso versamento delle ritenute previdenziali, per importi inferiori ad euro 10.000,00.

È pur vero che, di recente, la Corte di Cassazione[16] ha neutralizzato il suddetto orientamento, sottolineando che, avendo la legge delega ad oggetto la materia di "pene detentive non carcerarie", non apporta in alcun modo modifiche alla figura del reato in questione, atteso che tale funzione è affidata alla non ancora intervenuta decretazione delegata; è altrettanto vero, però, che la Suprema Corte rimanda ai giudici

[9] Mantovani, *Manuale di diritto penale*, XLV.

[10] Mantovani, *op. cit.*

[11] Tra le prime, seppur interpretativa di rigetto, Corte Costituzionale sentenza n. 62 del 1986, in *Giur. Cos*t., I, 408.

[12] Mantovani, *Manuale di diritto penale*, 2001, p. 192.

[13] Napoleoni, *Il nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000.

[14] *Ex multis* Tribunale di Asti sentenza 27 giugno 2014,

[15] Con la legge n. 67/2014, il Parlamento ha conferito delega al governo di adottare uno o più decreti legislativi per la riforma della disciplina sanzionatoria di taluni reati e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili. Tra le fattispecie penali da depenalizzare l'articolo 2, comma 2 lettera c) della delega ha previsto la trasformazione in illecito amministrativo del reato di omesso versamento in questione a condizione che non ecceda il limite complessivo di 10.000 euro annui.

[16] Cass., sez. feriale, 17 settembre 2014, n. 38080.

di merito la verifica in concreto, ad onta della mancata previsione di soglie di punibilità nello schema dell'art. 2 l. 638/1983, della reale "offensività" della condotta omissiva, parametrata soprattutto sull'importo dichiarato e non versato.

Il parallelo tra le norme tributarie di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 74/2000 e l'art. 2 l. 638/1983, ha costituito oggetto di una recentissima pronuncia della Consulta[17], nuovamente intervenuta sulla questione della legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 1-bis d.l. 463/1983, nell'occasione sollevata a partire da fattispecie concrete di omessi versamenti di cifre risibili o, comunque, di entità modesta con riferimento ad ogni singolo periodo di imposta, per le quali, contrariamente a quanto avviene per i reati di omesso versamento delle ritenute d'imposta (art. 10-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000) – proposto dal giudice *a quo* quale *tertium comparationis* ai fini del dedotto giudizio di costituzionalità *ex* art. 3 Cost. –, non sono fissate soglie di punibilità.

Pur ribadendo la piena legittimità della disposizione, nel solco di plurime precedenti decisioni, la Corte Costituzionale ha sottolineato l'utilità, anche nell'ambito di tale fattispecie criminosa, del generale canone interpretativo offerto dal principio di "necessaria offensività" della condotta concreta, ciò che permetterebbe di escludere rilievo penale a condotte apparentemente tipiche quando, avuto riguardo alla *ratio* della norma incriminatrice, esse risultino in concreto prive di significato lesivo (*cfr.* altresì Corte Cost. 333/1991).

Di notevole interesse, ai fini del presente lavoro, risulta però l'affermazione della Corte che, ribadisce, in particolare, che non esistono i presupposti sostanziali per operare un'assimilazione fra ritenute a fini previdenziali e ritenute d'imposta, configurandosi un palese «dislivello» nella protezione degli interessi sottesi. Risultano infatti maggiormente meritevoli di tutela gli interessi protetti dall'art. 2, comma 1-*bis*, d.l. n. 463 del 1983 facenti capo al lavoratore subordinato e perciò oggetto di prevalente tutela costituzionale.

Nondimeno, quest'ultima osservazione consente di rimarcare come sia proprio il fine che il legislatore della riforma del 2000 aveva inteso perseguire a rappresentare il *punctum pruriens* della normativa penal-tributaria, che pare recuperare rigurgiti soggettivistici del diritto penale, erosivi del principio di offensività, i quali incentrano la nozione di reato sul disvalore dell'azione o sulla finalità della stessa, e paventati da dottrina maggioritaria proprio con riferimento alla legislazione che tramuta il reato in illecito di mera trasgressione alle regole tecnico-burocratiche[18]. Concretizzazione di tale pericolosa impostazione può essere ben ravvisata, per molti aspetti, nelle fattispecie di cui agli artt. 10-*ter* e 10-*bis* del d.lgs. 74/2000.

La disciplina penal - tributaria sfugge al controllo garantista del principio di offensività, anche sul diverso piano della necessaria classificazione di oggettività giuridiche non vaghe ed impalpabili, al fine di valutare la proporzionalità, la meritevolezza, la necessarietà della reazione penale, nell'ipotesi in cui esse vengano lese: già il d.lgs n. 74/2000 richiama, infatti, un generico e non facilmente identificabile "interesse al prelievo fiscale" (che sostituisce l'interesse alla trasparenza fiscale, tutelato prima della riforma del 2000). Le riforme dal 2005 in poi evidenziano, come accennato, uno spostamento dell'attenzione del legislatore dal momento accertativo – determinazione della base imponibile e del debito di imposta – a quello successivo della riscossione, qualificato dalla dottrina, come l'interesse erariale alla tempestiva ed efficace riscossione delle imposte e che, senza particolare sforzo argomentativo, appare indiscutibilmente soccombente rispetto al bene inviolabile della libertà personale, minacciata in caso di inosservanza della prescrizione tributaria *de qua*.

Il contenuto di un generico diritto alla veloce e tempestiva riscossione (di per sé non violato dal contribuente che, avendo diligenemente e veridicamente autoliquidato il suo onere fiscale, evita allo Stato il ricorso alle procedure di verifica ed accertamento e che, invece, risulta limitato ed ostacolato là dove tali procedure si rendono necessarie per fronteggiare le diverse ipotesi di omessa e fraudolenta dichiarazione), non si presta ad agevoli definizioni se disancorato dal suo strumentale esercizio rispetto alla statale integrità patrimoniale, al cui potenziale ammontare andrebbe necessariamente parametrata la capacità offensiva di un omesso versamento di somme realmente dichiarate. È del tutto evidente l'impossibilità logico-giuridica di individuare, senza gravi pregiudizi del principio di uguaglianza, la cifra al di sotto della quale sussisterebbe una penalistica inoffensività. Il giudizio potrebbe assumere i contorni paradossali del "sorite"; tuttavia, se i pensatori greci disquisivano paradossalmente del momento a partire dal quale un mucchio di sabbia, privato progressivamente dei singoli granelli, cessa di essere "mucchio", la decisione della Corte Costituzionale fornisce l'autorevole base per la ricerca interpretativa di parametri sufficientemente oggettivi di offensività.

Molteplici e sicuri criteri orientativi possono individuarsi nell'ambito dell'ordinamento penale, soprattutto da una lettura sistematica e coordinata delle norme che in qualche modo assistono gli interessi patrimoniali dello Stato. Nel novero rientrano non solo i reati previsti dal codice penale (tra tutti la truffa e l'indebita percezione di pubblici contributi), ma soprattutto quelli previsti dal sistema penal-tributario (emissione ed utilizzo di fatture false, dichiarazione fraudolenta)[19] nei quali l'offensività non è costruita sulla lesione pa-

[17] Corte Cost., 19 maggio 2014, n. 139, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3059.

[18] Mantovani, *Manuale di diritto penale*, 2001, p. 193.

[19] Reati di cui agli artt. 2, 4, e 8 d.lgs. 74/2000.

trimoniale, ma maggiormente calibrata sulla insidiosa artificiosità delle condotte che, come sopra accennato, ledono il diritto dello Stato alla certezza del *quantum* di cui si prevede la riscossione (elemento indispensabile anche per la manovra di bilancio in parte "competenza entrate", demilenandosi la procedura nelle tre fasi di accertamento – riscossione – versamento), bene che, invece, non risulta assolutamente leso, se non nella fase esecutiva dell'adempimento, nel caso di dichiarazioni fedelmente rese. In tali ultimi casi, difatti, il mancato introito delle somme regolarmente previste e contabilizzate, più che violare il diritto alla riscossione, che sorge nel momento dichiarativo, sembrano inficiare l'aspettativa patrimoniale/finanziaria dello Stato che attiene, a ben guardare alla fase successiva di interesse all'integrità del patrimonio pubblico.

Non il diritto alla veloce e tempestiva riscossione, bensì il diritto alla sua sicura riuscita sembra essere violato dalle norme in esame, smascherando la reale natura strettamente patrimoniale della situazione giuridica tutelata, attesa anche la costruzione di gran parte delle norme come reati di evento, anche omissivi.

La normativa previgente alla riforma del 2000 non individuava nella "corretta riscossione del tributo" il bene tutelato dalle norme che punivano le condotte prodromiche all'evasione, bensì registrò un graduale passaggio da un generico dovere di astensione – molto vicino se non totalmente ricadente nella inaccettabile categoria dei "*mala quia prohibita*" – al concetto di "doverosità di trasparenza fiscale", intesa quale garanzia di un agevole accertamento da parte degli organi dell'amministrazione finanziaria[20].

Ricondotto, quindi, il bene giuridico protetto nell'alveo delle pretese patrimoniali – al fine di attribuire o meno offensività penale al mero "inadempimento tributario" –, non è facilmente comprensibile come la soglia di punibilità possa rappresentare lo spartiacque tra liceità ed illiceità della condotta omissiva. Estremamente scivolosa ed inafferrabile diventa la percezione della consistenza della lesione. Un solo centesimo di euro (imposta dovuta 49.999,99 oppure 50.000,01) determinerebbe la sussistenza o meno del reato. Il versamento di quel solo centesimo rimetterebbe, altresì, la disponibilità della sanzione penale all'arbitrio del privato.

La soglia minima di punibilità, a ben guardare, rappresenta la "quota zero" di quelle fattuispecie che non prevedono soglie minime (i.e. art. 2 l. 638/83).

In ambo le tipologie, nondimeno, lo scostamento dalla soglia (prevista o non) di offensività deve essere penalmente rilevante ed apprezzabile, a meno che non si voglia, per i reati di natura economica, ritenere inapplicabile il principio di "tipicità apparente", pur valido e riconosciuto nell'ambito dei delitti contro il patrimonio.

[20] R. Giovagnoli, *Studi di diritto penale parte speciale*, 2008, p. 589 e ss.

Chiaramente, queste considerazioni debbono tener conto dell'affermazione, giurisprudenzialmente confortata, che altro è il bene tutelato dalla norma rispetto al patrimonio, ossia il diritto alla riscossione, il cui senso giuridico, tuttavia, inevitabilmente sfuma se, come in precedenza accennato, il momento della riscossione sembrerebbe essere più una delle facoltà del principale diritto di credito. Anzi, nell'ottica pubblicistica, quello della riscossione è soprattutto un dovere, in ossequio al principio che la pubblica amministrazione non possa liberamente rinunciare al diritto di credito tributario.

Ai già addotti argomenti aggiungasi quanto irrilevanti siano per il c.d. diritto alla riscossione, nell'impossibilità di quantificare l'entità del danno causa la notevole e non commensurabile dimensione del patrimonio pubblico, quegli irrisori scostamenti dalla soglia minima che, apparentemente sarebbero invece rilevanti per il legislatore penale. L'indicata discrezionalità del legislatore non è sufficiente a spiegare in che modo, piccole cifre, seppur diffuse, possano ledere sì un bene costituzionalmente tutelato, ma non al punto tale da consentire la limitazione della libertà personale, bene primario per antonomasia.

Seppur su altro versante, parimenti fondate appaiono le suddette valutazioni se sol si considera che la previsione penale non è garanzia di recupero delle somme evase, rispetto alle più incisive modalità di accertamento e recupero di natura tributaria ed amministrativa, se non nella misura del maggior effetto deterrente della sanzione.

Accanto alle esposte critiche, va segnalato chi abbia addirittura sottolineato come le norme in commento designino atteggiamenti di «*larvata antinomia*» con le norme comunitarie, con particolare riferimento all'art. 1 del Quarto protocollo addizionale alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali. Sia pure consapevoli che la obbligazione relativa al pagamento non possegga natura contrattuale, i sostenitori di questa tesi fanno leva sul principio comunitario che disponendo che «nessuno può essere privato della sua libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere ad una obbligazione contrattuale»[21], vuole chiaramente escludere in radice la generale comparabilità tra incapacità di adempimento e libertà personale.

4. Lettura alternativa della normativa penal-tributaria

Il recupero di una dimensione costituzionale che non mini alla base l'intero impianto penal tributario

[21] Così Perini, *Diritto penale tributario. La tutela penale della dichiarazione fiscale*, in Caraccioli, Dezzani - Santoriello - Destito - Oggero - Perini - Napoleoni - Cianci, *La disciplina penale dell'economia*, a cura di Santoriello, Torino, 2008, p. 170.

– art. 10-*ter in primis* – può avvenire soltanto individuando una diversa oggettività giuridica di carattere superindividuale che trovi un addentellato nella Carta costituzionale, qual è l utilità sociale, richiamata dall'art. 41 Cost., norma, non a caso, messa in relazione con l'art 23 Cost. dalla Consulta, nel tentativo di definire i contorni della nozione di "prestazione patrimoniale imposta"[22].

Alla luce di un criterio cd. funzionale, la Corte Costituzionale fa ricadere alcune prestazioni patrimoniali imposte sotto l'egida dell'art. 23 Cost., altre nello spettro operativo dell'art. 41 Cost., stabilendo che queste ultime rispondono, a differenza delle prime, ad esigenze di riequilibrio dei rapporti tra categorie di operatori economici o di regolamento e controllo del mercato e, pertanto, sono assoggettate a più rigidi controlli da parte dello Stato, che attua, «controlli opportuni, perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (art. 41 co. 3 Cost.).

D'altro canto, la nozione di utilità sociale – elastica e polivalente – è intesa ora come massimizzazione del benessere economico collettivo, ad opera dello Stato e volta ad un fine ultimo di eguaglianza sociale; ora, come libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori, in funzione dell'interesse della collettività ad una sana concorrenza, che giova al prezzo ed alla qualità di prodotti.

In entrambe le accezioni, l'utilità sociale persegue finalità che superano la sfera individuale del singolo operatore economico il quale, dunque, svolgendo la propria attività d'impresa in violazione della stessa (non adempiendo agli obblighi tributari impostigli), danneggia, in ultima analisi, una pletora indeterminata di soggetti, identificabili a monte con gli imprenditori concorrenti (creando diseguaglianze e disfunzioni nel sistema di mercato), e a valle con i consumatori.

La particolare diffusività del danno, la sua non preventivabilità e l'impossibilità di porvi rimedio *ex post* (alla stessa stregua dei cd. danni ambientali) potrebbe giustificare, nel gioco dei pesi e dei contrappesi tra beni costituzionalmente tutelati, l'utilizzo della sanzione penale oltre certe soglie di evasione, recuperando l'obiettivo e la *ratio* della legge delega 205/1999 di rompere con il passato della penalizzazione a tappeto, fondato su figure di reato prodromiche alla evasione, e rivoluzionare il sistema, riportandolo nell'alveo del diritto penale minimo, lesivo di beni giuridici di consistenza afferrabile e rispettoso del principio di offensività[23]. Un diritto penale tributario, insomma, fatto ad immagine del diritto penale comune, che si richiami ad una dimensione costituzionale del reato, incentrata sulla persona umana e sulla inviolabilità dei suoi diritti, primo fra tutti la libertà.

[22] Cfr. Corte Cost. sentenza n. 70/1960.

[23] In questo senso Musco, *Ardito "Diritto penale tributario"*, 2010.

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia

CORTE DI CASSAZIONE

Omessa dichiarazione – Mancanza di contraddittorio endoprocedimentale – Accertamento induttivo – Legittimità

In caso di omessa presentazione della dichiarazione l'ufficio finanziario è autorizzato a determinare induttivamente il reddito imponibile sulla base dei dati e delle notizie raccolte senza dover garantire al contribuente alcun contraddittorio prima della notifica dell'atto. La mancata instaurazione del contraddittorio endoprocedimentale non determina la nullità del successivo atto impositivo. La sentenza ha inoltre chiarito che incombe sul contribuente l'onere della prova. Il suo mancato assolvimento non trova giustificazione nel mancato possesso dei documenti contabili trattenuti da altro soggetto pubblico, poiché detta circostanza, sebbene renda più complessa l'acquisizione, non preclude l'acquisizione di materiale probatorio a sostegno della propria tesi.

Cass., sez. V, 29 luglio 2015, n. 16036

Pres. C. Picininni - Rel. E. Cirillo

IVA – Neutralità – Autofatturazione – *Reverse charge* – Sanzioni

In tema di nautralità dell'Iva l'autofatturazione con il metodo dell'inversione contabile (reverse charge) o il pagamento dell'Iva all'importazione sono due sistemi alternativi di riscuotere la medesima imposta che non possono coesistere. L'avvenuta autofatturazione dell'Iva viene ora finalmente riconosciuta anche dalla Suprema Corte quale sistema «in grado di determinare, a tutti gli effetti, l'assolvimento dell'imposta all'importazione», sempre che lo stesso non sia volto alla commissione di una frode e, pertanto, non può esigersi la relativa Iva in dogana laddove quest'ultima stata regolarmente assolta o autofatturata dall'importatore. Per quanto concerne le sanzioni derivanti dagli accertamenti in materia di depositi la Corte pone invece in evidenza come sia più corretto ricorrere alla disciplina sanzionatoria generale, di cui all'art. 13 del D.lgs. 471/1997, anziché alla disciplina sanzionatoria in tema di leggi doganali (cui rinvia l'art. 70 del D.P.R. 633/1972) comportando così una netta riduzione delle sanzioni in caso di ritardato pagamento conseguenza dell'autofatturazione.

Cass., sez. V, 29 luglio 2015, n. 16109

Pres. M. Cicala - Rel. R.G. Conti

Ici – Accertamento – Attività non commerciale – Istituto ecclesiastico – Esenzione – Scopo di lucro

Non è esentato dal pagamento dell'Ici l'istituto scolastico religioso che svolge in concreto la propria attività con modalità commerciali. L'esenzione prevista dall'art. 7, comma 1, lett. i) del D.Lgs. n. 504/1992, infatti, è subordinata alla compresenza di un requisito oggettivo, rappresentato dallo svolgimento esclusivo nell'immobile di attività di assistenza o di altre equiparate, e di un requisito soggettivo, costituito dal diretto svolgimento di tali attività da parte di un ente pubblico o privato che non abbia come oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali.

La sussistenza del requisito oggettivo - che in base ai principi generali è onere del contribuente dimostrare - non può essere desunta esclusivamente sulla base di documenti che attestino a priori il tipo di attività cui l'immobile è destinato, occorrendo invece verificare che tale attività, pur rientrante tra quelle esenti, non sia svolta, in concreto, con le modalità di un'attività commerciale.

In questo caso si tratta della gestione di una scuola paritaria i cui utenti pagano un corrispettivo che è di per sè un fatto rilevatore dell'esercizio dell'attività con modalità commerciali, né rileva, come erroneamente sostenuto dai giudici di secondo grado, che la gestione operi in perdita (anche un imprenditore, infatti, può operare in perdita).

In definitiva, per integrare il fine di lucro è sufficiente l'idoneità, almeno tendenziale, dei ricavi a perseguire il pareggio di bilancio, e tale finalità non può essere esclusa dalla qualità di congregazione religiosa dell'ente.

Cass., sez. V, 8 luglio 2015, n. 14226

Pres. A. Merone - Rel. R. Botta

Abuso del diritto – Finanziamento mediante *"sale & lease back"* – Indebito vantaggio fiscale – Deduzione dei canoni *leasing*

In assenza di indizi sintomatici di anomalia riferiti allo schema negoziale, l'operazione di sale & lease back non può ritenersi abusiva, atteso che il regime fiscale applicabile, concernente la "anticipata" deducibilità del componente negativo di reddito (canoni di leasing), costituisce la naturale conseguenza del fenomeno economico-giuridico che le parti hanno voluto realizzare. Il fatto che tale operazione comporti un più favorevole regime fiscale della deducibilità dei costi, non è ex se sufficiente ad integrare la figura dell'abuso di diritto. Non ha rilevanza

l'osservazione per cui la società, con lo schema negoziale in questione, avrebbe aggirato le norme sulle imposte sui redditi che sarebbero state applicate laddove, rimanendo proprietaria dell'immobile, avesse stipulato con la banca un nuovo finanziamento. La Suprema Corte, dopo aver ripercorso le tappe fondamentali della giurisprudenza comunitaria in materia di abuso del diritto, sostiene l'operazione di sale & lease back non può integrare abuso del diritto solo perché il soggetto si determina a compiere la operazione negoziale fiscalmente meno onerosa, bene essendo rimessa all'esercizio della autonomia privata (di cui la libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., comma 1, è espressione) la ricerca della forma di finanziamento ritenuta più opportuna e la forma di conduzione degli affari che gli permette di limitare la contribuzione fiscale.

Cass., sez. V, 26 agosto 2015, n. 17175
Pres. C. Piccinini - Rel. S. Olivieri

CORTE DI GIUSTIZIA

Sesta direttiva IVA – Esenzioni di alcune attività di interesse pubblico – Articolo 13, parte A, paragrafo 1, lettere b) e c) – Ospedalizzazione e cure mediche – Operazioni strettamente connesse – Attività di trasporto di organi e di prelievi di origine umana a fini di analisi medica o di cure mediche o terapeutiche – Attività autonoma

L'attività di trasporto di organi e di prelievi di origine umana a fini di analisi medica o di cure mediche o terapeutiche, esercitata da un terzo indipendente in favore di cliniche e laboratori, non gode dell'esenzione dall'IVA, ai sensi dell'art. 13 parte A, paragrafo 1, lettere b) e c), della sesta direttiva IVA (77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977), in quanto tale terzo indipendente non può essere qualificato come «organismo di diritto pubblico», né può corrispondere alla qualificazione di «istituto ospedaliero», «centro medico», «centro diagnostico» o qualsiasi altro «istituto della stessa natura debitamente riconosciuto», che opera in condizioni sociali analoghe a quelle vigenti per gli organismi di diritto pubblico.

Sentenza della CGUE del 2 luglio 2015, C-334/14,
Nathalie De Fruytier

Rinvio pregiudiziale – Imposta sul valore aggiunto – Direttiva 2006/112/CE - Principio del legittimo affidamento – Principio della certezza del diritto – Principio di proporzionalità – Diritto a detrazione dell'imposta assolta a monte

Il diritto dell'Unione Europea nonché i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto non ostano a che una amministrazione nazionale sottoponga ad imposta sul valore aggiunto alcune operazioni prevedendo altresì l'applicazione di sanzioni. L'assoggettamento ad imposta, in ragione dei principi suindicati, deve avvenire però sulla base di norme chiare e precise che non abbiano ingenerato in un operatore economico prudente e accorto un affidamento ragionevole in ordine all'esenzione delle operazioni poste in essere e che pertanto consentano altresì di superare eventuali mutamenti di prassi dell'amministrazione finanziaria. Nel caso di specie, le norme nazionali, definiscono in maniera sufficientemente chiara e precisa che le operazioni poste in essere dai ricorrenti dovevano essere considerate come operazioni soggette ad Iva non essendo altresì opponibile da parte degli stessi la mancata traduzione in rumeno di giurisprudenza della Corte UE in materia. Ciò nonostante deve essere riconosciuto il diritto a detrazione dell'imposta assolta a monte ai ricorrenti che erano stati tenuti a versare l'imposta in maniera differita, per il fatto di non esser stati registrati ai fini IVA al momento di effettuazioni delle operazioni di acquisto, non essendo sanzionabile l'inosservanza delle norme in materia IVA con il diniego di detrazione, per contrasto con il principio di proporzionalità.

Sentenza della CGUE del 9 luglio 2015, C-183/14,
Salomie e Oltean

Diritto internazionale

Cambiare il proprio nome: eguaglianza e dignità della persona 180
di Ermelinda Balbo

Cooperazione giudiziaria in materia penale: l'ordine di protezione europeo e il suo recepimento in Italia 184
di Alessia Martinelli

Rassegna di giurisprudenza di Diritto internazionale e dell'Unione europea 192

Ermelinda Balbo
Dottore in Giurisprudenza

Cambiare il proprio nome: eguaglianza e dignità della persona

abstract

Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

keywords

Change of gender and name – Art. 8 CEDU – European Union.

abstract

Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

parole chiave

Cambiamento di sesso e nome – Art. 8 CEDU – Unione Europea.

sommario

Premessa. – **1.** La disciplina riservata ai soggetti transessuali dal nostro ordinamento giuridico per il cambio del nome. – **2.** Art. 8 CEDU. – **3.** Interventi della Corte di giustizia e problematiche connesse. – **4.** Sentenza della Corte di Cassazione, I sez. civile, n. 15138 del 20 luglio 2015.

Premessa

L'esigenza di cambiare il proprio nome in una società civile dove l'identificazione di genere e quella sessuale rappresentano una vera e propria scelta di libertà e di rispetto per il proprio io viene ormai considerata in maniera specifica e articolata anche dall'ordinamento giuridico vigente, frutto dell'evoluzione che ha avuto negli ultimi tempi la vecchia legislazione sul mutamento del nome.

La semplificazione procedurale prevista dalle leggi succedutesi nel tempo vale però solo per quanto concerne i soggetti che vogliono procedere a cambiare il proprio nome senza aver mutato il proprio genere.

1. La disciplina riservata ai soggetti transessuali dal nostro ordinamento giuridico per il cambio del nome

Qualsiasi cittadino che intende cambiare o modificare il proprio nome e cognome deve essere autorizzato dal Prefetto.

Le richieste devono rivestire carattere eccezionale e sono ammesse esclusivamente in presenza di situazioni oggettivamente rilevanti, supportate da adeguata documentazione e da significative motivazioni. L'istanza può essere presentata solo da **cittadini** italiani.

Per i soggetti transessuali la Legge 14 aprile 1982, n. 164 art. 1, primo comma come modificato dall'art. 110, D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, prevede che «*la rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali*».

Dopo la cosiddetta ri-attribuzione chirurgica di sesso (RCS) deve avvenire anche la rettificazione di attribuzione di sesso, cioè la modifica dei dati personali, nome proprio e sesso attribuito alla nascita, nei registri dell'anagrafe a cui si è iscritti.

È necessario presentare ricorso al Tribunale di residenza per ottenere la rettifica anagrafica e bisognerà esibire le cartelle cliniche della struttura sanitaria dove è stata effettuata la riconversione. Il Tribunale potrà accettare la cartella clinica o nominare dei periti d'ufficio e, al termine dell'istruttoria, ratifica l'avvenuta conversione e ordina all'ufficiale di stato civile di apportare le opportune rettifiche all'atto di nascita. La variazione risulta solo nell'atto di nascita integrale. Tutti gli altri certificati riportano esclusivamente i nuovi dati personali.

Atteso che per i soggetti transessuali la componente psicologica si discosta dal dato biologico, al fine di identificare una persona come femmina o maschio, non si può procedere ad un esame dei suoi organi ge-

nitali bensì dei suoi documenti. Pertanto non si comprendono le ragioni per cui nelle more della decisione del Tribunale circa la rettificazione di sesso, un transessuale, cittadino italiano, non possa quantomeno procedere alla modifica del proprio nome in Prefettura così come previsto per gli altri connazionali non transessuali.

2. Art. 8 CEDU

L'art. 8 della CEDU sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, prevedendo che «*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*».

Il Tribunale di Trento in data 19 agosto 2014 ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 primo comma della legge 14 aprile 1982, n. 164, nella parte in cui subordina la rettificazione di attribuzione di sesso alla intervenuta modificazioni dei caratteri sessuali della persona istante, con riferimento ai parametri costituzionali di cui agli articoli 2, 3, 32 e 117, primo comma , Costituzione.

Nell'ordinanza di rinvio si legge (senza riportare il testo integrale) che «*secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il diritto all'identità sessuale (rectius, diritto all'identità di genere), rientra a pieno titolo nella tutela prevista dal cit. art. 8 della CEDU e che occorre anche riconoscere che può sussistere un grave pregiudizio alla vita privata quando il diritto nazionale è incompatibile con un aspetto importante dell'identità personale. La tensione e lo squilibrio emotivo provocati dalla divergenza tra il ruolo ricoperto nella società da un transessuale operato e la condizione imposta dal diritto che rifiuta di riconoscerne il mutamento di sesso non possono essere considerati, a giudizio della Corte, un inconveniente di secondaria importanza discendente da una formalità.*

Vi è conflitto tra la realtà sociale e il diritto che pone il transessuale in una situazione anomala, suscitandogli sensazioni di vulnerabilità, di umiliazione e di angoscia.

Ciò posto, la dignità e la libertà dell'uomo costituiscono il nocciolo della Convenzione. In particolare, nel contesto dell'art. 8 della Convenzione, dove la nozione di autonomia personale riflette un importante principio sotteso all'interpretazione delle garanzie di tale disposizione, la sfera personale di ciascun individuo è protetta, compreso il diritto per ciascuno di decidere i particolari della propria identità di essere umano. Nel XXI secolo, la facoltà per i transessuali di godere pienamente, al pari dei loro concittadini, del diritto allo sviluppo personale e all'integrità fisica e morale, non può essere considerata una questione controversa che richiede del tempo per poter comprendere più chiaramente i problemi in gioco.

Sembra che non vi sia ragionevolezza né logicità nel condizionare il riconoscimento del diritto della personalità in esame, ad un incommensurabile prezzo per la salute della persona (articoli 3 e 32 Cost.) in un paese civile l'identità sessuale viene accertata tramite i documenti di identità e non certo per mezzo di un'ispezione corporale.

Una volta che lo Stato riconosce il diritto della persona a cambiare il proprio sesso anagrafico subordinare l'esercizio di tale diritto alla sottoposizione della persona a dolorosissimi e pericolosissimi trattamenti sanitari dalla stessa non voluti, significa pretendere da lei di commettere un atto di violenza sul proprio corpo. Una volta riconosciuto che il diritto alla rettificazione dell'attribuzione di sesso, costituisce un vero e proprio diritto della personalità, non sembra consentito al legislatore ordinario subordinarlo a restrizioni tali da pregiudicarne gravemente l'esercizio, fino a vanificarlo».

Sulla base di tali enunciati ben si potrebbe semplificare la procedura mediante l'intervento del Prefetto così come disposto per i cittadini italiani non transessuali.

La modifica almeno del nome potrebbe certamente consentire al soggetto in questione di affrontare in maniera più serena tale delicata situazione di transizione.

Il Tribunale di Trento continua affermando che «*è ben vero che l'art. 31, comma quarto, del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, prevedendo che "quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato", ammette che il trattamento medico-chirurgico possa essere solo eventuale (come lascia intendere l'avverbio "quando"); ma ciò non già perché possa ottenersi la rettificazione di attribuzione di sesso a prescindere dall'adeguamento dei caratteri sessuali primari, bensì solo perché possono esservi casi concreti nei quali i caratteri sessuali primari risultano già modificati (ad esempio, in caso di intervento già praticato all'estero o per ragioni congenite). Se così non fosse, non si comprenderebbe l'espressione "a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali", di cui al cit. art. 1, primo comma, della legge 14 aprile 1982, n. 164*».

Tale modifica procedurale, oltre a mettere sullo stesso piano cittadini transessuali e non, consentirebbe, soprattutto per i soggetti già operati all'estero, una semplificazione notevole dell'iter burocratico oggi necessario.

Interventi importanti in materia si sono avuti con la Risoluzione 2048 del 22 aprile 2015 *Discrimination against transgender people in Europe* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, e con la sentenza Y.Y. contro Turchia depositata il 10 marzo 2015 (ricorso n. 14793/08, *AFFAIRE Y.Y. c. TURQUIE*) la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, ha

censurato la scelta della Turchia di imporre la sterilizzazione chirurgica a una persona transessuale FtM (in transizione da donna a uomo) che chiedeva di poter cambiare i documenti senza doversi operare.

Sia il Consiglio d'Europa che la Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo hanno posto alla base delle proprie decisioni il diritto all'autodeterminazione e quello alla salute, all'integrità psichica e fisica della persona, principi sanciti anche dalla nostra Costituzione, agli articoli 2 e 32.

In particolare, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito che l'obbligo di sterilizzazione imposto alle persone transessuali per la rettificazione anagrafica del sesso viola il diritto fondamentale della persona al rispetto della sua integrità fisica.

Il caso riguarda Y.Y., cittadino turco che nel 2005 – una donna per l'anagrafe – si rivolge alla Corte distrettuale di Mersin chiedendo di sottoporsi ad un intervento chirurgico per cambiare sesso.

L'istanza, rigettata in primo grado nel 2007, secondo la legge del codice civile turco, viene accolta solo nel 2013 dall'Alta Corte di Mersin. La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna tuttavia Ankara per aver negato oltre un tempo ragionevole la richiesta del ricorrente, pregiudicando il diritto alla sua vita privata, così come tutelato *ex* art. 8 CEDU.

Pronunciandosi contro la Turchia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha detto chiaramente che una persona transessuale che richiede la rettificazione anagrafica del proprio sesso non può essere costretta a sottoporsi a interventi chirurgici di sterilizzazione. Un tale obbligo, infatti, violerebbe il suo diritto fondamentale all'integrità fisica e non risulta necessaria in una società democratica. Le persone transessuali godono del diritto alla realizzazione personale e al rispetto dell'integrità fisica e morale.

Uno Stato non può pretendere da una persona transessuale, che non lo voglia, di sottoporsi a intervento chirurgo che comporti la sterilizzazione.

3. Interventi della Corte di giustizia e problematiche connesse

La Corte di giustizia nella causa P.c. S., (CGCE, 30 aprile 1996, C- 13/94 *P. c. S. e Cornwall County Council*), ha dichiarato per la prima volta l'illegittimità del licenziamento di un transessuale per motivi connessi al cambiamento di sesso. Il licenziamento era stato combinato dopo che il dipendente aveva comunicato di volersi sottoporre ad intervento chirurgico per diventare donna.

La discriminazione sollevata dalla riattribuzione di genere costituiva discriminazione sulla base del sesso e secondo quanto stabilito dall'Articolo 5 § 1 della Direttiva del Consiglio 76/207/CEE del 9 Febbraio 1976 sull'applicazione del principio di uguale trattamento per uomini e donne in riferimento all'accesso al lavoro, la formazione professionale e la promozione e le condizioni lavorative vietò il licenziamento di un transessuale per motivi legati alla riattribuzione di genere. Essa giudicò, rigettando le argomentazioni del Governo Inglese, secondo il quale il datore di lavoro avrebbe ugualmente licenziato P. se P. fosse stato precedentemente una donna e si fosse sottoposto ad un intervento chirurgico per diventare uomo, che*:*

«*... Qualora una persona venga licenziata sulla base del fatto che intenda sottoporsi o si sia sottoposta a riattribuzione di genere, costui o costei viene trattato sfavorevolmente rispetto alle persone del sesso cui egli od ella si credeva che appartenesse prima di sottoporsi a riattribuzione di genere.*

Il tollerare una tale discriminazione sarebbe equivalente, per quanto riguarda detta persona, a non rispettare la dignità e la libertà cui egli o ella ha diritto e che la Corte ha il dovere di salvaguardare».

Nel caso di Lisa Jacqueline Grant (CGCE, 17 febbraio 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant e South-West Trains Ltd*), la Corte di giustizia specificò che

«*Quel ragionamento, che porta alla conclusione che tale discriminazione debba essere vietata in quanto è discriminazione basata sul fatto che una persona appartenga ad un particolare sesso, è limitato al caso di una riattribuzione di genere di un lavoratore e non si applica dunque alle differenze di trattamento basate sull'orientamento sessuale di una persona.*

... La legge comunitaria così com'è attualmente non tratta la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, come quella in oggetto nei procedimenti principali.

Dovrebbe essere considerato, comunque, che il Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato dell'Unione Europea, i Trattati che costituiscono le Comunità Europee e alcuni atti ad essi correlati, siglato il 2 Ottobre 1997, stabilisce l'inserimento nel Trattato della Comunità Europea – EC Treaty – di un Articolo 6a il quale, una volta che il Trattato di Amsterdam sarà entrato in vigore, consentirà al Consiglio in determinate condizioni (il voto unanime su proposta della Commissione dopo aver consultato il Parlamento Europeo) di prendere appropriate contromisure per eliminare diverse forme di discriminazione basate sull'orientamento sessuale».

La Corte di giustizia concluse che il rifiuto da parte del datore di lavoro di consentire permessi di viaggio alla persona del medesimo sesso con cui un lavoratore abbia una relazione stabile, quando tali permessi vengono concessi alla moglie di un lavoratore od alla persona di sesso opposto con la quale un lavoratore abbia una relazione stabile al di fuori del matrimonio, non costituiva una discriminazione vietata dall'Articolo 119 del Trattato o della Direttiva 75/117/ CEE del Consiglio del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli stati membri, relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

Altro caso affrontato è quello della ricorrente K.B. (CGCE, 7 gennaio 2004, C- 117/01, *KB e National*

Health Service Pensions Agency) che conviveva con un transessuale, nato di sesso femminile e tale registrato allo stato civile, divenuto uomo a seguito di intervento chirurgico.

Siccome la legislazione inglese non consente rettifica di dati anagrafici, né matrimoni tra persona dello stesso sesso, i due conviventi non si erano potuti unire in matrimonio.

La controversia è nata perché la *National Health Service Pensions Agency* aveva negato al convivente della signora K.B. il diritto alla pensione di reversibilità essendo il matrimonio condizione necessaria per accedere alla pensione di reversibilità. La Corte di giustizia ha rilevato il contrasto con il diritto comunitario della disciplina nazionale affermando che «*l'art. 141 TCE osta ad una legislazione che in violazione della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4.11.1950, impedisca ad una coppia di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro*». Come si comprende, in questo caso la disparità di trattamento riguarda non direttamente il godimento di un diritto tutelato dal Trattato ma uno dei suoi presupposti, una condizione previa necessaria, cioè la capacità di contrarre matrimonio, e trae origine unicamente in base al mutamento di sesso di uno degli interessati. Si assiste perciò ad un ampliamento del sindacato della Corte di giustizia che mossa dall'esigenza di tutelare i diritti dei transessuali, ha dichiarato incompatibile con il diritto comunitario una normativa nazionale che precludeva al transessuale di soddisfare una condizione necessaria (il matrimonio) all'esercizio di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario (percepire la pensione quale parte della retribuzione).

Detti interventi, pur riconoscendo la prerogativa dello Stato in ordine alla disciplina concernente il riconoscimento giuridico del cambiamento di sesso, tendono a ridurre le competenze statali quando le normative nazionali comunque entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario.

Sarebbe quindi auspicabile che tali decisioni, comprese quelle meramente collocabili nel solco della *c.d. incorporation,* dottrina che tende ad ampliare la cognizione del giudice comunitario ad ogni normativa nazionale che interferisce col diritto comunitario, col tempo riescano a rendere più omogenee e semplici per i diritti dei transessuali le normative nazionali in materia di cambio del sesso e dei diritti connessi.

4. Sentenza della Corte di Cassazione – I sez. civile – n. 15138 del 20 luglio 2015

La prima sezione civile della Corte di Cassazione con sentenza n. 15138 del 20 luglio 2015, chiamata a decidere su un ricorso presentato dai legali di Rete Lenford – Avvocatura per i diritti LGBTI per conto di una persona trans di 45 anni, ha stabilito che non è più obbligatorio sottoporsi a intervento chirurgico per le persone trans che desiderano cambiare il genere sulla carta d'identità.

La ricorrente aveva ottenuto nel 1999 una sentenza che l'autorizzava all'intervento chirurgico, ma aveva rinunciato all'operazione, perché «aveva raggiunto nel tempo un equilibrio psico-fisico e da 25 anni vive ed è socialmente riconosciuta come donna».

Sia il Tribunale di Piacenza che la Corte di Appello di Bologna, a cui la stessa si era rivolta per ottenere la rettificazione dello stato civile pur in assenza dell'intervento chirurgico, avevano respinto la richiesta aderendo a quella giurisprudenza di merito, sino ad oggi prevalente, che subordinava la modificazione degli atti anagrafici all'effettiva e concreta esecuzione del trattamento chirurgico sugli organi genitali.

La Cassazione sostiene ora che «*la percezione di una disforia di genere determina l'esigenza di un percorso soggettivo di riconoscimento di questo primario profilo dell'identità personale né breve né privo d'interventi modificativi delle caratteristiche somatiche ed ormonali originarie. Il profilo diacronico e dinamico ne costituisce una caratteristica ineludibile e la conclusione del processo di ricongiungimento tra "soma e psiche" non può, attualmente, essere stabilito in via predeterminata e generale soltanto mediante il verificarsi della condizione dell'intervento chirurgico*».

Nonostante la pronuncia innovativa della Suprema Corte, resta fermo che i cittadini transessuali, per cambiare il proprio nome e di conseguenza i propri dati anagrafici, dovranno ricorrere al Tribunale. Tutti gli altri (cittadini) presenteranno una semplice istanza al Prefetto. Si auspica, per il futuro, che un intervento normativo anche e soprattutto sovranazionale possa porre fine, nel rispetto del principio di eguaglianza, a tale ingiustificata disparità procedurale.

Alessia Martinelli
Praticante Avvocato e Cultore di Diritto dell'Unione europea presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUM Jean Monnet, Casamassima-Bari

Cooperazione giudiziaria in materia penale: l'ordine di protezione europeo e il suo recepimento in Italia

abstract

The directive 2011/99/UE about the European Protective Order has introduced an important instrument in order to build up and to develop a common space of freedom, security and justice founded on a judicial cooperation in criminal matters and on mutual recognition of judgments and judicial decisions. This contribution aims to the European discipline analysis in order to check any discrepancies raised after the transposition in Italy.

keywords

Directive 2011/99/EU – European Protection Order –Legislative Decree 11 February 2015 n. 9 – Judicial cooperation in criminal matters.

abstract

La Direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo ha introdotto un importante strumento finalizzato alla costruzione e allo sviluppo di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia che si fonda sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, nonché sul mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie. Il presente contributo mira all'analisi della disciplina europea con l'obiettivo di rilevare eventuali discrasie sorte in sede di recepimento in Italia.

parole chiave

Direttiva 2011/99/UE – Ordine di protezione europeo – d.lgs. 11 febbraio 2015 n. 9 – Cooperazione giudiziaria in materia penale.

sommario

Premessa. – **1.** La *roadmap* per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali. – **2.** (*Segue*) La direttiva 2011/99/UE. – **3.** Il d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9.

Premessa

Come noto, il 13 dicembre 2011, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno approvato la Direttiva 2011/99/UE[1] sull'ordine di protezione europeo. Tale direttiva si inserisce in un più ampio quadro d'azione europea volto all'adozione di misure di sostegno che conducano all'introduzione di uno *standard* minimo di garanzie procedural-processuali, operanti su tutto il territorio dell'Unione. I beneficiari di questa azione sono, per diverse ragioni, soggetti particolari, quali: la persona sottoposta alle indagini, l'imputato[2] e le vittime[3] di reato. A ben vedere, l'obiettivo principale della direttiva è quello di costruire una solida base procedurale, comune a tutti i ventotto Stati membri, in modo tale da evitare disparità di trattamento tra le varie giurisdizioni, pur tenendo in debito conto le differenti culture giuridiche di ogni singolo Stato in materia penale[4]. Infatti, in questo settore è corretto esprimersi in termini di cooperazione piuttosto che di armonizzazione, giacché il legislatore europeo mira all'introduzione di norme minime comuni, in conformità all'art. 82 TFUE[5].

[1] Direttiva 2011/99/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, (GUUE L 338/2 del 21.12.2011).

[2] È utile ricordate che nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 60 c.p.p., assume la qualità di imputato: la persona alla quale è attribuito il reato nella richiesta di rinvio a giudizio, di giudizio immediato, di decreto penale di condanna, di applicazione della pena a norma dell'articolo 447 comma 1, nel decreto di citazione diretta a giudizio e nel giudizio direttissimo. La qualità di imputato, inoltre, si conserva in ogni stato e grado del processo, sino a che non sia più soggetta a impugnazione la sentenza di non luogo a procedere, sia divenuta irrevocabile la sentenza di proscioglimento o di condanna o sia divenuto esecutivo il decreto penale di condanna. Ed infine, la qualità di imputato si riassume in caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere e qualora sia disposta la revisione del processo.

[3] Ai sensi dell'art. 1 della decisione quadro 220/2001/GAI (GUCE L 82, p.1) per vittima si intende: «la persona fisica che ha subito un pregiudizio anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro».
L'art. 2 della direttiva 2012/29/UE amplia la portata della nozione di vittima considerandola non solo come «una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», ma anche come «un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona».

[4] Iermano, *Garanzie minime nello spazio europeo di giustizia penale*, Napoli, 2014, p. 17.

[5] A conferma di quanto premesso, l'art. 82 del TFUE al par. 2 stabilisce che: «Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi

È pure utile rammentare che il sistema della cooperazione giudiziaria è interamente basato sul principio del mutuo riconoscimento[6]. Ed è proprio sulla scorta di tale principio che si è, da sempre, mossa l'azione dell'Unione.

Con specifico riguardo ai diritti delle vittime di reato, oggetto di tutela della direttiva in commento, già nelle Conclusioni della Presidenza del 15 e 16 ottobre 1999, al punto 33, il Consiglio di Tampere[7], invitava ad adottare un programma di misure attuative del predetto principio. Tale orientamento è stato formalizzato, in taluni atti atipici[8], quali: il Programma dell'Aja del 2004[9], e il Programma di Stoccolma del 2009[10] *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*. E proprio in questa sede, il Consiglio europeo ha rilevato l'importanza di offrire un sostegno particolare e protezione giuridica alle persone più vulnerabili o in situazioni particolarmente a rischio, come le persone vittime di violenze reiterate nelle relazioni strette, le vittime di violenza di genere o le persone vittime di altre forme di reato in uno Stato membro di cui non hanno la cittadinanza o non risiedono. In linea con le conclusioni del Consiglio[11] su una strategia volta ad assicurare la realizzazione dei diritti delle vittime della criminalità e a migliorare il sostegno offerto a tali vittime, il Consiglio europeo ha insistito affinché fosse adottato un approccio integrato e coordinato. In reazione a detto programma, la Commissione ha proposto un pacchetto di misure riguardanti le vittime di reato[12] fra cui si annoverano una direttiva riguardante i diritti, l'assistenza e la protezione delle vittime di reato[13] e un regolamento relativo al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile[14]. La direttiva 2011/99/UE si colloca, dunque, in linea di continuità con una serie coerente ed esaustiva di misure sui diritti delle vittime[15].

1. La *roadmap* per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime

Più in particolare, per quanto concerne i diritti delle vittime della criminalità, è possibile, a norma dell'art. 82, par. 2, lett. c) TFUE, stabilire norme minime applicabili negli Stati membri, al fine di facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e la cooperazione di polizia giudiziaria avente dimensione transazionale. La tutela di questa particolare categoria di soggetti costituisce una priorità di rilievo per l'Unione e sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali chiedono agli Stati membri firmatari di tutelare attivamente le vittime di reato[16]. Tale esigenza nasce dal crescente esercizio dei diritti di libera circolazione e soggiorno che comportano, in parallelo, un aumento del numero di persone che diventano vittime di reato e sono interessate da un procedimento penale in uno Stato membro diverso da quello di residenza[17]. Pertanto, si rendono necessarie

dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità…».

[6] Spencer, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, p. 234 ss.

[7] Conclusioni della Presidenza - Consiglio europeo di Tampere 15 e 16 Ottobre 1999. Sessione straordinaria sulla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia sull'Unione europea. Documento consultabile al sito internet: *http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm.*

[8] Ad esempio v. Programma di misure sul *reciproco riconoscimento delle decisioni penali,* 2001/C/12/02, (GU-CE C del 15.1.2001, 10).

[9] Programma dell'Aja *Rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea,* adottato dal Consiglio europeo il 10/11 dicembre 2009, (GUUE C 53 del 3.3.2005). Esso subentra al Programma di Tampere, quale secondo programma pluriennale per lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2004-2009.

[10] Programma di Stoccolma *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini,* adottato dal Consiglio europeo il 4/5 dicembre del 2004, (GU-CE C 115 del 4.5.2010, 1-38). È il terzo programma pluriennale per lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il periodo 2010-2014, che si basa sulla Comunicazione della Commissione*, Uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, del 10 giugno 2009, COM(2009) 262 ed esaminata dal Parlamento europeo con Risoluzione del 25 novembre 2009 e dal Consiglio Giustizia e affari interni il 30 novembre 2009. Cfr., anche, il Piano di azione della Commissione di implementazione al Programma di Stoccolma *Delivering an area of freedom, security and justice,* del 20 aprile 2010, COM(2010) 171, sostituito per quanto concerne la versione italiana, dalla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei*, del 29 aprile 2010, COM(2010) 171 def./2.

[11] Adottate nella 2969° sessione del Consiglio (Giustizia e affari interni), tenutasi a Lussemburgo il 23 ottobre 2009.

[12] COM(2011) 275 def. del 18 maggio 2001.

[13] Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, (GUUE L 315, p. 57).

[14] Regolamento 606/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 giugno 2013, relativo al riconoscimento reciproco delle misure di protezione in materia civile, (GUUE L 181, p. 4).

[15] Spangher, *L'ordine di protezione europeo*, in Spangher - Garuti - Kalb - Marandola, *Trattato di procedura penale,* vol. II, Utet, 2015.

[16] Cfr. considerando 1 della Risoluzione del Consiglio relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali, del 10 giugno 2011, (GUUE C 187/1 del 28.6.2011).

[17] Considerando 2 della Risoluzione del Consiglio del 10 giugno 2011: "*L'unione europea ha definito con successo uno spazio di libera circolazione e soggiorno di cui beneficiano i cittadini che sempre più frequentemente si recano, studiano e lavorano in paesi diversi dal paese di residenza. Tuttavia l'eliminazione delle frontiere interne*

azioni mirate per assicurare un livello minimo comune di tutela nei procedimenti penali, siano esse misure legislative siano atti di altro tipo che rafforzino la fiducia dei cittadini europei nelle istituzioni e nella capacità dell'Unione di tutelare e garantire i loro diritti. Così, nelle richiamate Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, alla luce della Comunicazione della Commissione del 14 luglio 1999, concernente le "Vittime di reati nell'Unione europea – Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere[18]", al punto 32, si sottolinea la necessità di introdurre norme minime a tutela delle vittime della criminalità, specie per quanto concerne l'accesso alla giustizia e d ai diritti al risarcimento dei danni, comprese le spese legali. Inoltre, si invita alla predisposizione di programmi nazionali di finanziamento delle iniziative, sia statali sia non governative, volte all'assistenza e alla tutela di tali vittime[19]. L'adozione di norme minime funzionali ad istituire *standard* procedurali equivalenti ha lo scopo di incrementare la fiducia reciproca nei diversi sistemi di giustizia penale, rinvenendo una base comune e condivisa proprio nei diritti fondamentali della persona. Ed in questo contesto, tenuto conto dei progressi significativi compiuti in base alla tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali degli indagati o imputati in procedimenti penali[20], il Consiglio, il 10 giugno 2011, ha adottato una Risoluzione relativa alla tabelle di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti penali[21]. La tabella di marcia, pone l'accento su quelli che sono i principi fondamentali e gli obiettivi che l'Unione si prefigge di raggiungere per attuare azioni tese a coniugare i diritti e la protezione delle vittime con le diversità dei sistemi processuali nazionali.

3. La direttiva 2011/99/UE

La direttiva 2011/99/UE introduce un sistema di protezione basato su misure preventive adottate in conformità della legge di uno Stato membro («Stato di emissione»), capace di estendere gli effetti "protettivi" di queste a un altro Stato membro nel quale la «persona protetta» decida di risiedere o soggiornare («Stato di esecuzione»). Essa si applica alle misure di protezione volte specificatamente a proteggere una persona da atti di rilevanza penale, tali da mettere in pericolo, in qualsiasi modo, la vita o l'integrità fisica, psichica e sessuale di detta persona, ad esempio prevenendo molestie di qualsiasi forma, incluse quelle alla dignità o alla libertà personale, prevenendo, dunque, il compimento di atti criminali quali rapimenti, *stalking* e altre forme indirette di violenza[22]. In questo quadro, i diritti personali afferenti alla sfera giuridica della persona protetta rappresentano valori fondamentali, riconosciuti e condivisi da tutti gli Stati membri. È importante sottolineare altresì che la direttiva riguarda le misure di protezione volte a proteggere non solo le vittime di violenze di genere, ma qualsiasi vittima, considerando le specificità di ogni tipo di reato interessato[23]. Inoltre, essa riguarda, solo ed esclusivamente, le misure di protezione adottate in materia penale e, dunque, non le misure di protezione adottate in materia civile, oggetto di apposita disciplina. Trattandosi sostanzialmente di misure cautelari, non è necessario che il fatto di reato, presupposto oggettivo indispensabile per richiedere ed eventualmente ottenere dette misure, sia stato accertato da una sentenza passata in giudicato. Il nostro ordinamento, come condizione generale di applicabilità delle misure cautelari, reputa sufficiente la sussistenza dei «cd. gravi indizi di colpevolezza», di cui all'art. 273 c.p.p., e di almeno una delle «c.d. esigenze cautelari» richieste dall'art. 274 c.p.p. La stessa direttiva al considerando 10 sottolinea come «...gli Stati non sono obbligati a modificare il loro diritto nazionale per poter adottare misure di protezione nell'ambito di un procedimento penale». Peraltro, tenendo presente che solitamente la necessità di predisporre queste misure nasce, seppur in maniera del tutto eventuale oltre che incidentale, nell'ambito di tali procedimenti, in un momento propedeutico a quello dell'esercizio dell'azione penale, ossia in sede di indagini preliminari, la direttiva spiega i suoi effetti a favore di vittime, ma

e il crescente esercizio dei diritti di circolazione e soggiorno hanno comportato inevitabilmente un aumento del numero di persone interessate che diventano vittime di reato e sono interessate da un procedimento penale in uno Stato membro diverso da quello di residenza".

[18] Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, *Vittime di reati nell'Unione europea – Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere,* del 14 luglio 1999, COM(1999) 349 def.

[19] Risoluzione del Parlamento europeo sulla Comunicazione della Commissione *Vittime di reati nell'Unione europea – Riflessioni sul quadro normativo e sulle misure da prendere,* del 25 aprile 2000. Ivi, il Parlamento europeo, sulla base della citata Comunicazione, evidenzia che «se la protezione delle vittime di reati originarie di uno Stato diverso da quello in cui hanno subito danni è carente, tale carenza oltre ad essere contraria ai diritti dell'uomo, nuoce di fatto al buon funzionamento del mercato interno e alla libera circolazione delle persone che ne deriva». Cfr. anche, Corte giust., 2 febbraio 1989, causa C-186/87, *Ian William Cowan c. Tresor public*, par. 17: «… Allorché il diritto comunitario garantisce la libertà per le persone fisiche di recarsi in un altro Stato membro, la tutela dell'integrità personale in detto Stato membro, costituisce, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono, il corollario della libertà di circolazione».

[20] Risoluzione del Consiglio relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali degli indagati o imputati in procedimenti penali, del 30 novembre 2009, (GUUE C 295 del 4.12.2009). In dottrina v. De Pasquale, *Unione europea e tutela dei diritti della persona nella procedura penale. I diritti dell'accusato,* in Legal Roots 4, 2015, p. 137 ss.

[21] Risoluzione del Consiglio relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, in particolare nei procedimenti pena*li*, del 10 giugno 2011, cit.

[22] Damato, *Ordine di protezione europeo*, in Damato - De Pasquale – Parisi, *Argomenti di diritto penale europeo*, 2 ed., Milano, 2014, p. 200 e ss.

[23] Cfr. considerando 9 direttiva 2011/99/UE, cit.

soprattutto di "potenziali" vittime di reati. In sostanza, si intende anticipare fortemente la tutela di questi particolari soggetti, in quanto l'ottica, entro la quale ci si muove, è quella della prevenzione e della cautela. Neppure va dimenticata, la possibilità di richiedere ed ottenere un ordine di protezione per proteggere un familiare della «persona protetta principale», a condizione chiaramente che anche tale soggetto sia stato destinatario di una misura di protezione nello «Stato membro di emissione[24]».

Il legislatore europeo dopo aver ribadito, all'art. 1 della direttiva in esame, l'obiettivo da raggiungere, attraverso modalità lasciate alla discrezionalità degli Stati in sede di recepimento[25], si preoccupa di fornire «definizioni» dettagliate, offrendo in questo modo coordinate importanti. Invero, ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2011/99/UE si intende: per «ordine di protezione europeo», una decisione adottata dall'autorità giudiziaria o equivalente di uno Stato membro in relazione ad una misura di protezione sulla cui base l'autorità giudiziaria o equivalente di un altro Stato membro prende misure appropriate secondo la propria legislazione interna al fine di continuare a proteggere la persona protetta; per «misura di protezione», una decisione in materia penale, adottata nello Stato di emissione, conformemente alla legislazione e alle procedure nazionali, con la quale uno o più divieti o restrizioni sono imposti alla persona che determina in pericolo al fine di proteggere la persona protetta contro un atto di rilevanza penale che possa mettere in pericolo la vita, l'integrità fisica o psichica, la dignità, la libertà personale o l'integrità sessuale; per «persona protetta», la persona fisica oggetto della protezione; per «persona che determina il pericolo», la persona fisica alla quale sono stati imposti uno o più divieti o restrizioni; per «Stato di emissione», lo Stato membro in cui è stata adottata la misura di protezione che costituisce la base dell'emissione di un ordine di protezione europeo; per «Stato di esecuzione», lo Stato membro al quale è stato trasmesso, affinché lo riconosca, un ordine di protezione europeo.

Le definizioni appena ricordate hanno l'obiettivo di evitare storture interpretative da parte dei legislatori nazionali in sede di recepimento, e, quindi, di ridurre al minimo la discrezionalità di questi in ordine al campo applicativo, quanto meno soggettivo delle diposizioni della direttiva. Ciascuno Stato membro è, inoltre, tenuto ad indicare alla Commissione quali autorità giudiziarie o equivalenti saranno competenti a emettere e a riconoscere un ordine di protezione europeo, nonché, nel caso vogliano avvalersi di tale facoltà (ma resta una facoltà!), designare e conseguentemente indicare un'autorità centrale alla quale affidare la trasmissione e la ricezione amministrativa degli ordini di protezione europei e della corrispondenza ufficiale ad essi relativa[26].

È opportuno sottolineare altresì che *conditio sine qua non* per richiedere e, dunque, per emettere un ordine di protezione europeo è l'adozione da parte dello Stato di emissione di una misura di protezione (che appunto funge da base oltre che da presupposto necessario). Tale misura di protezione dovrà, per essere definita tale, imporre uno o più divieti o restrizioni indicati all'art. 5 della direttiva; ovvero: a) il divieto di frequentare determinate località, determinati luoghi o zone definite in cui la persona protetta risiede o frequenta; b) il divieto o la regolamentazione dei contatti, con la persona protetta; c) il divieto o la regolamentazione dell'avvicinamento alla persona protetta entro un perimetro definito.

Passaggio chiave della direttiva, che ha condotto, in sede di recepimento, il nostro legislatore a modificare una disposizione del codice di rito (v. *infra*) è cristallizzato al par. 5 dell'art. 6, il quale espressamente stabilisce che: «L'autorità competente che adotta una misura di protezione […] informa in modo adeguato la persona protetta […] della possibilità di richiedere un ordine di protezione europeo qualora tale persona intenda recarsi in un altro Stato membro, nonché delle condizioni fondamentali di tale richiesta..». Una volta emesso (o prima dell'emissione) l'ordine di protezione europeo, deve essere data la possibilità, alla persona che determina il pericolo, di essere ascoltata e di contestare la misura di protezione, se questi diritti non sono stati concessi in sede di procedimento cautelare nazionale[27] (v. *infra*). Tutto ciò nel rispetto delle prerogative e delle garanzie oramai ampiamente riconosciute, sia a livello europeo sia a quello statale, all'indagato o all'imputato in un procedimento penale. Nell'ipotesi in cui la richiesta di emissione di un ordine di protezione europeo sia respinta, l'autorità nazionale competente è tenuta ad informare la persona protetta circa le possibilità di ricorso esperibili contro tale decisione[28]. La direttiva, inoltre, impone che le richieste di emissione di un ordine di protezione europeo siano trattate con adeguata celerità, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso, inclusi la sua urgenza, la data prevista di arrivo della persona protetta nel territorio dello Stato di esecuzione e, ove possibile, del livello di rischio per questa[29]. Esigenze di celerità, che si potrebbero (ma non è detto!) mal conciliare con l'effettivo esercizio dei diritti di difesa della persona che determina il pericolo.

Per facilitare il meccanismo di emissione, è stato allegato alla direttiva un modulo *standard* da compilare, che dovrà contenere, pena il non riconoscimento nello Stato di esecuzione, i requisiti di forma e contenuto di

[24] Cfr. considerando 13 direttiva 2011/99/UE, cit.
[25] V. *infra*.
[26] Cfr. artt. 3 e 4 direttiva 2011/99/UE, cit.
[27] Cfr. art. 6, par. 4, e considerando 17, direttiva 2011/99/UE, cit.
[28] Cfr. art. 6, par. 7 direttiva 2011/99/UE, cit.
[29] Cfr. considerando 13 direttiva 2011/99/UE, cit.

cui all'art. 7 della direttiva. La procedura di trasmissione dell'ordine di protezione europeo è piuttosto snella, viene effettuata dall'autorità competente dello Stato di emissione attraverso «qualsiasi mezzo che lasci una traccia scritta[30]». Infatti, l'autorità competente dello Stato di esecuzione che riceve un ordine di protezione europeo lo «riconosce senza indugio[31]». Questo inciso potrebbe indurre a pensare che il riconoscimento avvenga quasi automaticamente. In realtà, il legislatore europeo fa perno sulla fiducia reciproca e, dunque, sul principio del mutuo riconoscimento, elemento fondante lo strumento *de quo.* Ma, a ben vedere, non si tratta di un passaggio così automatico, in quanto la stessa direttiva fa salva la possibilità per lo Stato di esecuzione di non riconoscere l'ordine di protezione europeo, invocando uno dei motivi di non riconoscimento di cui all'art. 10. In caso di rifiuto, l'autorità competente dello Stato di esecuzione provvede a: a) informare senza indugio lo Stato di emissione e la persona protetta circa il suo rifiuto e i relativi motivi; b) informare, ove opportuno, la persona protetta circa la possibilità di chiedere l'adozione di una misura di protezione, conformemente al diritto nazionale; c) informare la persona protetta circa le modalità di ricorso avverso tale decisione[32]. In seguito al riconoscimento, invece, la direttiva offre ampia discrezionalità agli Stati membri di esecuzione, difatti, questi non sono tenuti ad adottare la stessa misura di protezione adottata dallo Stato di emissione, ma valutano *ex se* quale sia la misura più adeguata e consona in base alla propria legislazione nazionale[33]. Se, in ragione delle diverse tradizioni giuridiche, lo Stato nel quale si è trasferita o intende trasferirsi la vittima non rinviene nel suo strumentario cautelare una misura similare idonea a spiegare i medesimi effetti di protezione, questi deve riferirlo prontamente allo Stato di emissione, a cui va notiziata altresì qualsiasi violazione dell'ordine di protezione regolarmente riconosciuto. Sempre nell'ottica di facilitare il meccanismo di comunicazione tra i diversi Stati, la notifica è effettuata utilizzando l'apposito modulo *standard* di cui all'allegato II della direttiva[34].

Quanto allo Stato di esecuzione, oltre ad adottare ed eseguire le misure in seguito al riconoscimento, esso è competente, in caso di violazione delle prescrizioni contenute in dette misure ad imporre sanzioni penali, laddove tale violazione configuri un autonomo reato ai sensi della legislazione nazionale; ad adottare decisioni di natura non penale in relazione alla violazione e, infine, a prendere altre misure urgenti e provvisorie per porre fine alla violazione stessa[35]. Inoltre, la direttiva riconosce all'autorità dello Stato di esecuzione la possibilità di "interrompere" le misure adottate, qualora vi siano chiare indicazioni del fatto che la persona protetta non risieda né soggiorni o abbia definitivamente abbandonato tale territorio; oppure se, secondo la legislazione nazionale, sia scaduto il termine massimo di durata delle misure cautelari; ovvero se lo Stato di emissione a seguito di invito ad integrare un ordine mancante di un requisito essenziale di cui all'art. 7 non ottemperi a tale richiesta. Al ricorrere di una di queste ipotesi si informa immediatamente l'autorità competente dello Stato di emissione e ove possibile la persona protetta[36].

La direttiva riconosce, invece, competenza esclusiva allo Stato di emissione per l'adozione di decisioni relative alla proroga, al riesame, alla modifica, alla revoca e all'annullamento della misura di protezione e di conseguenza dell'ordine di protezione europeo; nonché in taluni casi all'imposizione di una misura detentiva in conseguenza della revoca della misura di protezione[37]. La direttiva 2011/99/UE sull'ordine di protezione europeo doveva essere recepita dagli Stati membri entro l'11 gennaio 2015[38].

4. Il d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9

Nel nostro ordinamento, essa è stata recepita (con un solo mese di ritardo!) con il d.lgs. 11 febbraio 2015 n. 9, in attuazione della legge 6 agosto 2013 n. 96, con la quale era stata conferita la relativa delega al governo.

Il decreto regolamenta, sul piano processuale, i presupposti per il riconoscimento in altro Stato membro degli effetti di una misura protettiva adottata dalle autorità nazionali, nonché quelli necessari per il riconoscimento nel nostro territorio di un provvedimento adottato da autorità di altro Stato membro. Vengono altresì regolamentati i profili relativi alla competenza ad adottare i provvedimenti modificativi del contenuto e degli effetti della misura protettiva, le eventuali causali che possono legittimare la revoca del riconoscimento degli effetti del provvedimento, nonché il punto relativo alle misure adottabili da parte delle autorità nazionali in ipotesi di trasgressione delle prescrizioni imposte a seguito del riconoscimento della misura.

Sembra opportuno esaminare nel dettaglio le disposizioni della normativa nazionale, cercando di rilevare, ove presenti, discrasie con la disciplina europea.

Il d.lgs n. 9 del 2015 è articolato in cinque capi e sedici articoli, nondimeno, è possibile dividerlo in due parti fondamentali: la prima disciplina il procedimento di emissione in Italia e trasmissione in altro Stato membro dell'ordine di protezione europeo (Capo II, artt. da 4 a 6); la seconda regola l'ipotesi in cui è l'ordinamento italiano a dover riconoscere un ordine di

[30] Cfr. art. 8 direttiva 2011/99/UE, cit.
[31] Cfr. art. 9 direttiva 2011/99/UE, cit.
[32] Cfr. art. 10, par. 2, direttiva 2011/UE, cit.
[33] Cfr. art. 11, par. 3 e considerando 27 direttiva 2011/99/UE, cit.
[34] Cfr. art. 12 direttiva 2011/99/UE, cit.
[35] Cfr. art. 11 direttiva 2011/99/UE, cit.
[36] Cfr. art. 14 direttiva 2011/99/UE, cit.
[37] Cfr. art. 13 direttiva 2011/99/UE, cit.
[38] Cfr. art. 21 direttiva 2011/99/UE, cit.

protezione emesso da un altro Stato membro (Capo III, artt. da 7 a 10)[39].

Procedendo con ordine, l'art. 1, contenente le disposizioni generali, enuncia le finalità del decreto e, forse in maniera superflua, il principio in base al quale l'attuazione della direttiva viene operata in senso conforme rispetto ai principi dettati dalla nostra Carta Costituzionale, in materia di diritti fondamentali della persona, oltre che di diritto a un processo equo. In parallelo con la direttiva 2011/99/UE, il d.lgs. n. 9 del 2015 procede con le «definizioni» dei concetti ricorrenti nel corpo del testo. In riferimento a tali definizioni, nella Relazione illustrativa del decreto si afferma di aver trasposto quelle contenute nel testo della direttiva, anziché adottare nozioni mutuate dalle disposizioni processuali nazionali, al fine di evitare problematiche interpretative che potrebbero derivare dalle difformità esistenti tra i sistemi processuali degli Stati membri. Tuttavia, non si tratta di una trasposizione secca, in quanto sono immediatamente rilevabili differenze testuali che, però, bisogna riconoscere, non alterano in alcun modo la sostanza dei concetti giuridici enunciati all'art. 2 della direttiva. Anche in questa sede, pregiudiziale sul punto, è la definizione di «ordine di protezione europeo» descritto dal legislatore delegato come una decisione adottata dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro (manca il riferimento, presente nella direttiva ad un'autorità equivalente!), con la quale, al fine di continuare a tutelare la persona protetta, viene disposto che gli effetti della misura di protezione si estendendo al territorio di altro Stato membro in cui la persona protetta risieda o soggiorni o dichiari di voler risiedere o soggiornare[40]. L'omissione del riferimento su citato si spiega probabilmente con il fatto che, nel nostro ordinamento giuridico, uniche autorità competenti ad emettere misure di tal tipo in materia penale sono, certamente, quelle giudiziarie! Appare invece, più completa e meglio articolata la definizione data dal nostro legislatore al concetto di «misura di protezione[41]», presente questa volta l'indicazione di "altra autorità competente" ma integrata dalla sussistenza di requisiti quali l'autonomia, l'imparzialità e l'indipendenza, requisiti in ogni caso noti e condivisi anche a livello europeo come garanzie ineliminabili di un giusto processo. In nulla differisce il testo del decreto da quello della direttiva per quanto concerne la definizione di «persona protetta». La «persona che determina il pericolo» è invece definita dal testo nazionale come la persona nei cui confronti sono state emesse le prescrizioni conseguenti all'adozione di una misura di protezione. Sebbene sia fatto riferimento semplicemente ad una "persona" e non alla persona fisica come espressamente prevede la direttiva[42], comunque, risulta difficile ipotizzare l'eventuale inclusione di una persona giuridica, dato il contenuto delle misure di protezione nel concreto irrogabili, nel nostro ordinamento, a base di ordine di protezione europeo (v. *infra*).

Lievi differenze si riscontrano, poi, con riferimento alle nozioni di «Stato di emissione» e di «Stato di esecuzione», che non rilevano, però, ai fini della presente disamina né minacciano lo spirito della direttiva. L'art. 3 del decreto recepisce il disposto della direttiva che impone agli Stati membri di designare le autorità competenti a emettere e riconoscere gli ordini di protezione europei, indicando in tal senso le autorità giurisdizionali e il Ministero della giustizia. A quest'ultimo si attribuisce il ruolo di «autorità centrale» in ottemperanza al disposto dell'art. 4 della direttiva. Il Ministero della giustizia diviene dunque specificamente competente alla ricezione e alla trasmissione degli ordini di protezione, oltre che della misura posta a monte, fatta salva comunque la possibilità di uno scambio diretto di informazioni tra autorità giurisdizionali dei diversi Stati nei limiti previsti dallo stesso decreto e con l'obbligo di informarne la stessa autorità centrale.

L'art. 4, oltre ad aprire il capo II, dettante le disposizioni in materia di emissione dell'ordine di protezione europeo da parte delle autorità nazionali e la relativa procedura si trasmissione, contiene l'unica modifica prevista al codice di rito. All'art. 282-*quater* c.p.p., rubricato "obblighi di comunicazione", viene aggiunto il comma 1-*bis* in attuazione dell'art. 6, par. 5 della direttiva 2011/99/UE. L'obbligo, nel caso *de quo,* si sostanzia nell'informare la "persona offesa" (secondo la definizione del diritto processuale interno) della facoltà di poter richiedere un ordine di protezione europeo al momento dell'emissione di una delle misure protettive previste dall'ordinamento nazionale, nel nostro caso trattasi delle misure cautelari di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. ("allontanamento dalla casa familiare" e "divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa").

L'art. 5 del decreto, al pari dell'art. 6 della direttiva, regola i profili processuali propedeutici all'emissione di un ordine di protezione all'interno del territorio nazionale, e prevede che questo sia emesso con ordinanza, su richiesta della persona protetta (o del suo legale rappresentante) e che la competenza si incardini in capo al giudice che procede, ossia il giudice che concretamente dispone una delle misure cautelari di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p., da identificare

[39] Cfr. Cagossi, *L'ordine di protezione europeo fa il suo ingresso nell'ordinamento italiano,* in *Dir. Pen. Cont.*, 2015, consultabile su *http://www.penalecontemporaneo.it*; Marani, *Ordine di protezione europeo introdotto nell'ordinamento italiano*, documento consultabile su *http://www.altalex.com/documents/altalex/news/2015/02/24/1-ordine-di-protezione-europeo.it.*

[40] Cfr. art. 2, par. 1, lett. c) d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9 e art. 2, n. 1) direttiva 2011/99/Ue, cit.

[41] Cfr. art. 2, par. 1, lett. b) d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9 e art. 2, n. 2) direttiva 2011/99/UE, cit.

[42] Cfr. art. 2, par. 1, lett. e) d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9 e art. 2, n. 4) direttiva 2011/99/UE, cit.

come misure coercitive, non aventi natura custodiale e pienamente rispondenti alle finalità indicate al considerando 9 della direttiva 2011/99/UE[43]. Nella medesima disposizione, sono stabiliti, a pena di inammissibilità, i requisiti della richiesta di emissione, che in nulla si discostano da quelli previsti dalla direttiva. Vale la pena rilevare che la necessità di indicare le "ragioni" del soggiorno all'estero, appare strumentale per determinare il "grado di necessità della protezione", valutazione imposta dall'art. 6, par. 1 della direttiva. L'istanza viene valutata dal giudice senza formalità procedurali e il provvedimento di accoglimento deve contenere gli elementi di cui al par. 3 che a sua volta rinvia al modello di cui all'allegato A, corrispondente all'allegato I della direttiva. Il provvedimento di rigetto o di inammissibilità della richiesta è ricorribile per cassazione, secondo il procedimento regolato dall'art. 22, della l. 22 aprile 2005, n. 69 (MAE) ad eccezione del comma 2, non applicabile in via logica alla questione[44].

Prima facie sembrerebbe che la disposizione nazionali manchi di un passaggio essenziale, ossia il riconoscimento espresso, per la persona che determina il pericolo, del diritto di essere ascoltata e di contestare la misura di protezione prima dell'emissione dell'ordine. Ma, ad una più attenta analisi della direttiva, si coglie come questa garanzia sia da intendere in termini perentori solo se non adeguatamente riconosciuta dal sistema processuale nazionale in sede cautelare. Il nostro codice di rito espressamente prevede all'art. 294 comma 1-*bis*, che la persona sottoposta a misura cautelare, sia coercitiva sia interdittiva, debba essere interrogata non oltre dieci giorni dall'esecuzione della misura (o dalla sua notifica), fatta salva inoltre la possibilità di proporre riesame, entro il medesimo termine, ai sensi dell'art. 309. Del provvedimento, e degli eventuali provvedimenti di revoca, modifica, proroga, annullamento o sostituzione va data «senza ritardo» comunicazione all'autorità competente dello Stato di esecuzione. Nel decreto, come anche nella direttiva, non figura l'obbligo di comunicazione, di questi provvedimenti, alla persona protetta. Purtuttavia, anche in questo caso la garanzia è assicurata dal diritto nazionale. Infatti, l'art. 299 c.p.p, a seguito di una recente modica[45], impone l'immediata comunicazione di questi provvedimenti anche al difensore della persona offesa o, in mancanza direttamente a quest'ultima. Diversamente, in caso di rifiuto da parte dello Stato di esecuzione a riconoscere l'ordine di protezione, l'obbligo di comunicazione alla persona protetta è esplicitamente imposto tanto dalla direttiva quanto dal decreto legislativo[46].

Resta ora da esaminare, quella che idealmente è stata definita come la seconda parte del testo legislativo che disciplina il procedimento finalizzato al riconoscimento, nell'ordinamento italiano, di un ordine di protezione emesso da altro Stato membro.

Ai sensi dell'art. 7, l'autorità giudiziaria italiana competente a riconoscere un ordine di protezione europeo è la Corte d'appello nel cui distretto la persona protetta ha dichiarato, in sede di richiesta di emissione, di soggiornare o di risiedere o di avere intenzione di soggiornare o risiedere secondo un modello già stabilito da varie disposizioni di carattere processuale aventi ad oggetto il riconoscimento nel nostro Stato degli effetti di provvedimenti in materia penale emessi all'estero (tra cui, l'art. 701 c.p.p. in materia di estradizione all'estero, la l. 22 aprile 2005, n. 69 in materia di mandato d'arresto europeo e la l. 7 settembre 2010, n. 161, in materia di reciproco riconoscimento delle sentenze penali in attuazione della decisione quadro 2008/909/GAI). Gli artt. 8 e 9 del decreto dettano gli elementi propedeutici al riconoscimento degli effetti dell'ordine di protezione e la relativa fase processuale, secondo uno schema che attua il disposto degli artt. 8 e 9 della direttiva 2011/99/UE e che richiama, in alcuni punti, la normativa dettata dalle citate leggi n. 69 del 2005 e n. 161 del 2010, differenziandosene però su aspetti significativi conseguenti alla particolarità dei provvedimenti oggetto del riconoscimento. Invero, è previsto che la Corte d'appello decida sul riconoscimento senza formalità o «senza indugio», volendo mutuare le parole utilizzate del legislatore europeo nella corrispondente disposizione della direttiva. Ragionevolmente, questo conduce ad escludere la possibilità di instaurare un previo contraddittorio, da ritenere, tra l'altro incompatibile con la natura cautelare dei provvedimenti da adottare. Per quanto concerne le causali idonee a legittimare il non riconoscimento degli effetti dell'ordine di protezione europeo, in Italia, non ci sono da rilevare particolari discrasie con il testo della direttiva. Difatti, è previsto, in caso di rifiuto di riconoscimento, che la decisione sia ricorribile per cassazione. Dell'esito va informato il Ministero della giustizia, che, in qualità di autorità centrale, ne darà informazione allo Stato di emissione. In caso di provvedimento positivo sul riconoscimento, la Corte d'appello informa il Ministero della giustizia che, a sua volta, informa direttamente, e\o per il tramite dell'autorità competente dello Stato di emissione, la persona

[43] Il considerando 9 della direttiva 2011/99/UE così recita: «La presente direttiva si applica alle misure di protezione volte specificamente a proteggere una persona da atti di rilevanza penale di un'altra persona tali da mettere in pericolo, in qualsiasi modo, la vita o l'integrità fisica, psichica o sessuale di detta persona, ad esempio prevenendo molestie di qualsiasi forma, incluse quelle alla dignità o alla libertà personale di detta persona, ad esempio prevenendo rapimenti, *stalking* e altre forme indirette di coercizione e che mirino o a prevenire nuovi atti criminali o a ridurre le conseguenze di atti criminali precedenti…»

44 Cfr. art. 5, c. 4 d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9.

[45] Cfr. art. 299, c. 2-*bis* c.p.p.

[46] Cfr. art. 6, c. 2 d.lgs. 11 febbraio 2015 e art. 10, par. 2, lett. a) direttiva 2011/99/UE, cit.

protetta, la persona che determina il pericolo, nonché la polizia giudiziaria e i servizi socio assistenziali[47] secondo uno schema che sembra ricalcare quello dell'art. 282-*quater* c.p.p.

Viene, poi, regolato uno degli aspetti maggiormente problematici della direttiva (v. *supra)*, ossia quello relativo ai provvedimenti adottabili dallo Stato di esecuzione in caso di violazione delle prescrizioni contenute nell'ordine di protezione europeo. L'opzione, adottata in conformità alle disposizioni europee, è stata quella di prevedere che possa essere applicata una misura coercitiva maggiormente afflittiva, in tutti i casi in cui sussistano le condizioni per un aggravamento delle misure cautelari, a seguito della trasgressione e sulla base di una valutazione rimessa alla competente Corte d'appello, previa istanza del Procuratore generale[48]. Va sottolineato che questa iniziativa è sottoposta ad una limitazione temporale, di durata massima della misura più grave di un periodo non superiore a trenta giorni. Il paletto si concilia perfettamente con quanto disposto dall'art. 11 del d.lgs. n. 9 del 2015 e dall'art. 13 della direttiva 2011/99/UE che riconoscono in capo allo Stato di emissione la competenza esclusiva in materia di modifica della misura posta a base dell'ordine di protezione oltre che di revoca, proroga e annullamento. Va rilevato, altresì, che la competenza della Corte d'appello sia da ritenersi attribuita in senso funzionale e che la predetta limitazione temporale di efficacia della misura applicata è strumentale rispetto all'attribuzione esclusiva della competenza in questione allo Stato di emissione. Ed anche in queste fattispecie, alla mancanza di espressa menzione di un obbligo di comunicazione alla persona protetta, supplisce la normativa nazionale di riferimento, ossia l'art. 299 c.p.p.

In merito alla cessazione degli effetti del riconoscimento dell'ordine di protezione, è previsto che la Corte d'appello possa dichiararla in caso di: a) annullamento o revoca della misura di protezione da parte dello Stato di emissione; b) modifica del contenuto della misura di protezione tale da alterare la corrispondenza con quelle previste agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p.; c) allontanamento della persona protetta dal territorio dello Stato di esecuzione; d) esecuzione nei confronti della persona che determina il pericolo di un provvedimento di condanna a pena detentiva o di una misura cautelare custodiale; e) riconoscimento, ai sensi della l. n. 161 del 2001, di una sentenza di condanna emessa in altro Stato membro. Inoltre, in ottemperanza all'art. 14 , par. 1, lett. b) della direttiva 2011/99/UE, viene previsto che la cessazione degli effetti di ordine di protezione vada dichiarata nel caso in cui siano scaduti, in base alla normativa nazionale, i termini massimi di applicazione delle misure cautelari adottate in sede di riconoscimento, coincidenti con quelli previsti dall'art. 308 del codice di rito.

Viene altresì previsto che la decisione della Corte d'appello sia ricorribile per cassazione, sempre ai sensi del già richiamato art. 22 della l. n. 69 del 2005[49].

Da ultimo, per consentire la valutazione in ordine alle modalità di attuazione degli obblighi nascenti dal recepimento della direttiva 2011/99/UE, il Ministero della giustizia deve provvedere, entro il 31 dicembre di ogni anno, a inviare un rapporto alla Commissione circa il numero di ordini di protezione emessi e riconosciuti dalle autorità competenti[50].

[47] Cfr. art. 10, c.1d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9.
[48] Cfr. art. 10, c.2 d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9.
[49] Cfr. art. 12 d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9.
[50] Cfr. art. 13 d.lgs. 11 febbraio 2015, n. 9 e art. 22 direttiva 2011/99/UE, cit.

DIRITTO INTERNAZIONALE

Violazione art. 10 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Libertà di espressione – Ruolo dell'Avvocatura – Ruolo dei Magistrati – Consiglio superiore della Magistratura.

Corte europea dei diritti umani, Affaire Peruzzi c. Italie,
ricorso n. 39294/09,
sentenza depositata il 30 giugno 2015[1]

Non costituisce una violazione del diritto alla libertà di espressione la decisione dei tribunali nazionali che condannano un avvocato che esprime accuse non fondate verso un magistrato in servizio poiché l'autorità e l'imparzialità del sistema giudiziario vanno salvaguardate.

La Corte europea riconosce che per i magistrati in servizio i limiti di critica ammissibile sono più ampi per i magistrati che agiscono nell'esercizio dei propri poteri rispetto ai privati, ma senza poter essere equiparati ai politici. A ciò si aggiunga che è da tutelare la fiducia che la collettività deve avere nell'amministrazione della giustizia. Inoltre, la sanzione comminata dai giudici di appello è stata proporzionata proprio tenendo conto che era in gioco non solo la reputazione del magistrato ma anche l'autorevolezza e l'imparzialità del potere giudiziario.

Il ricorrente – un avvocato lucchese – venne condannato nel febbraio 2005 alla pena di mesi quattro di reclusione per i reati di ingiuria e diffamazione perpetrati in danno di un magistrato; la contestata condotta fu ritenuta sussistente in relazione ad una missiva, consistente in estratti di un esposto già presentato al Consiglio superiore della magistratura, inviata dal legale a tutti i magistrati del circondario d'appartenenza.

La prima parte della lettera incriminata constava di una serie di particolareggiate censure alla decisione adottata dal magistrato nell'ambito di un processo in materia successoria; la seconda parte, invece, pur non facendo direttamente riferimento al giudicante coinvolto, conteneva una serie di malcelate allusioni alla faziosità, alla negligenza ed alla dolosa imperizia ascrivibile alla magistratura.

La Corte di Appello di Genova, decidendo il gravame proposto dall'avvocato ricorrente, convertì la pena detentiva irrogata dal giudice di primo grado in pena pecuniaria pari a € 400 di multa; il successivo ricorso per cassazione venne rigettato nel novembre 2008.

Esperite tutte le vie di ricorso interne, dunque, Mr. Peruzzi si rivolse alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dell'art. 10 CEDU relativo alla libertà di espressione.

La Corte di Strasburgo richiama preliminarmente i principi relativi alla giustificazione dell'ingerenza nel diritto del ricorrente (previsione per legge e perseguimento di uno scopo legittimo):

42. Une ingérence est contraire à la Convention si elle ne respecte pas les exigences prévues au paragraphe 2 de l'article 10. Il y a donc lieu de déterminer si elle était «prévue par la loi», si elle visait un ou plusieurs des buts légitimes énoncés dans ce paragraphe et si elle était «nécessaire dans une société démocratique» pour atteindre ce ou ces buts (Pedersen et Baadsgaard c. Danemark, n o 49017/99, § 67, CEDH 2004-XI, et Ricci c. Italie, no 30210/06, § 43, 8 octobre 2013).

43. Il n'est pas contesté que l'ingérence était prévue par la loi, à savoir par les articles 595 du CP (paragraphe 31 ci-dessus) et 52 § 2 a) du décret législatif no 274 de 2000 (paragraphe 32 ci-dessus). La condamnation du requérant visait le but légitime que constitue la protection de la réputation ou des droits d'autrui, en l'occurrence de X (voir, mutatis mutandis, Nikula c. Finlande, no 31611/96, § 38, CEDH 2002-II ; Perna c. Italie [GC], n o 48898/99, § 42, CEDH 2003-V ; Ormanni c. Italie, no 30278/04, § 57, 17 juillet 2007 ; et Belpietro, précité, § 45). Elle visait en outre à «garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judicaire», dont X, un magistrat, faisait partie (voir, par exemple et mutatis mutandis, Kyprianou c. Chypre [GC], no 73797/01, § 168, CEDH 2005-XIII ; Foglia c. Suisse, no 35865/04, § 83, 13 décembre 2007 ; July et SARL Libération c. France, no 20893/03, § 59, CEDH 2008 (extraits) ; et Di Giovanni c. Italie, no 51160/06, § 74, 9 juillet 2013). 44. Il reste à vérifier si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique».

Nel richiamare i precedenti relativi alla necessità dell'ingerenza in una società democratica – concetto fondamentale non solo per l'art. 10, la Camera si sofferma sul ruolo dell'avvocatura e della magistratura:

[1] I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili, in lingua francese ed inglese, sul portale: *www.hudoc.echr.coe.int*.

50. Un aspect particulier de la présente affaire est qu'à l'époque des faits, le requérant était un avocat et que la querelle qui l'a opposé à X a éclatée dans le cadre de son activité professionnelle. Dans son arrêt Nikula (précité, § 45 ; voir également Steur c. Pays-Bas, no 39657/98, § 36, ECHR 2003-XI, et Fuchs c. Allemagne (déc.), nos 29222/11 et 64345/11, § 39, 27 janvier 2015), la Cour a résumé comme suit les principes spécifiques applicables aux professions légales:

«La Cour rappelle que le statut spécifique des avocats les place dans une situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaires entre les justiciables et les tribunaux, ce qui explique les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau. En outre, l'action des tribunaux, qui sont garants de la justice et dont la mission est fondamentale dans un État de droit, a besoin de la confiance du public. Eu égard au rôle clé des avocats dans ce domaine, on peut attendre d'eux qu'ils contribuent au bon fonctionnement de la justice et, ainsi, à la confiance du public en celle-ci (Schöpfer c. Suisse, arrêt du 20 mai 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-III, pp. 1052-1053, §§ 29-30, et autres références).»

51. En outre, dans l'affaire Morice (précité, §§ 134 et 139), la Cour a rappelé que: a) les avocats ont le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice, même si leur critique ne saurait franchir certaines limites visant à protéger le pouvoir judiciaire des attaques gratuites et infondées qui pourraient n'être motivées que par une volonté ou une stratégie de déplacer le débat judiciaire sur le terrain strictement médiatique ou d'en découdre avec les magistrats en charge de l'affaire ; b) les avocats ne peuvent tenir des propos d'une gravité dépassant le commentaire admissible sans solide base factuelle ; et c) les propos des avocats doivent être appréciés dans leur contexte général, notamment pour savoir s'ils peuvent passer pour trompeurs ou comme une attaque gratuite et pour s'assurer que les expressions utilisées en l'espèce présentent un lien suffisamment étroit avec les faits de l'espèce.

52. Il faut également tenir compte du fait que le diffamé, X, était un magistrat en service. Selon la jurisprudence de la Cour, les limites de la critique admissible peuvent dans certains cas être plus larges pour les magistrats agissant dans l'exercice de leurs pouvoirs que pour les simples particuliers (Morice, précité, § 131). Cependant, on ne saurait dire que des fonctionnaires s'exposent sciemment à un contrôle attentif de leurs faits et gestes exactement comme c'est le cas des hommes politiques et devraient dès lors être traités sur un pied d'égalité avec ces derniers lorsqu'il s'agit de critiques de leur comportement. Les fonctionnaires doivent, pour s'acquitter de leurs fonctions, bénéficier de la confiance du public sans être indûment perturbés et il peut dès lors s'avérer nécessaire de les protéger contre des attaques verbales offensantes lorsqu'ils sont en service (Janowski, précité, § 33, et Nikula, précité, § 48).

Così ricostruito il *framework* giurisprudenziale rilevante, la Corte applica i principi testé enunciati al caso concreto sottoposto al proprio vaglio, rilevando che: il ricorrente ha affermato, nella propria lettera, che il Giudice avrebbe agito con parzialità, dolo, negligenza, imperizia; il ricorrente non ha prodotto prova alcuna a sostegno della veridicità della propria ricostruzione; il ricorrente ha diffuso la missiva ancor prima che si concludesse il procedimento disciplinare avviato dal CSM nei confronti del magistrato; il ricorrente non ha estrinsecato le proprie censure nell'ambito del procedimento giudiziario essendo la missiva incriminata del tutto avulsa dal contesto di quest'ultimo; il contenuto della lettera, non limitandosi alla critica della decisione giudiziaria adottata, ma avanzando sospetti sulla legalità dell'operato del giudicante, ne ha compromesso la reputazione ed il decoro professionale; la multa concretamente inflitta al ricorrente – € 400 – è di modesta entità; il risarcimento accordato al magistrato costituitosi parte civile – € 15.000 – non può dirsi sproporzionato rispetto al danno patito.

Rebus sic stantibus, la Corte dunque conclude per la non violazione dell'art. 10 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Marchi – Direttiva 89/104/CEE – Articolo 5 – Prodotti recanti un marchio immessi in libera pratica e assoggettati al regime di sospensione dei diritti di accisa senza il consenso del titolare del marchio – Diritto di detto titolare a opporsi a tale assoggettamento – Nozione di "uso in commercio"

L'articolo 5 della prima direttiva 89/104/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, dev'essere interpretato nel senso che il titolare di un marchio registrato in uno o più Stati membri può opporsi a che un terzo assoggetti al regime di sospensione dei diritti di accisa alcune merci recanti tale marchio dopo averle importate nello Spazio economico europeo, senza il consenso di detto titolare, e averle immesse in libera pratica.

C.G.U.E., Terza Sezione, 16 luglio 2015,
causa C-379/14, *TOP Logistics BV e a.*[2]

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 5 della prima direttiva 89/104/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1988, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in

[2] Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: *http://curia.europa.eu/*.

materia di marchi d'impresa[3] (in seguito: direttiva). Il dubbio pregiudiziale è sorto nell'ambito di due controversie tra la TOP Logistics BV (in prosieguo: TOP Logistics) e la Van Caem International BV (in prosieguo: Van Caem), da un lato, e la Bacardi & Company Ltd e la Bacardi International Ltd (in prosieguo, congiuntamente: Bacardi), dall'altro, nonché la Bacardi, da un lato, e la TOP Logistics e la Van Caem, dall'altro, in merito a prodotti originari di Bacardi che sono stati importati, senza il consenso di quest'ultima, nello Spazio economico europeo (SEE) e che sono stati ivi assoggettati al regime di sospensione dei diritti di accisa.

In dettaglio, durante il 2006, su richiesta della Van Caem, più partite fabbricate dalla Bacardi, trasportate nei Paesi Bassi in provenienza da uno Stato terzo, sono state depositate nel porto di Rotterdam (Paesi Bassi), assoggettate al regime di sospensione doganale di transito esterno o di deposito doganale e denominate «merci T1». Alcune di esse sono state, poi, immesse in libera pratica e assoggettate al regime di sospensione dei diritti di accisa. In tale modo, le stesse sono state svincolate dai regimi di sospensione doganale disciplinati agli articoli 91, 92 e 98 del codice doganale[4] e collocate in deposito fiscale[5]. La Bacardi, poiché non aveva autorizzato l'importazione nel SEE delle merci di cui trattasi ed era venuta a conoscenza della circostanza che i codici dei prodotti erano stati ritirati dalle bottiglie che facevano parte delle partite interessate, ha fatto sequestrare tali partite e ha chiesto al Rechtbank Rotterdam (tribunale di Rotterdam) di adottare diverse misure, facendo valere un pregiudizio ai suoi marchi Benelux. Con sentenza del 19 novembre 2008, il tribunale adito ha dichiarato che l'importazione nel SEE delle merci *de quibus* arrecava pregiudizio ai marchi Benelux della Bacardi e ha adottato alcune delle misure richieste. La TOP Logistics ha interposto appello dinanzi al Gerechtshof Den Haag (Corte d'appello dell'Aja). Con sentenza interlocutoria del 30 ottobre 2012, il giudice d'appello ha dichiarato che fintantoché le merci di cui trattasi hanno avuto lo *status* di merci T1, i marchi Benelux della Bacardi non hanno subito alcun pregiudizio. Al tempo stesso, il medesimo giudice ha dichiarato di voler proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale quanto alla questione se detti marchi abbiano subito un pregiudizio allorché le merci sono state assoggettate al regime di sospensione dei diritti di accisa. Il Gerechtshof Den Haag ha, quindi, sospeso i procedimenti e sottoposto alla Corte dell'Unione europea due quesiti. Gli stessi chiedono, in sostanza, se l'articolo 5 della direttiva debba essere interpretato nel senso che il titolare di un marchio registrato in uno o più Stati membri possa opporsi a che un terzo assoggetti al regime di sospensione dei diritti di accisa alcune merci recanti tale marchio dopo averle importate nel SEE, senza il consenso di detto titolare, e averle immesse in libera pratica.

Le questioni poste dal giudice nazionale sono esaminate congiuntamente dal giudice dell'Unione che, in via preliminare, ribadisce il diritto del titolare di un marchio registrato in uno o più Stati membri di controllare la prima immissione in commercio nel SEE di prodotti recanti detto marchio (C.G.U.E., sentenza 20 novembre 2001, cause riunite da C-414/99 a C-416/99, *Zino Davidoff e Levi Strauss*, EU:C:2001:617; C.G.U.E., sentenza 15 ottobre 2009, causa C-324/08, *Makro Zelfbedieningsgroothandel e a.*, EU:C:2009:633; C.G.U.E., sentenza 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal e a.*, EU:C:2011:474). A tal fine, l'articolo 5 della direttiva attribuisce al titolare del marchio un diritto esclusivo che gli consente di vietare ai terzi, in particolare, d'importare prodotti recanti il suo marchio, di offrirli, di immetterli in commercio

[3] La direttiva è stata abrogata dalla direttiva 2008/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2008, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di marchi d'impresa, entrata in vigore il 28 novembre 2008. Tuttavia, le controversie in esame restano disciplinate, tenuto conto della data dei fatti, dalla direttiva 89/104.

[4] L'articolo 91, paragrafo 1, del regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario, come modificato dal regolamento (CE) n. 955/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 aprile 1999, enunciava quanto segue: «Il regime di transito esterno consente la circolazione da una località all'altra del territorio doganale della Comunità: a) di merci non comunitarie, senza che tali merci siano soggette ai dazi all'importazione e ad altre imposte, né alle misure di politica commerciale; (…)». L'articolo 92 dello stesso codice così disponeva: «1. Il regime del transito esterno ha fine e le obbligazioni del titolare del regime sono soddisfatte quando le merci vincolate a tale regime e i documenti richiesti sono presentati in dogana all'ufficio doganale di destinazione in base alle disposizioni del regime in questione. 2. Le autorità doganali appurano il regime di transito esterno quando sono in grado di determinare, in base al confronto dei dati disponibili all'ufficio di partenza e di quelli disponibili all'ufficio di destinazione, che esso si è concluso in modo corretto». Ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del codice doganale: «Il regime del deposito doganale consente l'immagazzinamento in un deposito doganale di: a) merci non comunitarie, senza che tali merci siano soggette ai dazi all'importazione e alle misure di politica commerciale; (…)». Il codice doganale è stato abrogato dal regolamento (CE) n. 450/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, che istituisce il codice doganale comunitario. Ciononostante, tenuto conto della data dei fatti delle cause principali, le merci menzionate nella presente sentenza restano disciplinate dal codice delle dogane.

[5] Ai sensi dell'articolo 4, lettere *b*) e *c*), della direttiva 92/12/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, applicabile ai prodotti alcolici, «(…) si intende per: (…) b) deposito fiscale: il luogo in cui vengono fabbricate, trasformate, detenute, ricevute o spedite dal depositario autorizzato, nell'esercizio della sua professione, in regime di sospensione dei diritti di accisa, merci soggette ad accisa, a determinate condizioni fissate dalle autorità competenti dello Stato membro in cui è situato il deposito fiscale in questione; c) regime sospensivo: il regime fiscale applicabile alla fabbricazione, alla trasformazione, alla detenzione e alla circolazione dei prodotti in regime di sospensione dei diritti d'accisa; (…)».

o di detenerli a tali fini, senza il suo consenso[6]. Nel caso di specie, le merci in oggetto sono state fabbricate in uno Stato terzo, importate nel territorio doganale dell'Unione europea senza il consenso del titolare del marchio e assoggettate a un regime di sospensione doganale. Le stesse, poi, ancora una volta senza il consenso del titolare, sono state immesse in libera pratica, determinando la conclusione del regime doganale e dando luogo al pagamento dei dazi all'importazione.

Nondimeno, il giudice UE osserva che dalla decisione di rinvio emerge che le merci di cui trattasi nei procedimenti principali non sono più assoggettate ad un regime di sospensione doganale. Di conseguenza, la Corte esclude l'applicazione della giurisprudenza secondo cui l'assoggettamento di prodotti di marca a un regime di sospensione doganale, come quello di transito esterno di cui agli articoli 91 e 92 del codice doganale o di deposito doganale di cui all'articolo 98 di tale codice, non può esso stesso violare il diritto esclusivo del titolare del marchio (v., in particolare, C.G.U.E., sentenza 1 dicembre 2011, cause riunite C-446/09 e C-495/09, *Philips e Nokia*, EU:C:2011:796). Per contro, dal momento che i dazi all'importazione sono stati assolti e che le merci in questione sono state immesse in libera pratica, queste ultime sono state oggetto di importazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera *c*), della direttiva. Inoltre, le medesime, poiché rientrano in una delle categorie di prodotti contemplati all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 92/12/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992 (in seguito: direttiva 92/12), relativa al regime generale, alla detenzione, alla circolazione ed ai controlli dei prodotti soggetti ad accisa, sono divenute anche merci importate ai sensi della stessa direttiva allorché sono state svincolate dal regime doganale[7].

Tanto chiarito, la Corte UE lega i dubbi del giudice del rinvio sulla questione se il titolare del marchio possa opporsi a che le merci immesse in tal modo in libera pratica senza il suo consenso siano assoggettate al regime di sospensione dei diritti di accisa, a due circostanze. In primo luogo, al fatto che durante tale deposito fiscale l'accisa non è assolta come previsto dalla direttiva 92/12, e che, di conseguenza, le merci interessate non possono ancora essere immesse in consumo. In merito, il giudice lussemburghese osserva che «emerge dal tenore letterale dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 89/104, nonché dalla giurisprudenza citata (…), che il titolare del marchio non è affatto obbligato ad attendere l'immissione in consumo delle merci recanti il suo marchio per esercitare il suo diritto esclusivo. Egli può, in effetti, anche opporsi a taluni atti compiuti, senza il suo consenso, prima di tale immissione in consumo. Tra tali atti figurano, segnatamente, l'importazione delle merci interessate e la loro detenzione ai fini della loro immissione in commercio.». Invero, sul fondamento del combinato disposto di tale articolo 5, paragrafo 3, e del paragrafo 1 del medesimo articolo, il giudice UE ritiene che le azioni di un operatore economico che consistono nell'importare nell'Unione taluni prodotti senza il consenso del titolare del marchio e nell'assoggettare tali merci al regime di sospensione dei diritti di accisa, detenendole, in tal modo, in deposito fiscale in attesa del versamento dell'accisa e dell'immissione in commercio, devono essere qualificate come «us[o] nel commercio di un segno identico al marchio di impresa per prodotti (…) identici a quelli per cui esso è stato registrato», ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva. Continua la Corte, «[è] vero che, importando e depositando alcune merci recanti un segno identico a un marchio altrui per prodotti identici a quelli per cui tale marchio è registrato, il predetto operatore economico non utilizza tale segno in operazioni con consumatori. Tuttavia, a pena di privare l'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 89/104 di effetto utile, i termini «usare» e «nel commercio» di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo non possono essere interpretati nel senso che riguardano solo i

[6] In particolare, ai sensi dell'articolo 5, paragrafi 1 e 3, della direttiva, il marchio di impresa registrato conferisce al titolare il diritto esclusivo di vietare ai terzi di usare nel commercio un segno identico al marchio di impresa per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato; un segno che, a motivo dell'identità o della somiglianza di detto segno col marchio di impresa e dell'identità o somiglianza dei prodotti o servizi contraddistinti dal marchio di impresa e dal segno, possa dare adito a un rischio di confusione per il pubblico, comportante anche un rischio di associazione tra il segno e il marchio di impresa. Si può in particolare vietare di offrire i prodotti, di immetterli in commercio o di detenerli a tali fini, oppure di offrire o fornire servizi contraddistinti dal segno; di importare o esportare prodotti contraddistinti dal segno.

[7] L'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 92/12 cit., recitava: «I prodotti di cui all'articolo 3, paragrafo 1, sono sottoposti ad accisa al momento della loro fabbricazione nel territorio della Comunità, quale definito nell'articolo 2, o al momento della loro importazione in tale territorio. Si considera "importazione di un prodotto soggetto ad accisa": l'ingresso del prodotto nella Comunità (…). Tuttavia, quando tale prodotto al momento dell'ingresso nella Comunità viene sottoposto ad un regime doganale comunitario, si considera che la sua importazione avvenga nel momento in cui esso viene svincolato dal regime doganale comunitario». L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 92/12 così disponeva: «L'accisa diviene esigibile all'atto dell'immissione in consumo (…) Si considera immissione in consumo di prodotti soggetti ad accisa: a) lo svincolo, anche irregolare, da un regime sospensivo; b) la fabbricazione, anche irregolare, dei prodotti in questione al di fuori di un regime sospensivo; c) l'importazione, anche irregolare, dei prodotti in questione, quando essi non sono vincolati a un regime sospensivo». L'articolo 11, paragrafo 2, della direttiva 92/12, recita: «La fabbricazione, la lavorazione e la detenzione dei prodotti soggetti ad accisa, quando questa non è stata assolta, sono effettuate in un deposito fiscale». La direttiva 92/12 è stata abrogata, a decorrere dal 1° aprile 2010, dalla direttiva 2008/118/CE del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al regime generale delle accise e che abroga la direttiva 92/12. Ciononostante, le controversie principali sono disciplinate, tenuto conto della data dei fatti, dalla direttiva 92/12.

rapporti immediati tra un commerciante e un consumatore.». Per quanto concerne la nozione di «uso», la Corte ha già avuto occasione di precisare che ricorre uso di un segno identico al marchio, ai sensi dell'articolo 5 della direttiva, quando l'operatore economico interessato utilizza tale segno nell'ambito della propria comunicazione commerciale (C.G.U.E., sentenza 23 marzo 2010, cause riunite da C-236/08 a C-238/08, *Google France e Google*, EU:C:2010:159). Ciò accade, ad esempio, allorché un operatore economico importa o consegna a un depositario, al fine della loro immissione in commercio, talune merci recanti un marchio di cui egli non è titolare. «Se così non fosse, gli atti di importazione e di detenzione ai fini dell'immissione in commercio, menzionati all'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 89/104 e di regola realizzati in assenza di un contatto diretto con i potenziali consumatori, non potrebbero essere qualificati come «uso» ai sensi di detto articolo e non potrebbero, quindi, essere vietati, anche se il legislatore dell'Unione li ha espressamente identificati come atti che possono essere vietati.». Viceversa, in merito all'espressione «nel commercio» secondo giurisprudenza costante, l'uso di un segno identico al marchio ha luogo nel commercio se si colloca nel contesto di un'attività commerciale finalizzata a un vantaggio economico e non nell'ambito privato (C.G.U.E., sentenza 12 novembre 2002, causa C-206/01, *Arsenal Football Club*, EU:C:2002:651; C.G.U.E., sentenza 11 settembre 2007, causa C-17/06, *Céline*, EU:C:2007:497). È chiaro, per la Corte UE, che ciò avviene allorché un operatore economico che si occupa di commercio parallelo di prodotti contrassegnati da un marchio importa e deposita siffatti prodotti. «Per quanto riguarda, per contro, un depositario quale, nel caso di specie, la TOP Logistics, si deve constatare che la fornitura da parte sua del servizio di deposito di merci recanti un marchio altrui non costituisce un uso del segno identico a tale marchio per prodotti o servizi identici o simili a quelli per cui detto marchio è registrato. Allorché siffatto prestatore consente ai suoi clienti un tale uso, il suo ruolo non può essere valutato alla luce delle disposizioni della direttiva 89/104, ma va, eventualmente, esaminato nella prospettiva di altre norme di diritto (v., per analogia, sentenza Frisdranken Industrie Winters, C-119/10, EU:C:2011:837, punti da 28 a 35).».

In secondo luogo, il giudice del rinvio si interroga sul rischio di pregiudizio alle funzioni del marchio che può causare l'atto consistente nell'assoggettamento di talune merci recanti un marchio altrui al regime di sospensione dei diritti di accisa. Esso menziona, in tale contesto, la giurisprudenza della Corte secondo cui, «nell'ipotesi di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 89/104, l'esercizio del diritto esclusivo conferito dal marchio dev'essere riservato ai casi in cui l'uso del segno da parte di un terzo pregiudichi o possa pregiudicare una delle funzioni del marchio, indipendentemente dal fatto che si tratti della funzione fondamentale di indicazione di origine del prodotto ovvero del servizio contraddistinto dal marchio o di un'altra delle sue funzioni (sentenze Google France e Google, da C-236/08 a C-238/08, EU:C:2010:159, punto 79, nonché Interflora e Interflora British Unit, C-323/09, EU:C:2011:604, punto 38).». A tal riguardo, il giudice UE rammenta che la funzione fondamentale di indicazione di origine consente di identificare il prodotto o il servizio designato dal marchio come proveniente da una determinata impresa e detta impresa è quella sotto il cui controllo il prodotto o servizio viene commercializzato (C.G.U.E., sentenza 6 marzo 2014, causa C-409/12, *Backaldrin Österreich The Kornspitz Company*, EU:C:2014:130). Il giudice UE ricorda, così, che qualsiasi atto di un terzo che impedisca al titolare di un marchio registrato in uno o più Stati membri di esercitare il suo diritto di controllare la prima immissione in commercio nel SEE di prodotti recanti detto marchio, pregiudica di per sé detta funzione fondamentale del marchio. L'importazione di prodotti senza il consenso del titolare del marchio interessato e la detenzione in deposito fiscale di tali prodotti in attesa della loro immissione in consumo nell'Unione hanno l'effetto di privare il titolare di detto marchio della possibilità di controllare le modalità della prima immissione in commercio nel SEE di prodotti recanti il suo marchio. Siffatti atti pregiudicano, in tal modo, la funzione del marchio consistente nell'identificare l'impresa da cui provengono i prodotti e sotto il cui controllo è organizzata la prima immissione in commercio. Tale analisi non è inficiata dalla circostanza che talune merci importate e assoggettate al regime di sospensione dei diritti di accisa possano, poi, essere esportate in uno Stato terzo e, in tal modo, non essere mai immesse in consumo in uno Stato membro. Al riguardo, è sufficiente, a giudizio della Corte di giustizia, rilevare che qualsiasi merce in libera pratica può essere esportata. Tale possibilità non osta all'applicazione delle regole in materia di marchi alle merci importate nell'Unione. Inoltre, la stessa esportazione costituisce del pari un atto di cui all'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva.

In definitiva, la Corte lussemburghese risponde al giudice nazionale che l'articolo 5 della direttiva 89/104 si interpreta nel senso che il titolare di un marchio registrato in uno o più Stati membri può opporsi a che un terzo assoggetti al regime di sospensione dei diritti di accisa alcune merci recanti tale marchio dopo averle importate nel SEE, senza il consenso di detto titolare, e averle immesse in libera pratica.

Rinvio pregiudiziale – Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – Competenza giurisdizionale in materia civile e commerciale – Regolamento (CE) n. 44/2001 – Competenze speciali – Articolo 6, paragrafo 1 – Ricorso proposto contro più convenuti domiciliati in Stati membri diversi e che hanno partecipato a un'intesa dichiarata contraria all'articolo 81 CE e all'articolo 53 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, al fine di ottenere la loro condanna in solido al risarcimento del danno e la produzione di informazioni – Competenza del giudice adito rispetto ad una pluralità di convenuti – Rinuncia agli atti nei confronti del convenuto domiciliato nello Stato membro del giudice adito – Competenza in materia di illeciti civili dolosi o colposi – Articolo 5, punto 3 – Clausole attributive di competenza – Articolo 23 – Effettiva attuazione del divieto di intese

1) L'articolo 6, punto 1, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, deve essere interpretato nel senso che la norma di concentrazione delle competenze in caso di pluralità di convenuti stabilita da tale disposizione può applicarsi riguardo a un'azione volta alla condanna in solido al risarcimento del danno e, nell'ambito di tale azione, alla produzione di informazioni, nei confronti di imprese che hanno partecipato in maniera diversa, sul piano geografico e temporale, a un'infrazione unica e continuata al divieto di intese previsto dal diritto dell'Unione accertata da una decisione della Commissione europea, e ciò anche nel caso in cui l'attore abbia rinunciato all'esercizio dell'azione nei confronti dell'unico dei convenuti che sia domiciliato nello Stato membro ove ha sede il giudice adito, a meno che non sia dimostrata l'esistenza di una collusione tra l'attore e detto convenuto allo scopo di creare o di mantenere artificiosamente le condizioni di applicazione di tale disposizione alla data di proposizione di detta azione.

2) L'articolo 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che, quando nei confronti di convenuti domiciliati in Stati membri diversi viene proposta un'azione volta al risarcimento del danno a motivo di un'infrazione unica e continuata all'articolo 101 TFUE e all'articolo 53 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, accertata dalla Commissione europea, alla quale essi hanno partecipato in vari Stati membri in date e luoghi diversi, l'evento dannoso è avvenuto nei confronti di ciascuna asserita vittima considerata individualmente, e ognuna di esse può, in forza di detto articolo 5, punto 3, scegliere di proporre la sua azione vuoi dinanzi al giudice del luogo in cui è stata definitivamente conclusa l'intesa di cui trattasi o, eventualmente, del luogo in cui è stato adottato un accordo specifico e identificabile di per sé solo come l'evento causale del danno asserito, vuoi dinanzi al giudice del luogo della propria sede sociale.

3) L'articolo 23, paragrafo 1, del regolamento n. 44/2001 deve essere interpretato nel senso che esso consente, nel caso di azioni di risarcimento a motivo di un'infrazione all'articolo 101 TFUE e all'articolo 53 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, di tener conto delle clausole attributive di competenza contenute in contratti di fornitura, anche qualora ciò abbia per effetto di derogare alle norme sulla competenza internazionale previste agli articoli 5, punto 3, e/o 6, punto 1, di detto regolamento, a condizione che tali clausole si riferiscano alle controversie relative alla responsabilità derivante da un'infrazione al diritto della concorrenza.

C.G.U.E., Quarta Sezione, 21 maggio 2015,
causa C-352/13, Cartel Damage Claims (CDC)
Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV,
Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret SA,
con l'intervento di: Evonik Degussa GmbH,
Chemoxal SA, Edison SpA

Il giudizio principale pendente innanzi al Landgericht Dortmund ha per oggetto la domanda risarcitoria formulata da CDC, per i danni provocati dall'accordo di cartello intercorso tra le imprese convenute tra il 1994 ed il 2000, finalizzato al controllo dei prezzi, della clientela e delle quote di mercato del perossido di idrogeno e del perborato di sodio. La società attrice ha agito quale cessionaria dei crediti risarcitori di 71 imprese, utilizzatrici di tali prodotti citando tutte le convenute, aventi sede legale in Stati membri diversi, dinanzi al Tribunale competente per una sola di esse, in forza dell'art. 6, punto 1, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[8].

Le convenute hanno eccepito l'inapplicabilità della norma indicata, giacché la controversia con l'impresa presso il cui foro era stato radicato il giudizio era stata transatta; hanno eccepito inoltre l'esistenza di clausole arbitrali ovvero prorogative del Foro nei singoli contratti stipulati tra esse e le imprese cedenti danneggiate dagli accordi di cartello. Il Tribunale nord-renano si è chiesto quindi se, ai sensi dell'art. 101 TFUE, tali clausole possano ostare al principio di effettiva attuazione del divieto di intese.

Su questi presupposti, il Landgericht ha sottoposto alla Corte di Lussemburgo i seguenti quesiti:

1 a) Se l'articolo 6, punto 1, del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, debba essere interpretato nel senso che, nel caso di un'azione promossa congiuntamente nei confronti di un convenuto residente nello Stato

[8] Denominato anche regolamento "Bruxelles I".

del foro e di ulteriori convenuti residenti in altri Stati membri dell'Unione europea per ottenere informazioni e un risarcimento danni a seguito di una violazione unica e continuata dell'articolo 81 CE, dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE accertata dalla Commissione europea, compiuta in più Stati membri con una diversa partecipazione a livello locale e temporale da parte dei convenuti, si rende opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio, sussistente in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni incompatibili.

b) Se, al riguardo, occorra tener conto del fatto che, dopo la notifica a tutti i convenuti, prima della scadenza dei termini fissati dal giudice per la replica e prima dell'inizio della prima udienza, l'attore abbia desistito dall'azione nei confronti del convenuto residente nello Stato del foro.

2. Se l'articolo 5, punto 3, del regolamento (CE) n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che occorre considerare, nel caso di un'azione promossa nei confronti di convenuti residenti in diversi Stati membri dell'Unione europea volta a ottenere informazioni e un risarcimento danni a seguito di una violazione unica e continuata dell'articolo 81 CE, dell'articolo 101 TFUE e dell'articolo 53 dell'accordo SEE accertata dalla Commissione europea, compiuta in diversi Stati membri con una diversa partecipazione a livello locale e temporale da parte dei convenuti, che l'evento dannoso è avvenuto in riferimento a ciascun convenuto e per la totalità dei danni fatti valere o a un danno complessivo in quegli Stati membri in cui si sono conclusi e attuati accordi di cartello.

3. Se, nel caso di azioni di risarcimento per violazione del divieto di intese di cui all'articolo 81 CE/ all'articolo 101 TFUE, all'articolo 53 dell'accordo SEE, il principio di diritto dell'Unione di effettiva attuazione del divieto di intese consenta di tener conto delle clausole compromissorie e degli accordi di scelta del foro contenuti in contratti di fornitura, qualora ciò comporti una deroga al giudice competente a livello internazionale ai sensi dell'articolo 5, punto 3, e/o dell'articolo 6, punto 1, del regolamento (CE) n. 44/2001 nei confronti di tutti i convenuti e/o per tutte le rivendicazioni proposte o parte di esse.

La Corte ha rilevato preliminarmente che sussistano le condizioni per l'applicazione dell'art. 6 Reg. cit, posta la domanda risarcitoria in solido formulata dall'attrice nei confronti delle diverse convenute, per l'unico fatto illecito – l'accordo di cartello – accertato dalla Commissione con la propria decisione 2006/903[9]. A tale prima conclusione i Giudici lussemburghesi giungono dopo aver ricordato che l'art. 6 in esame, prevede che una persona possa essere convenuta, in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un nesso così stretto da rendere opportuna una trattazione unica ed una decisione unica onde evitare, in caso di trattazione separata, di giungere a decisioni tra loro incompatibili (sentenze Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 73, nonché Sapir e a., C-645/11, EU:C:2013:228, punto 40). La Corte, ribadendo un principio consolidato ha affermato che tale norma speciale, poiché deroga alla competenza generale del foro del domicilio del convenuto di cui all'articolo 2 del regolamento n. 44/2001, è di stretta interpretazione, e non consente un'interpretazione che vada oltre le ipotesi prese in considerazione esplicitamente dal citato regolamento (v. sentenza Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 74).

Occorre verificare, secondo la Corte di Giustizia, se fra le varie domande, promosse da uno stesso attore nei confronti di più convenuti, sussista un vincolo di connessione tale da rendere opportuna una decisione unica per evitare soluzioni che potrebbero essere tra di loro incompatibili se le cause fossero decise separatamente (v. sentenze Freeport, C-98/06, EU:C:2007:595, punto 39, nonché Sapir e a., C-645/11, EU:C:2013:228, punto 42)[10].

La Corte ha affermato inoltre che è applicabile l'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 anche nell'ipotesi in cui siano applicabili leggi diverse alle azioni di risarcimento del danno proposte dalla CDC nei confronti delle convenute nel procedimento principale in forza delle norme di diritto internazionale privato del giudice tedesco, poiché siffatta diversità di fondamenti giuridici non osta, di per sé, all'applicazione dell'articolo 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001 a condizione che i convenuti potessero prevedere il rischio di essere citati in giudizio nello Stato membro in cui almeno uno di essi ha il proprio domicilio (v. sentenza Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 84).

Rispondendo al quesito sub b dei giudici tedeschi, la Corte ha rammentato la propria giurisprudenza secondo cui la norma di cui all'art. 6 *de quo* non può

[9] La Commissione ha accertato con detto provvedimento la violazione degli artt. 81 TCEE, oggi trasfuso nell'art. 101 TFUE, e 53 SEE in quanto le imprese destinatarie della decisione "hanno partecipato a un'infrazione unica e continua dell'articolo 81 del trattato CE e dell'articolo 53 dell'Accordo SEE relativa al perossido di idrogeno (HP) e al suo derivato, il perborato di sodio (PBS), nell'intero territorio SEE («l'infrazione»). La durata dell'infrazione constatata nella decisione va dal 31 gennaio 1994 al 31 dicembre 2000. L'infrazione è consistita prevalentemente nello scambio tra concorrenti di informazioni segrete e importanti in termini commerciali concernenti il mercato e/o le imprese, nella limitazione e/o controllo della produzione e delle capacità potenziali ed effettive, nell'assegnazione di quote di mercato e di clienti e nella fissazione e monitoraggio dei prezzi (obiettivi di prezzo)".

[10] Secondo il consolidato insegnamento della CGUE, affinché due o più decisioni possano essere considerate incompatibili, non è sufficiente che sussista una divergenza nella soluzione della controversia, dato che è anche necessario che tale divergenza si collochi nel contesto di una stessa fattispecie di fatto e di diritto (v. sentenze Freeport, C-98/06, EU:C:2007:595, punto 40; Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 79, nonché Sapir e a., C-645/11, EU:C:2013:228, punto 43).

essere applicata in modo da poter consentire ad un ricorrente di citare in giudizio più convenuti al solo scopo di sottrarre uno di essi alla competenza dei giudici dello Stato dove egli è domiciliato (sentenze Reisch Montage, C-103/05, EU:C:2006:471, punto 32, e Painer, C-145/10, EU:C:2011:798, punto 78).

Alcuni dei convenuti avevano eccepito che l'attrice e l'impresa tedesca Evonik Degusa Gmbh, convenendo la quale CDC s.a. aveva potuto radicare la propria azione in Germania, avevano ritardato la sottoscrizione della transazione ad un momento successivo la proposizione della domanda dinanzi al Landgericht Dortmund a questo solo fine.

La Corte ha ritenuto che lo svolgimento di trattative tese a raggiungere una composizione stragiudiziale della lite che trovino compimento solo dopo l'instaurazione della stessa non costituisca prova della collusione necessaria per ritenere inapplicabile l'art. 6, punto 1, del regolamento n. 44/2001.

La seconda questione sottoposta dai giudici tedeschi alla Corte di Giustizia è relativa all'interpretazione dell'art. 5, punto 3, del regolamento n. 44/2001 e se l'evento dannoso possa ritenersi avvenuto, in riferimento a ciascun convenuto e per l'insieme dei danni fatti valere, negli Stati membri nei quali sono stati conclusi ed attuati accordi collusivi.

La Corte, affermato il principio secondo cui la cessione del credito non incide sulla determinazione del giudice competente (sentenza ÖFAB, C-147/12, EU:C:2013:490, punto 58), richiama la propria giurisprudenza secondo cui l'espressione «luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire», riportata dalla norma in esame, concerne sia il luogo in cui il danno si è concretizzato sia il luogo dell'evento causale che è all'origine di tale danno, cosicché il convenuto può essere citato, a scelta del ricorrente, dinanzi ai giudici di entrambi i luoghi in parola (sentenze Melzer, C-228/11, EU:C:2013:305, punto 25, e Kolassa, C-375/13, EU:C:2015:37 punto 45).

In linea generale, secondo la Corte, deve affermarsi che il luogo dell'evento causale deve essere identificato in quello dove è stato concluso l'accordo illecito; ma nel caso di cui al procedimento principale, in cui l'accordo è stato raggiunto multilateralmente e non in un'unica occasione, è necessario per attribuire la competenza ad un giudice individuare un evento concreto al momento del quale o è stata definitivamente conclusa tale intesa, o è stato adottato un accordo che sia di per sé solo l'evento causale del danno asseritamente arrecato a un acquirente.

Per quanto riguarda invece il luogo in cui il danno si è verificato esso coincide con la sede sociale della singola impresa danneggiata.

Rispondendo, infine, al terzo quesito posto dai giudici nord-renani, la Corte di Giustizia ha affermato che il giudice adito non può, a pena di rimettere in discussione la finalità del regolamento n. 44/2001, rifiutarsi di tenere conto di una clausola attributiva di competenza conforme ai requisiti dell'articolo 23 di tale regolamento per il solo motivo che esso ritiene che il giudice designato da tale clausola non garantirebbe la piena efficacia del principio di effettiva attuazione del divieto di intese non consentendo alla vittima di un'intesa di ottenere il risarcimento integrale del danno da essa subito. Occorre, invece, considerare che il sistema di rimedi giurisdizionali istituito in ciascuno Stato membro, integrato dal meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto all'articolo 267 TFUE, fornisca una garanzia sufficiente agli amministrati a tal fine (v., per analogia, sentenza Renault, C-38/98, EU:C:2000:225, punto 23).

Ma la Corte, con particolare premura, pur rilevando che la valutazione circa l'opponibilità al terzo cessionario delle clausole derogative del foro spetti esclusivamente al giudice a quo sulla base del diritto interno, ha rilevato che in particolare considerare che una clausola che si riferisce astrattamente alle controversie che sorgano nei rapporti contrattuali non copre una controversia relativa alla responsabilità extracontrattuale in cui una controparte è asseritamente incorsa a causa del suo comportamento conforme a un'intesa illecita.

Poiché, infatti, una controversia del genere non è ragionevolmente prevedibile per l'impresa vittima al momento in cui essa ha prestato il consenso alla suddetta clausola, in quanto l'intesa illecita in cui è implicata la sua controparte le è ignota a tale data, non si può ritenere che essa trovi origine nei rapporti contrattuali. Una siffatta clausola non derogherebbe quindi validamente alla competenza del giudice del rinvio.

I Giudici UE hanno quindi stabilito: a) che più imprese aventi sede in diversi Stati membri e chiamate a rispondere dei danni provocati dalla partecipazione ad un unico cartello illecito possano essere convenute innanzi ad uno solo dei diversi giudici competenti ai sensi dell'art. 6, punto 1, del regolamento 44/2001; b) che ai sensi dell'art. 5, punto 3, del medesimo regolamento, è competente sia il giudice del luogo dell'evento causale – da determinarsi caso per caso dal giudice adito – sia il giudice del luogo in cui il danno si sia concretizzato; c) che eventuali clausole contrattuali derogative del foro non possono essere opposte all'attore trattandosi di domanda risarcitoria da fatto illecito, violazione delle norme sulla concorrenza, e non da inadempimento contrattuale.

Ordinamento giudiziario

Nota agli artt. 18, 18-*bis*, 18-*ter*, 21, 21-*ter*, 21-*quater*, 21-*quinquies* e 21-*sexies* 202
di Luigi Levita

Nota agli artt. 19, 20 e 20-*bis* post conversione d.l. 83/2015 204
di Luigi Levita

Luigi Levita
Magistrato

Nota agli artt. 18, 18-*bis*, 18-*ter*, 21, 21-*ter*, 21-*quater*, 21-*quinquies* e 21- *sexies*

L'articolo 18 del decreto legge n. 83/2015 supera indenne il percorso parlamentare di conversione, giungendo ad approvazione definitiva senza stravolgimenti e con la sola aggiunta di un ultimo periodo, teso a salvaguardare la funzionalità degli uffici di magistratura contabile (disponendo che i trattenimenti in servizio dei magistrati della Corte dei conti sono fatti salvi fino al completamento della procedura di reclutamento in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto e in ogni caso fino al 30 giugno 2016): chi scrive ha già espresso il proprio convincimento sul punto nel numero 30/2015 di questa Rivista, cui per comodità si fa rimando.

Nondimeno, come spesso accade, le Camere non esitano ad inserire nell'articolato normativo originario dei decreti legge una serie di disposizioni molto frastagliate e spesso disomogenee, né il decreto legge in commento sfugge a tale discutibile prassi.

Le innovazioni apportate in sede di conversione: magistrati onorari ed applicazioni straordinarie

Non poteva mancare, nell'ennesimo decreto legge in materia di giustizia, una norma *ad hoc* sulla magistratura onoraria, che si apre con un incipit che fa sorridere ("*Sino all'attuazione del complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria*", riordino atteso da lustri e mai attuato) e che conferisce sempre maggiore attualità all'aforisma di Ennio Flaiano sulla definitività del provvisorio. L'art. 18-*bis*, nello specifico, in attesa del grande giorno in cui si avrà finalmente una regolamentazione stabile della magistratura onoraria, prevede che i giudici di pace, i giudici onorari di tribunale e i vice procuratori onorari, in servizio alla data del 31 dicembre 2015 e che abbiano compiuto il settantaduesimo anno di età, cessano dall'ufficio alla predetta data. I giudici di pace, i giudici onorari di tribunale e i vice procuratori onorari, in servizio alla data del 31 dicembre 2016 e che tra il 1 gennaio e il 31 dicembre 2016 compiono almeno il settantesimo anno di età, cesseranno invece dall'ufficio a quest'ultima data. Un sistema di *turn over* che nelle intenzioni del legislatore mira a favorire un – mai troppo desiderato – ricambio generazionale dei magistrati onorari.

Al successivo articolo 18-*ter*, tenuto conto dell'emergenza immigrazione, il Parlamento abilita il Consiglio Superiore della Magistratura a procedere ad un reclutamento straordinario di magistrati mediante lo strumento dell'applicazione extradistrettuale, finalizzata alla copertura degli uffici giudiziari presso i quali si sarà verificato il maggiore incremento dei procedimenti giurisdizionali connessi con le richieste di accesso al regime di protezione internazionale e umanitaria da parte dei migranti presenti sul territorio nazionale e di altri procedimenti giudiziari connessi ai fenomeni dell'immigrazione.

L'applicazione in questione avrà durata di 24 mesi al massimo (18 + 6), con l'attribuzione di punteggi aggiuntivi ai fini dei successivi tramutamenti per i magistrati aderenti nonché con la corresponsione delle indennità previste dalla legge.

Il sistema complessivo, seppur dettato da comprensibili finalità di approntare una risposta rapida ad una situazione emergenziale, appare nondimeno caratterizzato da evidenti criticità, specialmente sul versante organizzativo, demandando al Consiglio Superiore il non facile compito di stabilire quali siano i procedimenti giudiziari "*connessi ai fenomeni dell'immigrazione*" (il legislatore, inconsciamente, pensa ad un aumento dei reati? Ed in questo caso, quali uffici potenziare? Le Procure della Repubblica? Gli uffici GIP? Gli uffici dibattimentali? Nessun criterio viene individuato dal legislatore, formalmente in ossequio all'autonomia organizzativa del Consiglio Superiore della Magistratura). Il tutto rischia di complicarsi ulteriormente se sol si pensa ai tempi tecnici necessari per l'acquisizione dei dati statistici finalizzati al successivo intervento, con un ulteriore aggravio degli uffici giudiziari e delle strutture di supporto del Consiglio Superiore che, in assenza di un'iniezione di risorse fisiche e strumentali, mal si attaglia ai loro attuali carichi lavorativi.

Fortunatamente, ad intervenire sul punto soccorrono ulteriori norme inserite in sede di conversione, su tutte l'art. 21, che abilita il Ministero della Giustizia ad acquisire un contingente massimo di 2.000 unità di personale amministrativo proveniente dagli enti di area vasta, di cui 1.000 nel corso dell'anno 2016 e 1.000 nel corso dell'anno 2017, da inquadrare nel ruolo dell'amministrazione giudiziaria. Attesa l'urgenza e in deroga alle clausole dei contratti o accordi collettivi nazionali, tale procedura di acquisizione di personale riveste carattere prioritario su ogni altra pro-

cedura di trasferimento all'interno dell'amministrazione della giustizia.

Ove concretizzatasi, questa imponente acquisizione di personale in favore dell'amministrazione giudiziaria avrà senz'altro benefici effetti su tutto il sistema, consentendo di tamponare le note situazioni di criticità e di avvicendare le migliaia di unità di personale giunto alla quiescenza negli ultimi anni, il che ha condotto peraltro ad una serie di contenziosi giurisdizionali che il legislatore, con l'art. 21-*quater*, ha inteso estinguere mediante l'indizione di idonee procedure di contrattazione collettiva.

Un nuovo tassello nel frastagliato universo dei tirocini formativi

Un ulteriore ausilio alla macchina giudiziaria, di certo rilevante anche se certamente meno incisivo rispetto all'immissione in ruolo di cui si è appena detto, giungerà poi dai soggetti che hanno svolto a suo tempo il tirocinio formativo *ex* art. 37.11 d.l. n. 98/2011: a costoro, con norma similare rispetto a quella vigente per i destinatari di tirocini formativi *ex* art. 73 d.l. n. 69/2013 e previa individuazione del contingente (presumibilmente intorno alle 1.500 unità), viene data l'ulteriore possibilità di far parte dell'ufficio per il processo, onde svolgere un ulteriore periodo di perfezionamento per una durata non superiore a dodici mesi, tenuto conto delle valutazioni di merito e delle esigenze organizzative degli uffici giudiziari, in via prioritaria a supporto dei servizi di cancelleria. Nell'individuazione dei criteri è riconosciuta priorità alla minore età anagrafica ed è assicurata un'equa ripartizione territoriale delle risorse, tenendo conto delle dimensioni degli uffici giudiziari. Con il medesimo decreto può essere attribuita ai soggetti di cui al presente comma una borsa di studio nei limiti delle risorse destinabili e, in ogni caso, per un importo non superiore a 400 euro mensili. Il decreto fissa altresì i requisiti per l'attribuzione della borsa di studio, tenuto conto, in particolare, del titolo di studio, dell'età e dell'esperienza formativa.

Lo svolgimento di tale periodo di perfezionamento non dà diritto ad alcun compenso e non determina l'insorgere di alcun rapporto di lavoro subordinato o autonomo, né di obblighi previdenziali; il suo completamento costituisce titolo di preferenza a parità di merito, ai sensi dell'articolo 5, DPR 9 maggio 1994, n. 487, nei concorsi indetti dalla pubblica amministrazione. Con norma programmatica diretta alla emanazione di future procedure concorsuali, si ribadisce l'opportunità di introdurre meccanismi finalizzati a valorizzare l'esperienza formativa acquisita mediante il completamento del periodo di perfezionamento presso l'ufficio per il processo.

Con un'opportuna disciplina di salvezza dei diritti quesiti per i tirocinanti che non hanno fatto parte dell'ufficio per il processo (la cui istituzione è formalmente successiva rispetto al d.l. 98/2011), si stabilisce infine che gli stessi abbiano titolo di preferenza a parità di merito nei concorsi indetti dalla pubblica amministrazione.

Edilizia giudiziaria

Gli articoli 21-*quinquies* e 21-*sexies* intervengono infine sull'altrettanto delicato settore dell'edilizia giudiziaria.

Di notevole e generale impatto la disposizione di cui all'art. 21-*quinquies* (laddove la norma successiva si limita a fissare una proroga della durata dell'incarico del commissario straordinario nominato per la realizzazione dell'intervento per la sicurezza degli uffici giudiziari aventi sede nel Palazzo di Giustizia di Palermo): per le attività di custodia, telefonia, riparazione e manutenzione ordinaria in precedenza svolte dal personale dei comuni già distaccato, comandato o comunque specificamente destinato presso gli uffici giudiziari, i medesimi uffici giudiziari possono continuare ad avvalersi dei servizi forniti dal predetto personale comunale, sulla base di accordi o convenzioni da concludere in sede locale, autorizzati dal Ministero della giustizia, in applicazione e nei limiti di una convenzione quadro previamente stipulata tra il Ministero della giustizia e l'Associazione nazionale dei comuni italiani (convenzione sottoscritta il 27 agosto 2015 e che regolamenta tutti gli aspetti operativi, ivi inclusa la composizione delle controversie). La norma mira a garantire il regolare funzionamento degli uffici giudiziari, in vista dell'entrata in vigore delle disposizioni che, dal 10 settembre 2015, porranno in capo al Ministero della Giustizia la gestione delle spese di funzionamento delle sedi giudiziarie, con un parziale dietro front giustificato da ragioni di economicità della spesa (ma se la spesa era antieconomica, perché si è deciso di centralizzarla a suo tempo? Si ha l'impressione che il legislatore si muova a tentoni, con una logica dello *stop and go* che non agevola il compito dei soggetti tenuti a dare esecuzione agli indirizzi generali).

Luigi Levita
Magistrato

Nota agli artt. 19, 20 e 20-*bis* post conversione d.l. 83/2015

Come era facilmente prevedibile, le norme del d.l. n. 83/2015 in materia di processo telematico hanno subito i maggiori aggiustamenti in sede di conversione, a seguito di un ampio dibattito intercorso fra gli operatori del settore immediatamente dopo la pubblicazione dell'art. 19 nella versione originaria.

Le ulteriori modifiche al processo civile telematico

L'art. 19 del decreto legge n. 83/2015 (convertito in legge n. 132/2015) viene riscritto in più punti dalle Camere durante il suo percorso di conversione, mantenendo tuttavia fermo il principio generale della possibilità di deposito telematico anche dell'atto introduttivo ovvero del primo atto difensivo del giudizio: in particolare, il comma 1-*bis* dell'art. 16-*bis* del d.l. n. 179/2012 viene ulteriormente emendato, ammettendo sia in primo grado che in appello il deposito telematico di qualsiasi atto (anche non introduttivo del giudizio) da parte del difensore o del dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio personalmente. Trattasi di formulazione testuale che il legislatore ha voluto puntualizzare onde conferirle la maggiore portata applicativa possibile, scongiurando possibili interpretazioni restrittive che la primigenia versione del comma 1-*bis* autorizzava a sostenere.

Viene poi esteso il potere di autentica in capo ai difensori, agli ausiliari del giudice nonché ai dipendenti che rappresentano la Pubblica Amministrazione in giudizio, mediante la parziale riscrittura dell'art. 16-*decies*: «Il difensore, il dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio personalmente, il consulente tecnico, il professionista delegato, il curatore ed il commissario giudiziale, quando depositano con modalità telematiche la copia informatica, anche per immagine, di un atto processuale di parte o di un provvedimento del giudice formato su supporto analogico e detenuto in originale o in copia conforme attestano la conformità della copia al predetto atto. La copia munita dell'attestazione di conformità equivale all'originale o alla copia conforme dell'atto o del provvedimento».

Quando l'attestazione di conformità si riferisce ad una copia informatica, essa è apposta nel medesimo documento informatico; in tal caso, l'attestazione di conformità può alternativamente essere apposta su un documento informatico separato e l'individuazione della copia cui si riferisce ha luogo esclusivamente secondo le modalità stabilite nelle specifiche tecniche stabilite dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia. Se la copia informatica è destinata alla notifica, l'attestazione di conformità è inserita nella relazione di notificazione (come da disciplina originaria del decreto legge, in questo rimasta immutata).

In attesa del varo delle specifiche tecniche di cui sopra, gli operatori si sono attualmente orientati per l'esecuzione a mezzo PEC delle notificazioni esclusivamente su duplicati informatici, i quali equivalgono di diritto agli originali e pertanto non hanno bisogno di ulteriori attestazioni.

Mediante l'inserimento di un comma 3-*bis*, il legislatore ha poi cura di puntualizzare – sebbene fosse superfluo – che l'attività di attestazione innanzi descritta consegna ai soggetti di cui all'art. 16-*decies*, comma 1, la qualifica di pubblici ufficiali, con i conseguenti oneri e responsabilità.

Verso la sinteticità degli atti?

Ascoltando l'invocazione giunta da più parti (per la quale si rimanda, volendo, all'analisi già tracciata in questa *Rivista*, n. 30/2015), il legislatore introduce un nuovo comma 9-*octies*, secondo il quale «Gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica».

La norma, seppur sprovvista di sanzioni in caso d'inosservanza, appare nondimeno una pietra miliare nell'evoluzione normativa verso la sinteticità degli atti processuali, spesso invocata da una parte della dottrina sulla scia di quanto già avvenuto nel 2010 nell'ambito del processo amministrativo e da tempo caldeggiata da autorevoli pronunciamenti della Suprema Corte, ai quali la recente giurisprudenza di merito si è affiancata con apprezzabile continuità (cfr. su tutti le condivisibili osservazioni rese a suo tempo da Cass. civ., sez. II, sentenza 4 luglio 2012, n. 11991, secondo cui «la particolare ampiezza degli atti certamente non pone un problema formale di violazione di prescrizioni formali ma non giova alla chiarezza degli atti stessi e concorre ad allontanare l'obiettivo di un processo celere che esige da parte di tutti atti sintetici, redatti con stile asciutto e sobrio»).

Copie di cortesia: pericolo scampato?

Al comma 9 dell'art. 16-*bis* sono stati aggiunti, in sede di conversione, i seguenti periodi: «Fatto salvo quanto previsto dal periodo precedente, con decreto non avente natura regolamentare il Ministro della giustizia stabilisce misure organizzative per l'acquisizione anche di copia cartacea degli atti depositati con modalità telematiche nonché per la riproduzione su supporto analogico degli atti depositati con le predette modalità, nonché per la gestione e la conservazione delle predette copie cartacee. Con il medesimo decreto sono altresì stabilite le misure organizzative per la gestione e la conservazione degli atti depositati su supporto cartaceo a norma dei commi 4 e 8, nonché ai sensi del periodo precedente».

L'inserzione, come è noto, ha immediatamente messo in fibrillazione il mondo forense, preoccupato di un ritorno al cartaceo mediante il grimaldello delle copie di cortesia; le notizie di stampa, tuttavia, sembrano scongiurare tale ipotesi, avendo il Ministro della Giustizia dichiarato che il decreto da emanarsi ai sensi del nuovo comma 9 non ripristinerà il cosiddetto "doppio binario", ma si limiterà a disciplinare in via generale ed astratta le ipotesi di ammissibilità di acquisizione delle copie cartacee degli atti da parte degli uffici di cancelleria.

Tuttavia, appare legittimo auspicare con forza che tale presa di posizione, se da un lato raccoglie le pur legittime rimostranze della classe forense, si accompagni ad una altrettanto decisa iniezione di risorse in favore degli uffici giudiziari, onde scongiurare il rischio che il peso della riforma sia scaricato a costo zero sulle spalle dei magistrati e del personale amministrativo, ovvero addirittura sui soli magistrati (laddove anche il personale di cancelleria, già in cronica e storica sofferenza, dovesse ipoteticamente essere esonerato dagli adempimenti di stampa e di archiviazione del materiale cartaceo).

Il quadro del processo amministrativo telematico

La legge n. 132/2015 non ha intaccato la *deadline* del 1 gennaio 2016 per l'avvio del processo amministrativo telematico; l'art. 20, nondimeno, ha introdotto alcune significative novità al Codice del Processo Amministrativo, fra le quali spicca il nuovo art. 136, comma 2, dell'Allegato 1 («I difensori costituiti, le parti nei casi in cui stiano in giudizio personalmente e gli ausiliari del giudice depositano tutti gli atti e i documenti con modalità telematiche. In casi eccezionali, il presidente può dispensare dall'osservanza di quanto previsto dal presente comma, secondo quanto previsto dalle regole tecniche di cui all'articolo 13 dell'Allegato 2»).

Ovviando ad una dimenticanza concernente i giudizi elettorali, nell'ambito dei quali le parti possono stare in giudizio personalmente, si introduce una modifica operativa al comma 4 dell'art. 129 CPA, stabilendosi che le parti, ove stiano in giudizio personalmente e non siano titolari di indirizzi di posta elettronica certificata risultanti da pubblici elenchi, siano tenute ad indicare, rispettivamente nel ricorso o negli atti di costituzione, l'indirizzo di posta elettronica certificata o il numero di fax da valere per ogni eventuale comunicazione e notificazione.

Viene poi introdotto il comma 1-*bis* all'art. 13, Allegato 2, CPA, con il quale si applicano anche al processo amministrativo le più rilevanti disposizioni del decreto legge n. 179/2012, ed in particolare: la possibilità di attestare la conformità delle copie informatiche, anche per immagine, di atti di parte e provvedimenti del giudice presenti nel fascicolo informatico; la notificazione tramite PEC degli atti di parte con correlato potere – dovere del difensore di attestarne la conformità agli originali.

Il processo contabile telematico

Da ultimo, l'art. 20-*bis* del d.l. n. 83/2015 si occupa anche del processo contabile, implementando l'art. 43.2 del d.l. n. 90/2014: al comma 2 si sancisce l'applicabilità, in quanto compatibili, delle disposizioni di cui agli articoli 16, 16-*ter*, 16-*quater*, 16-*decies* e 16-*undecies* del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni. La formulazione normativa sintetica e caratterizzata da numerosi rimandi non appare tuttavia del tutto funzionale, potendo dare luogo a delicati problemi di coordinamento laddove in un futuro – nemmeno tanto remoto, a quanto pare – si dovesse procedere ad un ulteriore *restyling* di un quadro normativo già notevolmente frastagliato.

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile

È legittimo il rifiuto opposto da un Sindaco, quale Ufficiale di Governo, alla trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di matrimonio contratto in uno Stato estero da una coppia di persone dello stesso sesso? Che effetti hanno eventuali trascrizioni di questo tipo nell'ordinamento italiano? 208

di Elia Scafuri

Diritto processuale penale

Ai fini della rinnovazione della misura coercitiva inefficace occorrono «eccezionali esigenze cautelari»? La presunta incostituzionalità dell'art. 309, comma 10, c.p.p. 213

di Giacomo Romano

Diritto amministrativo

La SCIA alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali: come si tutela il terzo, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, che si ritiene leso da un'attività intrapresa sulla base della SCIA? Quali sono i limiti, normativi e di fatto, entro i quali può intervenire la pubblica amministrazione competente? 217

di Rosanna Massaro

Elia Scafuri
Dottoressa in Giurisprudenza

Diritto civile

È legittimo il rifiuto opposto da un Sindaco, quale Ufficiale di Governo, alla trascrizione nei registri dello stato civile di un atto di matrimonio contratto in uno Stato estero da una coppia di persone dello stesso sesso? Che effetti hanno eventuali trascrizioni di questo tipo nell'ordinamento italiano?

La questione in esame ha ad oggetto una tematica di grande attualità che riguarda la possibilità o meno che un atto matrimoniale contratto in un altro Stato da parte di una coppia omosessuale venga trascritto, da chi di dovere, nei registri dello stato civile. Di non poco momento è anche l'aspetto degli effetti prodotti nell'ordinamento interno da una simile trascrizione.

Il quesito trae origine da un recente decreto della Corte di appello di Firenze (n. 1014/2015) che, attraverso un'ampia panoramica sulla giurisprudenza in materia, fornisce interessanti spunti riflessivi.

Un attimo prima di analizzare il provvedimento *de quo*, sembrano doverose alcune premesse sul tema.

In primis, occorre ricordare che un matrimonio celebrato all'estero è esistente e valido se rispetta le leggi del Paese di celebrazione e può essere trascritto in Italia – nei registri dello stato civile – solo quando non sia contrario all'ordine pubblico (l'art. 18 del d.P.R. n. 396/2000, "Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della l. 15 maggio 1997, n. 127", reca: «Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico»; l'articolo 16, comma 1, della l. n. 218/1995, "Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", dispone: «La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico»).

Sui registri statali (stato civile e anagrafe) la competenza è del Sindaco, in quanto Ufficiale del Governo, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.P.R. n. 396/2000 in materia di stato civile. Sebbene questi possa delegare ai dipendenti comunali le proprie funzioni (come disposto dal comma 3 dell'art. 1 cit.), il Sindaco non se ne spoglia, potendo procedere alla trascrizione nei suddetti registri anche direttamente come quando, ad esempio, un dipendente decida di non trascrivere un matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero (è il caso del Comune di Fano: nel maggio 2014 una coppia omosessuale che aveva contratto matrimonio in Olanda presentava formale istanza al Sindaco per la trascrizione del matrimonio, allegando copia dell'atto. I dipendenti dell'ufficio dello stato civile ritenevano illegittima la trascrizione, per cui interveniva lo stesso Sindaco per procedere alla trascrizione, sottoscrivendo personalmente l'atto. Il comune marchigiano è stato il primo a trascrivere un matrimonio omosessuale avvenuto all'estero in assenza di interventi impositivi. Tuttavia, su tale vicenda pende la possibilità di un riesame da parte dell'Autorità giudiziaria).

Occorre ancora osservare che l'effetto tipico del matrimonio, com'è noto, è far sorgere tra le parti la relazione giuridica di *coniugio*: la produzione di questo effetto non è legata alla trascrizione dello stesso, ma è determinata dalla legge applicabile al rapporto matrimoniale. Nel caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso residenti in Italia, la legge che dev'essere presa in considerazione è quella italiana: tuttavia, in base alle leggi del nostro Paese, due persone dello stesso sesso in nessun caso possono essere considerate coniugate.

Nonostante ciò, nell'ultimo anno diverse Amministrazioni comunali (Grosseto, Fano, Napoli, Bologna, Empoli, Reggio Emilia, Sesto Fiorentino, Udine, Piombino, Palermo, Milano e Siracusa) hanno "aperto" i registri di stato civile alle coppie di persone dello stesso sesso sposatesi in quei Paesi dove – diversamente dall'Italia – è stato concepito e disciplinato il matrimonio *same sex*.

Le suddette trascrizioni hanno avuto luogo nel registro dello stato civile in cui vengono trascritti anche i matrimoni contratti all'estero da persone di sesso diverso e dove sono riportati tutti i dati riguardanti lo *status* delle persone. Tale registro non va tuttavia confuso con quelli per "le coppie di fatto" istituiti da alcuni Comuni italiani: questi ultimi hanno una valenza simbolica, e vengono predisposti dalle Amministrazioni – nei limiti delle loro competenze – al di fuori degli uffici e delle funzioni anagrafiche e di stato civile. Diversamente, il registro dello stato civile, seppure gestito a livello comunale dalla persona del Sindaco, è un registro che venne istituito con r.d. n. 1238/1939, Ordinamento dello stato civile (in ogni caso, il sistema dei registri dello stato civile è in via d'estinzione: il d.P.R. n. 396/00 ha infatti abrogato quasi totalmente – ad eccezione delle limitazioni previste dall'art. 109 dello stesso decreto – il r.d. n.1238/39, sostituendo detti registri con un unico "archivio informatico").

Ciò detto, la trascrizione nei registri dello stato civile di atti matrimoniali consentirebbe alle coppie dello stesso sesso sposate all'estero di poter dare pubblicità al loro matrimonio e di ottenere la relativa certificazione ogniqualvolta le stesse intendessero esercitare, in Italia e all'estero, un diritto loro spettante in base alle leggi dell'Unione europea, ovvero i diritti e i doveri del matrimonio nei paesi comunitari o *extra*-comunitari dove sia pienamente riconosciuta l'efficacia del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Diversamente, in assenza della suddetta trascrizione, l'esercizio dei diritti connessi al matrimonio, in Italia e all'estero, sarebbe certamente più difficile, oneroso ed incerto.

In altre parole, con la richiesta di trascrizione degli atti matrimoniali contratti all'estero, le coppie omosessuali residenti in Italia mirano ad accedere a quei servizi e benefici comunali previsti dall'ordinamento italiano per le coppie eterosessuali sposate. Tuttavia, in mancanza di una legge nazionale che contempli l'ipotesi di nozze tra persone dello stesso sesso, una simile trascrizione rischia di restare priva di rilevanza per lo Stato italiano, se non addirittura vuota di significato (non potendo valere, ad esempio, per i casi di successione, reversibilità della pensione, assistenza sanitaria, ecc.).

Tanto premesso in via generale, occorre dire che al di là dei facili entusiasmi iniziali le "coraggiose" trascrizioni poste in essere dalle Amministrazioni comunali italiane sono state attaccate da più parti.

In particolare, nel mese di giugno 2014 il Sindaco napoletano De Magistris firmava un provvedimento ordinando al personale dell'ufficio anagrafe di registrare i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all'estero ai sensi dell'art. 19 del d.P.R. in materia di stato civile (da un passaggio della direttiva del 23 giugno 2014 si può infatti leggere: «(...) Osservato, altresì, che: in relazione alla limitata idoneità dei *trascrivendi* atti di matrimonio a produrre effetti giuridici nell'ordinamento italiano, in mancanza di una legislazione nazionale che riconosca a persone dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio in Italia, può applicarsi in via analogica la disposizione di cui all'art. 19 comma 1 del d.P.R. 396/2000, in materia di trascrizione degli atti dello stato civile concernenti cittadini stranieri residenti in Italia...»).

Invero, il richiamato articolo 19 (*Trascrizioni*) dispone: «1. Su richiesta dei cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti, nel comune dove essi risiedono, gli atti dello stato civile che li riguardano formati all'estero (...) 2. Possono altresì essere trascritti gli atti dei matrimoni celebrati fra cittadini stranieri dinanzi all'autorità diplomatica o consolare straniera in Italia, se ciò è consentito dalle convenzioni vigenti in materia con il Paese cui detta autorità appartiene»

Dal dato testuale della norma citata si evince palesemente che la trascrizione è possibile soltanto quando si tratti di un matrimonio contratto all'estero da due cittadini stranieri, e non quando sia tra due cittadini italiani o tra un italiano e uno straniero. Né tale disposizione sembra essere suscettibile d'interpretazione analogica, trattandosi di una norma speciale.

Per quanto riguarda, poi, il matrimonio celebrato all'estero «quando gli sposi sono entrambi cittadini italiani o uno di essi è cittadino italiano e l'altro è cittadino straniero» – ipotesi forse più rispondente a quella in esame – l'istituto è disciplinato dall'art. 16 del suddetto d.P.R.

In ogni caso sussistono seri dubbi e perplessità, che non hanno tardato a manifestarsi, sulla possibilità di sussumere la fattispecie concreta sotto le norme *de quibus*, trattandosi di coniugi dello stesso sesso.

Pochi mesi dopo il caso napoletano, lo scorso ottobre il Sindaco di Roma Marino decideva di procedere alla cerimonia per la prima registrazione ufficiale delle nozze omosessuali (di sedici coppie) – in un clima del tutto irreale tra gruppi di attivisti contrari ai matrimoni tra omosessuali e le contestuali celebrazioni di matrimoni "tradizionali" – ad onta della formale diffida del Prefetto, che aveva annunciato di essere deciso ad annullare gli atti del primo cittadino romano (al Prefetto, com'è noto, spetta la vigilanza sugli uffici dello stato civile ai sensi dell'art. 9, comma 2, del d.P.R. del 2000).

Sulla scia della circolare del Ministro dell'Interno del 7 ottobre 2014 con cui i Prefetti venivano invitati a sollecitare i Sindaci a "cancellare le trascrizioni", il Prefetto romano (con decreto del 31 ottobre 2014) annullava le sedici trascrizioni eseguite dal Sindaco Marino.

Tuttavia, sulla questione l'ultima parola spettava al Tar Lazio: con sentenza del 9 marzo 2015, (sez. I-*ter*), il Collegio dichiarava nullo il provvedimento prefettizio, precisando che «l'annullamento di trascrizioni di matrimoni di questo genere celebrati all'estero può essere disposto solo dall'Autorità giudiziaria ordinaria» e che «Il Ministero dell'Interno e le Prefetture non hanno il potere di intervenire direttamente». Nella stessa pronuncia il Collegio giudicante ricordava, però, che «allo stato, non è consentito celebrare matrimoni tra persone dello stesso sesso e, conseguentemente, matrimoni del genere non sono trascrivibili nei Registri di stato civile».

In definitiva, il Tar – premessa l'intrascrivibilità delle unioni in questione – stabiliva che le trascrizioni effettuate dal Sindaco romano sarebbero rimaste in vita fino ad un'eventuale pronuncia del Giudice ordinario, ovvero fino a quando il Procuratore della Repubblica (soggetto in ogni caso legittimato a promuovere la rettificazione di un atto dello stato civile ovvero la cancellazione di un atto indebitamente registrato ai sensi dell'art. 95, comma 1 e 2, del d.P.R. cit.) non avesse chiesto al Giudice civile di pronunciarsi.

Stante la doverosa premessa in materia di trascrizioni di matrimoni tra omosessuali, con un fugace sguardo ai casi più eclatanti di "apertura" da parte delle Amministrazioni comunali, appare interessante guardare ora alla vicenda di Grosseto – caso che ha goduto di una risonanza anche mediatica – in quanto il Sindaco del Comune

manifestava un atteggiamento del tutto opposto rispetto a quello dei "coraggiosi" colleghi finora menzionati.

A meri fini chiarificatori occorre fare un passo indietro ed analizzare le vicende fattuali sottese alla controversia di recente decisa dalla Corte di Appello di Firenze con decreto n. 1014/2015.

Una coppia omosessuale italiana che nel 2012 aveva contratto matrimonio negli Stati Uniti si trovava di fronte al rifiuto opposto dal Sindaco del proprio comune di residenza alla richiesta di trascrivere nei registri civili l'atto matrimoniale. L'Ufficiale riteneva, tra l'altro, che la trascrizione non fosse possibile in quanto la normativa italiana non consente che persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio (sul punto è utile ricordare che l'art. 7, "Rifiuti di atti", del d.P.R. n. 396/2000, dispone: «Nel caso in cui l'ufficiale dello stato civile rifiuti l'adempimento di un atto da chiunque richiesto, deve indicare per iscritto al richiedente i motivi del rifiuto»).

Stante il detto rifiuto, la coppia adiva il Giudice competente, che ordinava al Sindaco la trascrizione del matrimonio *de quo*.

Successivamente, nel giudizio di secondo grado, veniva dichiarata la nullità del provvedimento del Tribunale di Grosseto per difetto d'integrazione del contraddittorio nei confronti del Sindaco, quale Ufficiale di Governo. Gli originari ricorrenti, dunque, riassumevano il giudizio davanti al Tribunale reiterando la richiesta di trascrizione dell'atto matrimoniale.

Nel merito, il Giudice adito fondava la propria decisione di accoglimento su alcuni punti che vale la pena riportare:

- nell'ordinamento interno, quale integrato dall'ordinamento internazionale, non vi sarebbe divieto, né espresso né implicito, di nozze tra persone dello stesso sesso;
- la diversità di sesso dei nubendi non sarebbe condizione per l'esistenza del matrimonio;
- la nozione di "ordine pubblico" andrebbe qualificata avendo riferimento all'appartenenza del nostro Paese ad un contesto più vasto, ovvero l'ambito costituito dalle convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia;
- la Corte Costituzionale avrebbe riconosciuto le unioni tra persone dello stesso sesso come oggetto della tutela che l'art. 2 della Carta costituzionale accorda alle formazioni sociali;
- la Corte di cassazione avrebbe affermato che le unioni tra il medesimo sesso non possono ritenersi come "inesistenti";
- l'art. 9 della Carta Fondamentale dei Diritti dell'Unione Europea e gli artt. 8 e 12 della CEDU (Convenzione europea dei diritti dell'uomo) rimanderebbero alle singole legislazioni nazionali la possibilità di disciplinare modi diversi dal matrimonio per la costituzione della famiglia.

Da tali assunti il Tribunale faceva discendere l'obbligo per l'Italia – ovvero per il legislatore italiano – riconoscere alle unioni omosessuali una tutela adeguata ed equivalente a quella riconosciuta alle coppie eterosessuali. Tuttavia, ad avviso del Giudice di prime cure, l'auspicato riconoscimento non sarebbe dovuto necessariamente avvenire attraverso il matrimonio.

Se, dunque, il compito d'intervenire in materia per assicurare le ridette tutele spettava al legislatore, al Tribunale competeva la valutazione della legittimità del rifiuto stesso all'interno del quadro normativo esistente. Pertanto, l'Autorità giudicante ordinava al Sindaco riluttante di trascrivere l'atto matrimoniale ricordando che:

- quel rifiuto non poteva dirsi fondato sulla contrarietà del matrimonio all'ordine pubblico;
- a fronte del silenzio legislativo, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme sul matrimonio conduceva a ritenere che la richiesta tutela andasse accordata, non intravedendosi contrasti con le norme della Convenzione EDU e dovendosi, viceversa, accordare tutela ad un atto validamente celebrato all'estero, negandosi altrimenti il riconoscimento ad uno *status* validamente acquisito dalla coppia ricorrente.

Avverso la sentenza del Tribunale di Grosseto proponeva reclamo il Procuratore della Repubblica davanti alla Corte d'appello di Firenze, deducendo che quella stessa decisione della Corte di legittimità pure richiamata dal Tribunale (la sentenza n. 4184/2012 che aveva riconosciuto che le unioni tra persone dello stesso sesso contratte all'estero non potevano qualificarsi come "inesistenti") aveva altresì affermato la non trascrivibilità delle stesse. Ciò non per contrarietà delle suddette unioni all'ordine pubblico ma per inidoneità delle stesse a produrre effetti nel nostro ordinamento quali atti di matrimonio.

Il P.M. reclamante ricordava che il riconoscimento e la garanzia delle unioni omosessuali competono esclusivamente al Parlamento, come del resto previsto dall'art. 12 della CEDU e dall'art. 9 della Carta di Nizza. Sul punto, il Procuratore richiamava la decisione della Consulta n. 170/2014 laddove afferma che la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente all'art. 29 (che stabilisce che i coniugi debbano essere di sesso diverso) è la stessa definita dal codice civile, e ribadisce la discrezionalità del legislatore nazionale ad accordare eventuali forme di tutela per le coppie appartenenti allo stesso sesso.

Da ultimo, il reclamante deduceva che con sentenza n. 2400/2015 la Corte di cassazione è nuovamente intervenuta in materia, constatando che dalla suddetta pronuncia n. 138/2010 la situazione normativa e giurisprudenziale italiana è rimasta sostanzialmente immutata e affermando che:

- nel nostro ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale;

- non sussiste, per lo Stato italiano, alcun obbligo costituzionale o convenzionale di estendere il vincolo coniugale alle unioni omosessuali;
- compete al legislatore ordinario compiere le scelte necessarie affinché le unioni tra persone dello stesso sesso possano ricevere il riconoscimento di diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di dette relazioni, non essendo ipotizzabile che un simile processo avvenga per creazione giurisprudenziale.

Anche il Ministero dell'Interno e la Prefettura proponevano reclamo innanzi alla Corte censurando, in particolare, il passaggio della decisione gravata che scindeva l'aspetto del diritto dalla trascrizione dell'atto. Invero, ad avviso delle Amministrazioni reclamanti, il diritto alla trascrizione non potrebbe esistere se disgiunto dal diritto al matrimonio, dal momento che ordinare la trascrizione equivale a riconoscere la validità dell'atto.

Contrariamente a quanto affermato dal Tribunale, le Amministrazioni reclamanti deducevano che:

- la necessità che i nubendi siano di sesso diverso tra loro è prevista da numerose disposizioni positive, laddove si prescrive che l'atto sia celebrato da un marito e una moglie;
- il riconoscimento delle unioni omosessuali come formazioni sociali, da tutelare *ex* art. 2 Cost., non implica che la forma obbligata per accordare la suddetta tutela sia quella del matrimonio;
- il legislatore, non avendo adottato norme in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha dimostrato di non voler riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio: ciò, tuttavia, non equivale ad una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale ma esplicita la scelta normativa di diversificare l'istituto del matrimonio da altre situazioni.

La coppia resistente si costituiva deducendo, in particolare, che la questione della contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio tra persone del medesimo sesso era già stata esclusa dalla Suprema Corte con la sentenza n. 4184/12, dovendosi intendere per "ordine pubblico" quello internazionale, dipendente dall'applicazione dei principi comunitari a nazioni di civiltà affine. Ricordava, sempre a proposito dello stesso tema, le norme di cui agli artt. 12, 14 ed 8 CEDU, come interpretate dal Trattato di Lisbona che all'art. 6 prevede che l'Unione riconosce i diritti e le libertà fondamentali sanciti nella Carta di Strasburgo. Contestava, poi, la circostanza del divieto di matrimonio tra persone del medesimo sesso asseritamente vigente nell'ordinamento italiano, ritenendo che allorché la Consulta (con sentenza n.138/2010) aveva voluto affermare che il matrimonio postula la diversità di sesso dei nubendi, aveva dovuto fare ricorso ad un'interpretazione sistematica. Deduceva, ancora, che la trascrizione dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso aveva efficacia dichiarativa e non costitutiva, avendo la trascrizione una mera funzione ricognitiva della regolarità dell'atto formatosi *aliunde*. Infine, concludeva per l'ammissibilità nel vigente ordinamento dell'ipotesi di matrimonio tra persone del medesimo sesso, come espressione dei diritti tutelati dall'art. 2 Cost. che non possono trovare ostacolo nell'orientamento sessuale.

Esposte sommariamente le vicende fattuali sottese al decreto in esame, è ora possibile ricostruire l'*iter* logico posto in essere dalla Corte d'appello di Firenze per addivenire al provvedimento *de quo*.

Partendo dalla premessa per cui la trascrizione nei registri dello stato civile appare dotata di efficacia dichiarativa e non costitutiva, il Collegio ha precisato che «...) soltanto per effetto della trascrizione l'atto formato all'estero riceve riconoscimento nel territorio dello Stato italiano e può dunque ottenere che da esso derivino le conseguenze (tra cui la tutela dei diritti che eventualmente ne discendano) corrispondentemente previste dall'ordinamento interno. Trascrivere l'atto di matrimonio contratto all'estero da persone del medesimo sesso equivale dunque (...) a riconoscere a quello status effetti all'interno del nostro ordinamento».

Tanto premesso, con riguardo alle cause di intrascrivibilità degli atti matrimoniali in questione la Corte d'appello ha richiamato le sentenze:

- n. 4184/2012 della Cassazione, dove si può leggere che «(...) l'intrascrivibilità del matrimonio fra omosessuali contratto all'estero non dipende dalla sua contrarietà all'ordine pubblico e nemmeno più dalla sua inesistenza, ma, a seguito delle sentenze n. 138 del 2010 della Corte costituzionale e 24 giugno 2010 della Corte europea dei diritti dell'uomo, dipende dalla sua inidoneità a produrre qualsiasi effetto nell'ordinamento italiano»;
- n. 2400/2015, laddove si afferma che: «Nel nostro sistema giuridico di diritto positivo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è inidoneo a produrre effetti perché non previsto tra le ipotesi legislative di unione coniugale» (Cass. civ., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400).

Alla luce di tanto il Collegio giudicante si è soffermato sull'errore posto in essere dal Giudice di prime cure, che seppur "(...) consapevole del fatto che il giudizio sulla trascrivibilità dell'atto equivalga al giudizio di legittimità del medesimo (...)", aveva poi condotto erroneamente l'analisi della questione della trascrivibilità "(...) non già movendo dal dato costituito dal ricordato e consolidato indirizzo della Cassazione, ma affermando di voler fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme esistenti sul matrimonio a fronte di una situazione che si definiva come vuoto legislativo" e ritenendo che "quel silenzio legislativo non [potesse] tradursi in discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale", laddove – ad avviso della Corte d'appello – "la questione risiede altrove".

Pertanto, con le parole della Corte Costituzionale, il Collegio ha ricordato che "(...) come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede

di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale" (sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010).

Ancora, nel decreto in esame si può leggere un passaggio della sentenza della Consulta richiamata che vale la pena riportare: «Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa (...) invece gli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Per il principio di specialità, dunque, sono queste ultime le norme cui occorre fare riferimento nel caso in esame». Nello specifico, «l'art. 9 della Carta (come l'art. 12 della CEDU) nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Si deve aggiungere che le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del *praesidium* che l'aveva redatta (e che, pur non avendo *status* di legge rappresentano un indubbio sussidio interpretativo), con riferimento al detto art. 9 chiariscono (tra l'altro) che "L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra perone dello stesso sesso". Pertanto, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna. Ancora una volta, con il rinvio alla leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento».

Alla luce di tanto, non ravvisando ragioni per discostarsi dal consolidato indirizzo espresso dalla Corte di legittimità (conforme alla giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU), il Collegio giudicante ha accolto il reclamo e dichiarato l'intrascrivibilità dell'atto matrimoniale contratto all'estero, ribadendo ancora una volta che la scelta delle forme di tutela da accordare alle unioni omosessuali è rimessa ai singoli legislatori nazionali.

Sulla base delle considerazioni finora svolte e del quadro normativo in materia, la sentenza della Corte di Appello di Firenze appare condivisibile.

Prima facie, a favore dell'annotazione dell'atto matrimoniale nei registri dello stato civile e della conseguente modificazione dello stato civile della persona da celibe o nubile a coniugato, gioca la circostanza per cui l'acquisto dello *status* coniugale prodottosi all'estero non è solo espressione dell'esercizio di un diritto fondamentale della persona, concorrendo altresì alla definizione dell'identità personale dei soggetti coinvolti.

In quest'ottica risulta davvero spiacevole immaginare che due cittadini italiani dello stesso sesso considerati coniugi nei Paesi in cui è possibile contrarre validamente matrimonio tra omosessuali, siano invece considerati nubili o celibi in Italia.

Tuttavia, a ben guardare, prima ancora di dare spazio a simili considerazioni di ordine morale non può essere certamente trascurata la scelta posta in essere dal legislatore italiano di voler diversificare l'istituto del matrimonio da altre situazioni, come quella in esame.

Infatti, com'è stato più volte ribadito dall'autorevole giurisprudenza sul punto, spetta al legislatore ordinario compiere le scelte necessarie affinché le unioni tra persone dello stesso sesso possano ricevere il riconoscimento dei diritti e doveri coerente con il rango costituzionale di dette relazioni.

Pertanto, non avendo adottato norme in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso, il legislatore italiano ha dimostrato di non voler riconoscere alle coppie omosessuali il diritto al matrimonio, pur riconoscendo tali relazioni sotto altre forme.

Ne deriva la legittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale del Governo alla richiesta di trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto matrimoniale contratto all'estero da parte di coppie omosessuali, in quanto la normativa italiana non consente che persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio.

Un simile atteggiamento, dunque, non dev'essere letto come una violazione dell'art. 3 della Carta costituzionale che vieta discriminazioni basate sull'orientamento sessuale – discriminazioni che s'intende certamente scongiurare – ma va esaminato, piuttosto, nel solco del rispetto di una scelta normativa posta in essere dal legislatore italiano nell'esplicazione di un potere discrezionale.

Non va, infine, sottaciuto il recente impegno che l'Italia sembra aver assunto con le Nazioni Unite a riconoscere non solo le unioni, ma anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso (tale documento dovrebbe essere presentato alla ventottesima sessione del Consiglio dei diritti umani).

Nello scorso ottobre lo stesso Consiglio dei diritti umani dell'Onu aveva rivolto al nostro Paese una serie di raccomandazioni tra cui le richieste sollecitate da Olanda, Regno Unito e Irlanda del Nord di «assicurare eguali diritti alle persone lesbiche, omosessuali, bisessuali e transgender (lgbt) riconoscendo legalmente il matrimonio e la *civil partnership* (partenariato civile) tra persone dello stesso sesso».

I tempi sembrano maturi, pertanto, affinché il nostro Paese muova dei passi concreti su questi temi di assoluta rilevanza.

Giacomo Romano
Specializzato in Professioni Legali

Diritto processuale penale

Ai fini della rinnovazione della misura coercitiva inefficace occorrono «eccezionali esigenze cautelari»? La presunta incostituzionalità dell'art. 309, comma 10, c.p.p.

La questione in esame trae spunto da una recente ordinanza depositata in data 28 maggio 2015 con la quale il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Nola ha sollevato una questione di legittimità costituzionale del riformato art. 309 c.p.p. recante la disciplina del procedimento di riesame.

Il comma 10 della suddetta disposizione è, infatti, stato sottoposto al vaglio della Consulta nella parte in cui esso, come modificato dall'art. 10 comma 11 della l. n. 47/2015, ora sancisce che «se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata».

Di seguito, la ricostruzione sintetica dei fatti di causa. Nell'ambito di un procedimento avviato per ipotesi delittuose riconducibili alle fattispecie di cui agli artt. 612-*bis* c. 1 e 609-*bis*, commi 1 e 3, c.p., il Giudice per le indagini preliminari, a seguito di richiesta del Pubblico Ministero, aveva emesso, nei confronti dell'indagato, un'ordinanza applicativa della misura cautelare personale coercitiva del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa prevista dall'art. 282-*ter* c.p.p. Tale ordinanza, tuttavia, era stata dichiarata inefficace *ex* art. 309, comma 10, c.p.p. dal Tribunale del riesame di Napoli a seguito dell'omesso avviso all'interessato dell'udienza, conseguente al mancato perfezionamento del procedimento di notificazione. Il Pubblico Ministero aveva successivamente richiesto, nell'ambito di quel procedimento, nuovamente l'applicazione della medesima misura cautelare nei confronti dello stesso soggetto. Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Nola si è trovato così ad applicare, a pochi giorni dall'entrata in vigore della riforma, il "nuovo" art. 309, comma 10, c.p.p. In sede di siffatta valutazione, il medesimo giudice ha ritenuto sussistenti gli estremi per sollevare questione di legittimità costituzionale di tale norma.

Ai fini dell'inquadramento della presente questione si evidenzia, infatti, che sinora era consolidato in giurisprudenza il principio per il quale l'inefficacia dell'ordinanza che dispone la misura cautelare, determinata dall' inosservanza dei termini stabiliti dall'art. 309 per la fase del riesame, non costituisce preclusione alla reiterazione del provvedimento coercitivo (Cass., sez. un., 01.07.1992, n.11).

Infatti la giurisprudenza della Corte di cassazione ha posto in evidenza come, in caso di decadenza della misura per superamento dei termini di cui all'art. 309, comma 10, c.p.p. la reiterazione della stessa, ancorché adottata prima ancora che sia stato posto in esecuzione il provvedimento di liberazione conseguente alla perdita di efficacia della precedente ordinanza, deve ritenersi legittima, poiché la regola della preclusione processuale, in forza del principio del *ne bis in idem*, opera solo quando il provvedimento sia stato annullato in conseguenza di un riesame nel merito e non quando la inefficacia della misura è conseguenza di vizi puramente formali, salva l'ipotesi di cui all'art. 302 c.p.p., comma 1, che prevede la possibilità di disporre una nuova misura "previo interrogatorio", da intendersi effettuato in stato di libertà (Cass., sez. un., 01.07.1992 n. 11, (dep. 10.09.1992); n. 340 del 1994, n. 1907 del 2000; n. 35931 del 15.07.2010, e successive conformi).

La dottrina, d'altra parte, ha evidenziato nella soluzione giurisprudenziale alcune criticità. Sarebbero, infatti, evidenti le deleterie conseguenze di tale affermazione, che porrebbe nel nulla le garanzie difensive, alla cui tutela è diretta la previsione di cui all'art. 309, comma 9 e 10. Ritenere che la mancata pronuncia sulla richiesta di riesame nel termine indicato determini semplicemente la caducazione della misura cautelare disposta, senza alcuna limitazione alla possibilità di rinnovare la stessa, anche in assenza di nuovi fatti ed elementi, ma solo, appunto, in conseguenza dell'inadempimento del Tribunale della libertà, aprirebbe la strada all'affermazione di prassi disinvolte, in cui la previsione di un termine per la decisione del riesame viene considerato una mera formalità burocratica, e non una essenziale modalità di tutela dell'indagato.

La novella opera una drastica riduzione della possibilità, finora indiscussa, di emettere un nuovo titolo cautelare: nella nuova formulazione, il decimo com-

ma dell'art. 309 prevede infatti che, in caso di perdita di efficacia per il mancato rispetto di uno dei termini predetti, «l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata».

Con il divieto di rinnovazione della misura salvo esigenze eccezionali, il legislatore ha evidentemente inteso sanzionare il difettoso funzionamento della "macchina giudiziaria" manifestatosi nella violazione di uno dei tre termini fissati dall'art. 309. È del resto estremamente significativo, al riguardo, il fatto che, nel corso dell'iter parlamentare che ha condotto all'approvazione della legge in commento, era stato previsto in Senato – con un'ipotesi di modifica dell'art. 2 d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 – un nuovo illecito disciplinare riguardante i magistrati proprio per le ipotesi di violazione dei termini relativi al procedimento di riesame, anche in sede di rinvio: illecito per il quale era stata stabilita una sanzione non inferiore alla censura. Tale disposizione è stata peraltro soppressa in sede di seconda lettura alla Camera dei Deputati: è rimasta invece immutata (cfr. art. 15 della legge in esame) quella concernente la presentazione, da parte del Governo, di una relazione annuale alle Camere «contenente dati, rilevazioni e statistiche relativi all'applicazione, nell'anno precedente, delle misure cautelari personali, distinte per tipologie, con l'indicazione dell'esito dei relativi procedimenti, ove conclusi».

Appare peraltro necessario porre in evidenza, a proposito del divieto di rinnovazione, che la "risposta sanzionatoria" prevista dalla legge n. 47 per il mancato rispetto di uno dei termini *ex* art. 309 – vicenda che in concreto può essere dovuta anche solo ad un banale disguido nella formazione del fascicolo da trasmettere ai sensi del quinto comma, ovvero ad un difetto di notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale, tale da impedire (per il brevissimo arco temporale a disposizione per eventuali rinnovi) la celebrazione rituale dell'udienza stessa, con il rispetto cioè dei tre giorni "liberi" di cui all'ottavo comma dell'art. 309 – rischia di risolversi in una sorta di improprio "salvacondotto" per il ricorrente, la cui posizione nel procedimento sembrerebbe addirittura non più aggredibile, *rebus sic stantibus*, con limitazioni di sorta della libertà personale, fatta salva la sola ipotesi della eccezionalità delle esigenze cautelari: e ciò nonostante che il p.m. richiedente, ed il giudice emittente il titolo cautelare, abbiano concordemente ritenuto la sussistenza delle esigenze medesime, con connotazioni non solo di "concretezza", ma anche di "attualità".

Come noto, la categoria delle "eccezionali esigenze cautelari" è prevista dal vigente codice di rito per legittimare l'adozione della misura cautelare della "custodia in carcere" in situazioni, del tutto particolari, ricollegabili a condizioni soggettive dell'indagato, ritenute ostacolo all'applicazione dell'estrema misura privativa della libertà personale.

Ebbene, nell'ordinanza di rimessione il G.i.p. nolano afferma che «ai sensi del citato art. 309, comma 10, c.p.p., viceversa, le "eccezionali esigenze cautelari" vengono in rilievo non già quale condizione per reiterare la sola misura cautelare della custodia in carcere (…) bensì per legittimare la rinnovazione di qualsiasi misura cautelare coercitiva, con l'evidente corollario di determinare, senza ragionevolezza, una sostanziale area di immunità (cautelare) in favore di soggetti (destinatari di misure diverse da quella della custodia in carcere) nei cui confronti la procedura del riesame non si sia potuta completare entro il termine previsto».

Ciò comporta che il requisito ulteriore introdotto dalla citata novella finisce per neutralizzare – o comunque per restringere eccessivamente – la possibilità di dare luogo a reiterazioni di titoli cautelari nei confronti di persone già destinatarie di ordinanze applicative di misure cautelari diverse e meno afflittive rispetto a quella della custodia in carcere, poi caducate, senza che ciò trovi giustificazione nel quadro di un ragionevole bilanciamento delle esigenze di tutela sociale con quelle di garanzie individuali, sacrificando di fatto le prime alle seconde in modo del tutto illogico.

In altri termini, il diritto dell'indagato al controllo giurisdizionale in tempi certi (e rapidi) sulla legittimità della misura cautelare (diritto rinveniente il suo fondamento anche in fonti sovranazionali: cfr. Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, art. 5 par. 4, per cui ogni persona privata della libertà personale ha il diritto di esigere che il tribunale adito "decida in breve tempo sulla legittimità della sua detenzione") è già garantito pienamente, a parere del giudice, dalla sanzione di inefficacia conseguente alla mancata assunzione della decisione nei tempi prescritti.

Pertanto, assoggettare ad un ulteriore più stringente parametro selettivo la possibilità di reiterare il medesimo titolo, a fronte di un compendio indiziario e cautelare che si presume del tutto immutato (e dunque suscettibile di soddisfare i parametri stabiliti dagli artt. 273 e ss. c.p.p.) appare il frutto di una scelta del tutto irragionevole e non rispettosa dell'equilibrio raggiunto nell'assetto del codice di rito tra la tutela della collettività, da un lato, e le esigenze di rispetto della libertà personale, dall'altro.

Le perplessità della presunta incompatibilità della disposizione oggetto di censura con l'art. 3 Cost. aumentano laddove si consideri l'ipotesi regolata dall'art. 302 c.p.p., in cui la perdita di efficacia della misura consegue all'omesso interrogatorio, da parte del giudice procedente, nei termini previsti dall'art. 294 c.p.p. (cinque giorni dall'inizio della custodia in carcere, dieci ove si tratti di misura diversa).

Trattasi, con ogni evidenza, di un'ipotesi di malfunzionamento del sistema giudiziario di rilievo, anche sistematico, certamente non inferiore al mancato rispetto dei termini ex art. 309: è tuttavia in questo

caso espressamente previsto, dal citato art. 302, che la misura possa essere nuovamente disposta (dopo la liberazione dell'imputato ed il suo previo interrogatorio a piede libero) quando "sussistono le condizioni indicate negli articoli 273, 273 e 275". In altri termini, una volta soddisfatte le condizioni procedimentali predette – alle quali va equiparata l'ipotesi in cui l'indagato non si presenti a rendere l'interrogatorio – l'emissione della nuova ordinanza è soggetta agli ordinari parametri in punto di gravità indiziaria, esigenze cautelari e scelta delle misure: risultando quindi del tutto estraneo, rispetto alla nuova valutazione giudiziale, il requisito della eccezionalità delle esigenze.

Così come pure nella procedura relativa al mandato di arresto europeo, con riferimento al caso di sopravvenuta inefficacia di ordinanza restrittiva della libertà personale a causa del mancato invio da parte dell'autorità richiedente degli atti previsti dall'art. 13 della legge 22 aprile 2005, n. 69, ovvero in caso di misura cautelare disposta da giudice incompetente e rinnovata ad opera di quello competente a norma dell'art. 27 c.p.p., tutti casi in cui la caducazione della misura non comporta alcun irrigidimento delle condizioni richieste per la reiterazione del titolo, a fronte di una situazione sottostante che evidentemente si presume invariata e tale da non richiedere la ricorrenza di presupposti cautelari di rango eccezionale, rimanendo affidato al prudente apprezzamento del Giudice il compito di valutare discrezionalmente la necessità di reiterare il titolo cautelare, ovvero di non reiterarlo a fronte di nuovi elementi che facciano ritenere elise le esigenze cautelari a suo tempo enucleate.

Le conseguenze irragionevolmente disparitarie della modifica legislativa sono inoltre accentuate nelle ipotesi in cui il procedimento riguardi due o più coindagati, laddove la perdita di efficacia del titolo cautelare nei confronti di taluno di essi, potrebbe comportare esiti cautelari differenziati a parità di presupposti sottostanti. A parità di esigenze, l'assenza di esigenze "eccezionali" garantirebbe l'immunità cautelare ai coindagati nei cui confronti il titolo abbia perso efficacia, con manifesta violazione del principio di eguaglianza dettato dall'art. 3 della Costituzione.

Alle ipotesi contemplate dal giudice nolano si aggiunga anche il confronto con la disciplina dettata dal secondo comma dall'art. 307 c.p.p. in tema di ripristino della custodia cautelare nonostante la già avvenuta perdita di efficacia (e conseguente scarcerazione) per decorrenza dei termini.

È noto infatti che, sussistendo i particolari presupposti indicati nelle lett. a) e b) del citato secondo comma, la custodia cautelare può essere ripristinata – in deroga alla regola generale fissata dal primo comma dell'art. 307 – anche nei confronti della persona che si è vista restituire la libertà per aver trascorso in stato detentivo il periodo massimo (quantificabile anche in anni) stabilito dall'ordinamento.

Ebbene, anche in questa particolare eventualità – che certamente non segnala, nella vicenda concreta, il perfetto funzionamento del sistema processuale – il ripristino della custodia cautelare non è affatto condizionato alla sussistenza di esigenze cautelari eccezionali, ma solo al fatto che "ricorra", in un caso, "taluna delle esigenze cautelari previste dall'art. 274" (cfr. lett. a dell'art. 307, relativa al ripristino per la trasgressione dolosa alle prescrizioni della misura non detentiva applicata dopo la scarcerazione); ovvero, nell'altro caso, "l'esigenza cautelare prevista dall'articolo 274 comma 1 lett. b" (cfr. lett. b dell'art. 307, relativa al ripristino dopo l'emissione della sentenza di condanna, in primo o secondo grado, in presenza appunto di un "ordinario" pericolo di fuga).

Ben diverso è il peso attribuito dal giudice al presunto profilo di contrasto dell'art. 309, comma 10, c.p.p. con gli artt. 101, comma 2, e 104, comma 1, Cost. i quali, rispettivamente, sanciscono il principio di soggezione dei giudici soltanto alla legge e quello di indipendenza della magistratura.

Secondo l'argomentazione del G.i.p., per effetto della disposizione censurata, «il Giudice sarebbe soggetto non solo alla legge, ma anche, come nel caso di specie, alla tempestività e regolarità del sub-procedimento di notificazione dell'avviso all'indagato, di fatto consegnando a soggetti estranei alla giurisdizione il potere di condizionare il fruttuoso esercizio del potere cautelare».

In questo modo la configurazione ed il rinnovato esercizio del potere cautelare dipenderebbero «da circostanze, del tutto casuali e fuori dal controllo diretto dell'Autorità Giudiziaria», allorché per motivi formali il procedimento di verifica sollecitato dall'indagato innanzi al Tribunale del riesame non si sia potuto svolgere secondo la tempistica stabilita dalla legge.

Neanche è stato ritenuto possibile fornire della norma in questione (la quale accomunando tutte le misure cautelari coercitive subordina la reiterazione di qualsiasi di esse alle motivate eccezionali esigenze) un'interpretazione correttiva che ne preservi la compatibilità costituzionale.

Occorre infatti evidenziare che una lettura costituzionalmente orientata che limiti l'operatività della disposizione alla misura della custodia in carcere escludendo le altre tipologie di misure si risolverebbe in un'interpretazione *contra legem*, dal momento che la norma citata fa riferimento all'ordinanza che dispone la misura coercitiva senza alcuna distinzione nell'ambito del relativo *genus*. Peraltro che non sia possibile interpretare riduttivamente la norma è provato dal fatto che la sanzione dell'inefficacia conseguente all'inutile decorso dei termini va certamente a colpire ogni misura coercitiva sicché non è sostenibile che il soggetto della medesima proposizione (l'ordinanza che dispone la misura coercitiva) cambi significato a seconda degli effetti delineati dalla norma (inefficacia, rinnovazione).

Sarà ovviamente la Consulta a delineare l'effettivo impatto della riforma sul sistema delle misure cautelari, nel quale la natura "eccezionale" delle esigenze ha finora svolto la ben diversa, fondamentale funzione di individuare un plausibile equilibrio (cfr. art. 275, commi 4 e 4-*ter*, c.p.p.; art. 89 T.U. Stup.) tra la necessità di ricorrere alla misura più severa e quella di tenere in adeguato conto le particolari condizioni personali del soggetto cui la misura stessa deve essere applicata.

Sarà invece l'elaborazione interpretativa, in sede dottrinale e giurisprudenziale, a precisare la consistenza degli oneri di "specifica" motivazione in ordine alla sussistenza di esigenze eccezionali, specie nelle ipotesi in cui tale requisito non era stato evidenziato "in prima battuta" (ovvero nel provvedimento divenuto inefficace per il mancato rispetto dei termini).

Fermi i dubbi di irragionevolezza della norma in esame, non può sottrarsi, tuttavia, dal proporre una posizione "intermedia": il p.m. potrebbe, infatti, richiedere l'emissione di un nuovo titolo cautelare sulla base di nuovi elementi.

La questione, infatti, investe direttamente la natura, la portata ed i limiti del "giudicato cautelare".

In proposito occorre innanzi tutto evidenziare che il "giudicato cautelare" costituisce una figura concettuale, normativamente non prevista dalla legge, la cui *ratio* è quella di porre un argine alla reiterazione di attività tendenti a successive pronunce, sostanzialmente ripetitive di se stesse e riproducenti le medesime argomentazioni di fatto e di diritto. Tale figura, costruita dalla giurisprudenza sulla falsariga del giudicato penale previsto dall'art. 649 c.p.p., costituisce una applicazione della regola del *ne bis in idem* che presenta carattere generale essendo connaturata alla stessa *ratio* dell'ordinamento processuale e, pertanto, con i dovuti adattamenti, è applicabile alle procedure di cognizione e di esecuzione nonché ai procedimenti incidentali in tema di misure cautelari, siano esse reali o personali.

Argomentando da tali rilievi la giurisprudenza della Corte di cassazione ha enucleato, con riferimento alle ordinanze in tema di misure cautelari, il principio – che in realtà altro non è se non una applicazione della predetta regola generale del *ne bis in idem* – secondo cui le ordinanze inoppugnabili e quelle impugnabili, qualora non siano state impugnate o siano esauriti i diversi gradi di impugnazione, acquistano o caratteristica dell'irrevocabilità la quale, se pur non pienamente parificata all'autorità di cosa giudicata, parimenti porta con sé il limite negativo della preclusione, nel senso di non consentire il *bis in idem*, salvo che siano cambiate le condizioni in base alle quali fu emessa la precedente decisione.

Tale principio si risolve in una sorta di preclusione processuale in forza della quale viene ad essere impedita la reiterazione di istanze e provvedimenti aventi il medesimo oggetto di precedenti istanze e provvedimenti, allorché non si sia verificato alcun mutamento di fatto o non sia sopravvenuta alcuna nuova questione di diritto; di talché il provvedimento cautelare viene ad acquisire un adeguato livello di stabilità, assimilabile a quello proprio delle sentenze irrevocabili, ma avente portata senz'altro più modesta rispetto alla stabilità determinata dalla cosa giudicata, atteso che il giudizio sulla esistenza dei presupposti per l'applicabilità di una misura cautelare deve essere sottoposto ad un costante ed aggiornato adeguamento, in considerazione della necessaria costante verifica durante l'intero procedimento in ordine alla sussistenza ed alla persistenza dei presupposti che consentono la applicazione della chiesta misura. Tale verifica rende possibile anche una valutazione "ex ante" avente ad oggetto i presupposti originari e coevi all'emissione del provvedimento impositivo, qualora siano stati dedotti dei fatti sopravvenuti o siano evidenziati dei fatti preesistenti non dedotti a sostegno delle precedenti impugnazioni, ovvero sia dedotta una nuova situazione di diritto.

In conclusione, la ulteriore questione concernente poi la possibilità per il p.m. di richiedere l'emissione di un nuovo titolo cautelare sulla base di ulteriori elementi, sopravvenuti o comunque non sottoposti all'attenzione del giudice nella prima occasione deve avere risposta senz'altro positivamente, sulla scorta dei principi ripetutamente affermati, in proposito, dalla Corte di cassazione.

Rosanna Massaro
Dottoressa in Giurisprudenza

Diritto amministrativo

La SCIA alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali: come si tutela il terzo, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata, che si ritiene leso da un'attività intrapresa sulla base della SCIA? Quali sono i limiti, normativi e di fatto, entro i quali può intervenire la pubblica amministrazione competente?

L'intero sistema del diritto amministrativo si fonda sulla necessità di perseguire l'interesse collettivo attraverso linee programmatiche e di azione che siano il più possibile ottimali.

Al fine di soddisfare tale requisito, il legislatore, specie negli ultimi anni, ha cercato di favorire la semplificazione amministrativa, mettendo a punto un sistema di regolamentazione più efficace e dunque economico ed efficiente. All'interno di questa logica, improntata a garantire il principio di semplicità in tutte le sue forme, si pone, tra gli alti, l'istituto della SCIA, che ne rappresenta probabilmente la massima espressione.

La riforma del 2010 ha completamente liberalizzato le attività cui fa riferimento l'art. 19 della legge n. 241/1990, prevedendo che le stesse possano essere avviate subito per il solo fatto dell'avvenuta segnalazione, non essendo più necessario il vaglio preventivo della pubblica amministrazione. Quella che prima rappresentava un'eccezione rispetto all'ordinario, diviene ora la regola: in una prospettiva di velocizzazione e snellimento, il privato può iniziare qualsiasi attività soggetta a SCIA sin dalla sua presentazione; spetterà poi all'Amministrazione adottare, eventualmente, i provvedimenti di divieto della prosecuzione dell'attività e di rimozione degli effetti dannosi della stessa.

Sul punto, si è pronunciato di recente il Tar Campania con la sentenza n. 1410/2015.

Nel caso di specie, una s.r.l. proponeva ricorso al Comune di Napoli avverso e per l'annullamento della determinazione con cui quest'ultimo disponeva nei suoi confronti la cessazione immediata dell'attività di autorimessa ad uso pubblico. La ricorrente, in particolare, aveva stipulato un contratto di locazione commerciale con la società proprietaria dell'unità immobiliare e presentato una SCIA per l'esercizio dell'attività di autorimessa da svolgersi all'interno dello stesso immobile. Di fronte all'opposizione manifestata dal condominio all'utilizzo dei locali, la società ricorrente ribadiva il proprio diritto di intraprendere l'attività sulla base della SCIA, sostenendo, pertanto, l'illegittimità della determinazione di subordinare la stessa all'assenso del condominio.

Il Collegio, tuttavia, respingeva il ricorso considerandolo infondato nel merito e sostenendo che, innanzitutto, il decorso del termine di 60 giorni non sottrae all'Amministrazione il potere di inibire l'attività laddove si presentino situazioni inconciliabili con il suo esercizio, provenienti da un soggetto legittimato a reagire avverso l'iniziativa intrapresa che si pone come potenzialmente lesiva del proprio diritto.

Secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza (si veda in proposito Tar Lombardia, sentenza n. 2799/2014), infatti, il principio secondo cui una volta decorso il termine previsto dalla legge sarebbe precluso alla p.a. l'esercizio dei poteri inibitori e repressivi conoscerebbe almeno due eccezioni.

Innanzitutto, tali poteri possono essere sempre esercitati in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente.

In secondo luogo, alla luce delle recenti modifiche normative apportate all'art. 19 della legge n.241/1990, possiamo oggi affermare che l'intervento della p.a. risulta necessario ogni qual volta la carenza dei presupposti della SCIA sia denunciata da un terzo, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata.

Ciò è quanto succedeva nel caso di specie, in cui il Comune di Napoli, ravvisando la necessità che fosse esibita l'autorizzazione del condominio per il passaggio nel cortile, disponeva la cessazione dell'attività priva dell'assenso del proprietario del bene utilizzato.

Tale pronuncia, dunque, consente di affermare che non è più soggetta ad alcun termine di decadenza il diritto del terzo titolare di un interesse qualificato che si ritenga leso da un'attività avviata a seguito di SCIA, potendo egli sempre sollecitare, senza limiti di tempo, l'esercizio dei poteri inibitori di controllo della p.a., funzionali anche all'interesse pubblicistico a che ogni nuova attività sia intrapresa nel rispetto della normativa vigente.

Tale orientamento è stato da ultimo ribadito anche

dal Tar Piemonte, nella sentenza n. 1114/2015, nella quale il Collegio aggiunge che il potere dell'Amministrazione di provvedere su una SCIA deve ritenersi consumato esclusivamente a seguito dell'adozione di un'esplicita determinazione, non conseguendo al solo decorso dei termini di cui all'art. 19 della legge n. 241/1990.

Si è così ribaltato l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 15/2011 (commentata da più autori, tra cui C. Lamberti, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla d.i.a.*, *in Urb. App.*, 2011, 10; E. Giardino, *La d.i.a. e la s.c.i.a. all'esame dell'Adunanza Plenaria*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 2; N. Longobardi, W. Giulietti, *S.c.i.a.: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n.15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in *www.giustamm.it*, n. 8, 2011) secondo cui esisteva un limite temporale al potere di controllo della p.a., conseguente al mancato esercizio del proprio potere inibitorio entro il termine previsto per la formazione del silenzio significativo a contenuto negativo. Di conseguenza, una volta decorso il termine e precluso alla p.a. ogni ulteriore e tardivo esercizio del potere inibitorio, al terzo leso non restava che un unico strumento di tutela, ovvero l'esercizio dell'ordinaria azione di annullamento del provvedimento lesivo con conseguente condanna dell'amministrazione ad esercitare i propri poteri repressivi.

L'attuale sistema, invece, essendo finalizzato a garantire la liberalizzazione e semplificazione dell'azione amministrativa, prevede che a seguito della presentazione di una SCIA non si formi alcun provvedimento amministrativo. Di conseguenza, il terzo titolare di una posizione giuridica qualificata non incontrerà alcuna limitazione temporale, potendo egli sollecitare in qualsiasi momento l'Amministrazione ad esercitare i propri poteri di verifica e ad adottare, se del caso, tutte le determinazioni coerenti con la rilevata illegittimità di una SCIA e con l'attività intrapresa sulla base di essa.

Per quanto premesso, dunque, sembrerebbero contrapporsi due opposte esigenze: da un lato la necessità di semplificazione dell'azione amministrativa, intesa nel senso di garantire un concreto alleggerimento del procedimento, anche e soprattutto snellendo la fase dei controlli primitivi, cosicché sia possibile concentrare le risorse dell'Amministrazione sui controlli successivi, attraverso un'efficace azione sanzionatoria e di vigilanza (cosi, tra gli altri, M. Calabrese, *Dia e Scia: senza limiti di tempo la tutela del terzo titolare di un interesse qualificato*, in *Enti Locali e PA*).

Dall'altro lato si pone, invece, la necessità che il privato si assuma la responsabilità al rispetto della legge, nella consapevolezza che l'inerzia della p.a. non assume alcun valore provvedimentale e non esclude, pertanto, l'esercizio dei suoi poteri inibitori.

Come sostenuto, infatti, dall'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, la SCIA non è un provvedimento autorizzatorio di tacito assenso, ma è un atto soggettivamente ed oggettivamente privato, che potremmo definire di "autoresponsabilità", considerato che esso viene concepito e redatto nella sfera giuridica dell'imprenditore, il quale si assume la piena responsabilità di dichiarare che l'attività che sta per intraprendere è normativamente corretta.

Proprio in virtù della sua natura privatistica, la SCIA non può costituire oggetto di impugnativa in sede giurisdizionale. La soluzione legislativa adottata in accordo con quanti hanno da sempre sostenuto la sua natura di atto privato prevede, infatti, che il terzo, prima di adire il Tar, debba sollecitare la p.a. a verificare la conformità della SCIA ai presupposti di fatto e di legge prescritti, potendo adire le vie legali soltanto nel caso in cui quest'ultima rimanga inerte a tale sollecitazione.

In proposito, il Tar Veneto con la sentenza n. 12/2013, precisava che "il soggetto, terzo ed eventualmente leso, non può impugnare un provvedimento che in realtà non è mai venuto materialmente in esistenza, essendo, com'è tuttora, obbligato a presentare un'apposita istanza finalizzata a sollecitare l'Amministrazione, affinché questa stessa svolga un'ulteriore fase procedimentale ed istruttoria". Viene così riconosciuta al terzo, che si reputa leso dalla presentazione della SCIA, una sola modalità di tutela, vale a dire la sollecitazione all'esercizio delle verifiche spettanti all'Amministrazione e, in caso di inerzia di quest'ultima, la proposizione dell'azione prevista dall'art.31 del d.lgs. n. 104/2010.

La soluzione legislativa qui brevemente delineata ci consente di asserire che la posizione del terzo non appare in alcun modo pregiudicata, né dal punto di vista sostanziale, né in termini di contrasto con i principi costituzionali. Non è pertanto ravvisabile una compromissione dei diritti di difesa, visto e considerato che al terzo è comunque consentito l'avvio del procedimento per sollecitare l'intervento della p.a., benché mediante il solo strumento del silenzio.

Se la disciplina legislativa non pone alcun problema applicativo, lo stesso non può dirsi con riferimento alla previsione per cui il terzo può in qualsiasi momento proporre il sollecito. Riconoscergli il diritto di intervenire anche molto tempo dopo che l'attività è iniziata rischia, infatti, di mettere in crisi la certezza dei rapporti sociali, perché è chiaro che il passare del tempo consolida le situazioni giuridiche ed ingenera nell'interessato la convinzione che il proprio comportamento sia conforme alla legge.

Sulla base di tali premesse, sorge, dunque, la necessità di garantire l'equilibrio perfetto tra due situazioni giuridiche diametralmente opposte, ma ugualmente meritevoli di tutela: quella del soggetto che effettua la segnalazione certificata di inizio attività (al quale la nuova disciplina intende assicurare una garanzia di af-

fidamento, per cui una volta decorsi i termini di legge dal momento della presentazione della SCIA, la posizione del dichiarante deve inevitabilmente consolidarsi); quella del terzo, titolare di un interesse qualificato e differenziato, che si ritiene leso per effetto dell'attività intrapresa sulla base della SCIA (al quale, di contro, la nuova disciplina riconosce il diritto di intervenire in qualsiasi tempo per sollecitare la pubblica amministrazione competente all'esercizio dei propri poteri di verifica).

Nell'attesa che il Consiglio di Stato si pronunci nuovamente sulla questione, stabilendo in via definitiva le linee interpretative guida della delicata vicenda su innanzi delineata, si rinvia, in proposito, alle motivazioni con cui il Tar Campania respingeva il ricorso nel merito, auspicando, pertanto, un orientamento dell'Adunanza Plenaria in tal senso.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

Le novità introdotte dalla l. 17 aprile 2015 n. 43 nella lotta al terrorismo: una soluzione conforme alla Carta Costituzionale? 222
di Clara Paglionico

La riforma delle false comunicazioni sociali: verso un depotenziamento della risposta penale? 226
di Paola Borrelli

La l. 47/15: un'oscillazione tra stimolo e contenimento della discrezionalità del giudice della cautela 238
di Paola Borrelli

Quanto ha inciso la recente riforma sulle impugnazioni proposte contro le ordinanze in materia di misure cautelari 259
di Valeria Bove

NASPI, la nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego tra le novità del d.lgs. n. 22/2015 268
di Gennaro Iacone

L'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 del d.lgd. 4 marzo 2015 n. 23 273
di Guglielmo Cinque

Clara Paglionico
Giudice del Tribunale di Napoli

Le novità introdotte dalla l. 17 aprile 2015 n. 43 nella lotta al terrorismo: una soluzione conforme alla Carta Costituzionale?

abstract

Law 43 of 17 April 2015 has put in place several measures in the struggle against terrorism, that has recently caused an increasing social alarm throughout the world.

With this reform the Italian legislator has attempted to fill the gaps due to the lack of a universal definition of terrorism, but has provoked in some cases a perhaps excessive anticipation of the judicial protection, that hardly agrees with the constitutional principles which rule criminal law. On the other hand, the enforcement of criminal law should be considered as a last resort, aiming for a policy of social and cultural emancipation, in order to value fundamental human rights.

keywords

Terrorism - constitutional principles - fundamental rights.

abstract

La l. 17 aprile 2015 n. 43 ha introdotto numerose misure nella lotta al fenomeno terroristico, che negli ultimi tempi ha generato in tutto il mondo un crescente allarme sociale.

Con la suddetta riforma il legislatore italiano ha cercato di colmare le lacune dovute alla mancanza di una definizione universale di terrorismo, provocando, però, in alcuni casi un'anticipazione della tutela forse eccessiva, che mal si concilia con i principi costituzionali governanti la materia penale.

*Sembra opportuno, piuttosto, relegare l'uso dello strumento penale ad un'*extrema ratio*, come suggerito dagli orientamenti di politica criminale, e puntare ad una politica di emancipazione sociale e culturale, che valorizzi i diritti fondamentali dell'uomo.*

parole chiave

Terrorismo - principi costituzionali - diritti fondamentali.

Il d.l. 18 febbraio 2015 n. 7, conv. con mod. in l. 17 aprile 2015 n. 43 rappresenta il punto d'approdo di quella che viene comunemente definita "politica legislativa d'emergenza": esso, infatti, è stato emanato al fine di fornire una risposta all'allarme sociale generato dal fenomeno terroristico, oramai sempre più dilagante.

Dopo l'attentato alla sede di *Charlie Hebdo* messo a segno lo scorso 7 gennaio, quello commesso a Tunisi al Museo Nazionale del Bardo il 18 marzo e in seguito al massacro degli studenti perpetrato in Kenya il 2 aprile, infatti, gli agguati si sono susseguiti senza sosta, disseminando tra le popolazioni di tutto il mondo sconcerto e terrore.

È recentissima, tra l'altro, la realizzazione di quattro attentati avvenuti a distanza di pochi minuti l'uno dall'altro il 26 giugno in luoghi molto distanti tra di loro: la Francia, la Tunisia, il Kuwait e la Somalia[1].

La progressiva espansione del terrorismo, unita alla mancanza di regole certe di uniforme applicazione dovuta alla titubanza manifestata dagli Stati sul punto, ha reso indispensabile l'intervento del legislatore italiano, che ha deciso di innovare l'ordinamento interno nella triplice prospettiva del diritto penale sostanziale, del Codice antimafia (d.lgs. 159/2011) e del diritto processuale penale.

Prima di analizzare la ricaduta della riforma nel sistema di diritto penale complessivamente considerato (*Strafrechtsystem*), è opportuno evidenziare che il quadro appare ulteriormente aggravato dalla mancanza, allo stato, di una definizione universale di terrorismo.

Essa, tuttavia, è quanto mai necessaria per garantire le incomprimibili esigenze di libertà, che sono connesse al principio di legalità (*sub specie* tassatività e determinatezza del reato).

Nel tentativo di porre un freno al fenomeno in parola i singoli ordinamenti dell'Unione Europea hanno predisposto una determinata disciplina di tipo sostanziale o processuale, applicandola ad una peculiare nozione di terrorismo.

Anche la comunità internazionale esercita talvolta il potere sanzionatorio nei confronti dello Stato ritenuto responsabile di un simile crimine.

Tralasciando i tentativi esperiti in vista dell'ottenimento di una definizione univoca di terrorismo, rilevante a livello internazionale, sono stati utilizzati alcuni strumenti convenzionali di respiro locale.

[1] Nel mirino della *Jihād* c'era anche la Gran Bretagna: i fondamentalisti islamici, infatti, intendevano uccidere il più elevato numero possibile di militari e civili durante la parata effettuata il 27 giugno in occasione della giornata delle forze armate. In questo caso, però, l'attentato è stato sventato dall'unità anti-terrorismo di *Scotland Yard*.

Le varie definizioni dei trattati di "area" sono però abbastanza convergenti, salve alcune differenze: ad esempio in quelli afro-arabi si escludono dalla nozione di terrorismo i movimenti di liberazione nazionale, sui quali, invece i trattati europei tacciono.

L'unica norma europea che ha previsto una definizione di terrorismo è la decisione quadro 2002/475/GAI, integrata dalla decisione quadro 2008/919/GAI, che non ha incluso nella fattispecie le forze armate in tempo di conflitto armato[2].

Essa, in particolare, fa riferimento alla "*condotta penalmente rilevante che si manifesta attraverso condotte suscettibili di arrecare grave danno a beni e persone, istituzioni pubbliche e valori della società nel suo complesso*".

Nello specificare le condotte rientranti in questa definizione, la decisione quadro n. 475 contiene interessanti annotazioni in tema di elemento soggettivo.

È previsto un dolo specifico. L'atto, infatti, deve tendere a *"intimidire gravemente la popolazione, o costringere indebitamente i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere qualsiasi atto, o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali economiche o sociali di un paese o un'organizzazione internazionale"*.

Questo elemento è utile ad individuare un *discrimen* tra il terrorismo e altri fenomeni che ad esso potrebbero essere accostati, quali la pirateria o la criminalità organizzata, la cui finalità eversiva, pur presente, non appare connotata politicamente.

È necessario rilevare, inoltre, che la nozione così delineata non si collega alla natura democratica o meno dello Stato cui si attenta, con conseguente impossibilità di distinguere tra illegalità o legalità dell'attività violenta, frutto, per esempio, di resistenza ad un'autorità costituitasi in violazione del principio di autodeterminazione dei popoli.

In siffatto contesto irrompe la l. 17 aprile 2015 n. 43. con il dichiarato intento di accrescere la punibilità di un fenomeno, le cui fattezze – come visto – non sono ancora del tutto delineate da un punto di vista normativo.

Il legislatore ha modificato ed integrato la disciplina previgente dei reati di associazione terroristica, nella quale la punibilità del fatto penalmente rilevante già era anticipata ad uno stadio antecedente rispetto a quello costituito dalla lesione di beni giuridici, ritenuti meritevoli di tutela; il legislatore del 2015, tuttavia, si è spinto oltre, fino a raggiungere la soglia dei remoti atti preparatori, con una scelta, che però non appare del tutto conforme ad un diritto penale del fatto, ispirato ai canoni della legalità e dell'offensività[3].

Per ciò che concerne il diritto penale sostanziale, sono molte le novità che in questa direzione meritano di essere segnalate.

Il legislatore, infatti, ha riformulato l'art. 270 quater c.p., introducendo un secondo comma nel quale attribuisce rilevanza penale non più solo alla condotta dell'arruolatore, ma anche a quella dell'arruolato, che è punita con la pena della reclusione da cinque a otto anni.

La disposizione normativa, tuttavia, non specifica il concetto dell'arruolamento, né il momento in cui il soggetto agente acquista la qualificazione giuridica di arruolato, nonostante indicazioni in questo senso provengano, nell'ambito del panorama sovranazionale, sia dall'art. 6 della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo (conclusa a Varsavia il 16 maggio 2005) sia dall'art. 1 della Decisione quadro del 2008 sopracitata, entrambe specificanti la nozione di "reclutamento".

L'art. 6 della Convenzione del Consiglio d'Europa, ad esempio, stabilisce che: «*recruitment for terrorism means to solicit another person to commit or participate in the commission of a terrorist offence, or to join an association or group, for the purpose of contributing to the commission of one or more terrorist offences by the association or the group*».

Posto questo difetto di tassatività e determinatezza della norma, va a questo punto rilevato che il carico sanzionatorio previsto (da cinque a otto anni) non appare conforme al principio di offensività (e conseguentemente al principio di proporzionalità), che – come noto – impone di comprimere la libertà personale dell'uomo solo se che questi abbia posto in essere una condotta realmente offensiva (nella forma della lesione o della messa in pericolo) di un bene giuridico tutelato dall'ordinamento.

Non si comprende come una condotta così genericamente definita possa provocare un'offesa tale da essere ritenuta meritevole di una simile limitazione della libertà personale.

Le medesime considerazioni valgono anche per il neo-introdotto art. 270-*quater.1*, per il quale viene

[2] Nel 1995 è iniziato il cd "Processo di Barcellona" che nel proprio decennale ha emanato un documento; l'*Euro – Mediterranean Code of Conduct on Countering Terrorism*, che ha visto coinvolti i paesi dell'Unione e quelli della sponda Sud del Mediterraneo, che hanno dichiarato la *total condemnation of terrorism in all its forms and manifestations, without qualification*. Tale processo, peraltro, oggi è in uno stato di totale *empasse* e si è tentata un'altra via: l'Unione per il Mediterraneo, su iniziativa di Sarkozy del 2007, che vede coinvolti 43 dei 44 paesi (esclusa la Libia) che si affacciano sul mediterraneo. Essa è diventata la sede privilegiata della politica internazionale dell'Unione Europea per il mar Mediterraneo. Si tratta di un processo ancora debole, ma che ha un obiettivo inderogabile: cercare di elaborare una strategia unitaria ed omogenea, sul piano interno e su quello internazionale nella lotta contro il terrorismo.

[3] Nella stessa linea di tendenza si colloca il d.l. 11 febbraio 2015 n. 57, che ha previsto un aumento di pena per l'appartenenza ad associazioni tese ad incitare la discriminazione razziale, quando queste danno vita a propaganda, pubblico incitamento e si fondano in tutto o in parte sulla negazione dei delitti di genocidio e dei crimini contro l'umanità, sancendo con ciò l'ingresso del negazionismo nell'ordinamento giuridico italiano.

punito anche chi "organizza, finanzia o propaganda viaggi in territorio estero finalizzati al compimento delle condotte con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-*sexies*".

Un sistema di diritto penale teleologicamente orientato[4], fondato sull'integrazione tra le categorie dommatiche di reato e i principi di politica criminale, che rappresentano motivo d'ispirazione dello stesso legislatore in sede di redazione normativa, non può allontanarsi dal fatto penalmente rilevante e interpretare lo stesso in una chiave esasperatamente soggettiva.

Un simile approccio, infatti, oltre a non essere compatibile con i principi consacrati all'interno della Carta Costituzionale, provoca notevoli difficoltà nella prova dell'elemento soggettivo, costituito – come indicato dalla norma – dal dolo specifico.

La norma appare, dunque, in contrasto con il principio di determinatezza e tassatività della fattispecie penale, che – secondo l'insegnamento illuministico – consente all'individuo, mediante la previsione di norme puntuali ed intellegibili, di conoscere in anticipo le conseguenze derivanti dal compimento di una condotta penalmente rilevante.

Al contrario, norme vaghe e indeterminate confondono il cittadino e vanificano la loro funzione di prevenzione generale positiva, rendendo evanescente il confine tra ciò che è contrario all'ordinamento giuridico e ciò che non lo è.

Il legislatore del 2015 ha poi modificato l'art. 270 *quinquies*, estendendo le maglie del reato di addestramento mediante la formulazione del giudizio di responsabilità penale anche nei confronti della persona addestrata e nei riguardi di chi "avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'art. 270-*sexies*".

Analogamente a quanto rilevato in merito agli artt. 270-*quater* e 270-*quater.1*, anche in questo caso la norma si pone in contrasto con il principio di determinatezza e con quello di offensività.

La disposizione normativa, infatti, fa genericamente riferimento alle "condotte", non specificando quali di queste possano essere raggiunte da un giudizio di responsabilità penale, e prevede una pena (la reclusione da cinque a dieci anni) del tutto equivalente a quella indicata dall'art. 270-*bis* c.p. per chi partecipa (ed è quindi intraneo) ad un'associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico.

La seconda parte dell'art. 270-*quinquies*, punendo gli atti preparatori all'auto-addestramento, viola anche il principio di materialità, nella misura in cui ritiene penalmente rilevante non un comportamento dal quale deriva una modificazione percepibile nella realtà fenomenica, bensì la mera risoluzione criminosa, che potrebbe anche non oltrepassare i confini della sfera psichica dell'individuo.

La pena, come se non bastasse, è ulteriormente aumentata, quando "il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici"; un chiaro indice sintomatico, questo, dell'esasperazione repressiva dell'ordinamento.

Tale aggravante speciale, quindi, si limita a considerare maggiormente dannosa la condotta del soggetto che si avvale si strumenti informatici, senza però richiedere un'indagine sulla sua reale pericolosità.

Non così accade nell'ordinamento tedesco, che pure prevede il reato di addestramento al § 89a StGB, ma a mezzo della formulazione di una fattispecie a condotta vincolata, la quale è contraddistinta da un elemento soggettivo, costituito dalla direzione finalistica della condotta verso un determinato obiettivo preso di mira dal soggetto agente, e da un elemento oggettivo, rappresentato dall'idoneità della condotta considerata a mettere in pericolo lo Stato[5].

Da questi elementi emerge in modo nitido la maggiore circoscrizione di una norma che non si spinge fino alla punibilità degli atti preparatori, ma che valuta la condotta in relazione all'evento dalla stessa prodotto, come si conviene ad un diritto penale del fatto.

La l. n. 43/2015, infine, ha introdotto due reati contravvenzionali agli artt. 678-*bis* e 679-*bis*: il primo punisce la condotta di chi "senza averne titolo, introduce nel territorio dello Stato, detiene, usa o mette a disposizione di privati le sostanze o le miscele che le contengono indicate come precursori di esplosivi nell'allegato I del regolamento (CE) n. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2013"; la seconda ritiene penalmente rilevante la condotta di chi "omette di denunciare all'Autorità il furto o la sparizione delle materie indicate come precursori di esplosivi negli Allegati I e II del Regolamento (CE) n. 98/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2013, e di miscele o sostanze che le contengono".

Si tratta, in particolare, di due reati di pericolo presunto sanciti da una norma penale in bianco, che affida al Regolamento (CE) n. 98/2013 l'individuazione delle sostanze considerate come precursori di esplosivi.

Entrambe le fattispecie contravvenzionali si pongono perfettamente in linea con la legislazione d'emer-

[4] Per ciò che concerne la nozione di "sistema di diritto penale teleologicamente orientato" cfr. Roxin, *Politica criminale e sistema di diritto penale*, 1971, trad. it., Napoli, 1986; Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992 e *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1989.

[5] A questo proposito interessante è il contributo di R. Wenin, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015 – Una riflessione comparata sulle tecniche di descrizione della fattispecie muovendo dalla sentenza del* Bundesgerichtshof *tedesco* StR 243/13, in *www.penalecontemporaneo.it*.

genza progressivamente tracciata che, del resto, ispira anche le novità introdotte dalla l. n. 43/2015 all'interno del Codice antimafia.

Essa, infatti, è intervenuta sotto molteplici aspetti: in particolare ha ampliato i presupposti soggettivi richiesti ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione personali contro i cd. "foreign fighters", individuati in «coloro che pongano in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti diretti alla partecipazione ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue finalità antiterroristiche»; ha attribuito al questore (oltre che al Presidente del Tribunale) il potere di ritirare immediatamente il passaporto e ogni altro documento valido per l'espatrio nei confronti delle persone verso le quali sia stata ordinata la sorveglianza speciale; ha previsto la nuova ipotesi delittuosa della violazione del divieto di espatrio imposto in via d'urgenza dal Presidente del Tribunale o dal questore; ha attribuito alla Direzione nazionale antimafia e al Procuratore nazionale antimafia competenze aggiuntive in materia di coordinamento del contrasto al terrorismo, con conseguente trasformazione della denominazione in Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo e in Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo[6].

Per ciò che poi concerne il diritto processuale penale, la l. n. 43/2015 ha riformulato l'art. 497-*2bis* c.p.p., ai sensi del quale possono essere chiamati a deporre anche i dipendenti dei servizi d'informazione per la sicurezza; ha modificato la l. n. 124/2007 nella parte in cui consente ai dipendenti dei servizi d'informazione per la sicurezza di utilizzare in ogni stato e grado del procedimento la loro utilità di copertura; ha attribuito al pubblico ministero il potere di ordinare la rimozione del contenuto di attività dalle quali si desume il compimento di delitti per via telematica, ove pubblicato sui siti internet; infine ha conferito ai direttori dei servizi d'informazione la possibilità di effettuare colloqui personali con i detenuti per acquisire informazioni volte a prevenire delitti con finalità terroristica di matrice internazionale.

Da queste considerazioni emerge come il legislatore, preoccupato e allo stesso tempo disorientato da un fenomeno sproporzionato e difficilmente contrastabile, abbia voluto fornire una risposta, che in un certo senso andasse a rimarcare la presenza dello Stato e con esso dei cd. poteri forti.

La strada intrapresa, tuttavia, non si è rivelata la più efficace: il fenomeno terroristico, infatti, non può essere combattuto solo ed esclusivamente attraverso lo strumento penale, che va certamente utilizzato, ma con ponderazione e soprattutto in *extrema ratio*; né tantomeno è possibile realizzare un'eccessiva anticipazione della tutela, che provoca un progressivo spostamento del diritto penale dal fatto al suo autore, con conseguenze rovinose in punto di rispetto dei diritti inviolabili dell'uomo[7].

L'ordinamento giuridico, invece, proprio in un momento di crisi, quale è quello attuale, piuttosto che scegliere una politica legislativa emergenziale, deve prediligere l'adozione di strumenti di emancipazione sociale e culturale, che siano rivolti alla tutela dei bisogni fondamentali di ogni essere umano, e meglio coordinarsi da un punto di vista strategico e normativo con gli altri Stati (non solo europei), per poter, in una prospettiva *de iure condendo* creare quella definizione universale di terrorismo, che finora non è stata ancora trovata.

[6] Cfr. A. Balsamo, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

[7] Cfr. A. Cavaliere, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

Paola Borrelli
Giudice per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare del Tribunale di Nola

La riforma delle false comunicazioni sociali: verso un depotenziamento della risposta penale?

Il contributo si propone di fornire al lettore un inquadramento generale delle novità introdotte dalla l. 69 del 2015 in materia di false comunicazioni sociali, evidenziando alcune difficoltà interpretative e dando conto del dibattito circa la continuità normativa rispetto alla rappresentazione di fatti oggetto di procedimenti valutativi.

sommario

Premessa. – **1.** Un breve richiamo alla disciplina previgente. – **2.** Gli aspetti non problematici della riforma. – **3.** Il *focus* sui fatti e sui fatti materiali rilevanti e concretamente idonei ad indurre in errore. – **4.** Il primo vero nodo problematico della nuova disciplina: quale peso conservano le falsità concernenti profili valutativi? – **5.** I fatti di lieve entità. – **6.** La particolare tenuità nel campo delle false comunicazioni sociali. – **7.** Tematiche di diritto intertemporale e risvolti sostanziali e processuali della riforma. – **8.** Qualche osservazione di chiusura.

Premessa

La legge 69 del 2015 – in uno a diffuse modifiche del sistema dei reati contro la P.A.[1] – ha introdotto rilevanti novità alla disciplina delle false comunicazioni sociali, quale sbocco di un dibattito parlamentare lungo ed elaborato, che ha visto contrapporsi visioni antitetiche delle forze politiche.

Gli obiettivi dichiarati di questa porzione della riforma erano quelli di dare nuovo impulso alla tutela penale delle informazioni societarie, anche nell'ottica della prevenzione di fenomeni illeciti connessi al sistema delle corruttele (si pensi alla creazione di fondi extrabilancio, mediante occultamento di attività o simulazione di passività, destinati al pagamento di tangenti). Se lo scopo era, dunque, quello di irrobustire nuovamente la tutela penale in materia – facendo un passo in avanti rispetto alla riforma frutto del d.lgs. 61 del 2002 – una prima, recentissima applicazione della Corte di Cassazione sembrerebbe tuttavia aver condotto ad esiti incoerenti rispetto alle aspettative, ponendo addirittura in dubbio la continuità normativa tra vecchie e nuove previsioni[2].

Mettendo da parte, per ora, detta spinosa questione, in termini generali può dirsi che il sistema fonda su un generale inasprimento sanzionatorio ed è strutturato su due figure delittuose, l'una dedicata alle società "ordinarie" e l'altra a quelle quotate, entrambe reati propri e di pericolo concreto, alla cui configurabilità sono estranei tanto il danno cagionato alla società, quanto le soglie di punibilità della riforma del 2002.

L'elemento soggettivo è stato diversamente calibrato, sfrondandolo da una caratterizzazione – come si dirà – ipertrofica.

È stato dato rilievo, infine, alla lieve entità ed alla particolare tenuità, per individuare, rispettivamente, ipotesi di minore gravità della condotta – come tali sanzionate meno severamente – e situazioni in cui essa non risulti punibile[3].

1. Un breve richiamo alla disciplina previgente

Una rapidissima panoramica della disciplina anteatta – introdotta con il d.lgs. 61 del 2002 e riformata dalla l. 262/05 – è utile per meglio comprendere gli approdi dell'ultimo intervento riformatore[4].

Il sistema punitivo era articolato su una fattispecie contravvenzionale[5] – per condotte di falsa prospetta-

[1] Alle cui novità è stato dedicato un articolo sul numero 3/15 di questa Rivista.

[2] Se ne parlerà diffusamente più avanti, pur con la difficoltà di non conoscere ancora, alla data (27.7.2015) in cui il presente contributo viene licenziato, le motivazioni della sentenza.

[3] Anche se oggetto del presente lavoro sono le modifiche al sistema codicistico, giova ricordare che alcune interpolazioni hanno riguardato anche le disposizioni sulla responsabilità amministrativa degli enti in relazione ai reati societari, che hanno visto un inasprimento delle sanzioni previste dall'art. 25-*ter* d.lgs. 231/01 con la previsione di una sanzione da 200 a 400 quote, contro le precedenti 100-150 per le società a cui si riferiscano fatti *ex* art. 2621 c.c., mentre, per le false comunicazioni di lieve entità, la sanzione oscilla tra 100 e 200 quote. Per le false comunicazioni sociali nelle società quotate *ex* art. 2622 c.c., l'incremento è da 150-300 a 400-600 quote.

[4] Tra i numerosi scritti che riguardano il vecchio assetto, si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività, quelli di D. Pulitanò, *La riforma del diritto penale societario, fra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 3, 2002, p. 934, A. Alessandri, *La riforma dei reati societari: alcune considerazioni provvisorie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* fasc. 3, 2002, p. 993, S. Seminara, *Riforma del diritto penale societario: attuata la legge delega*, in *Dir. Pen. e Processo,* 2002, 6, p. 671.

[5] Art. 2621 c.c. (False comunicazioni sociali): «Salvo quanto previsto dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sè o per altri un ingiu-

zione dell'informazione societaria, insidiose per i soci e per la collettività – ed una fattispecie delittuosa[6] – quando la falsa comunicazione avesse comportato un danno alla società a cui si riferiva[7].

La prima, grazie alla clausola di salvezza *"Salvo quanto previsto dall'articolo 2622"*, entrava in gioco nei casi in cui non fosse applicabile la più grave figura dell'articolo successivo[8] ed era procedibile di ufficio; la seconda era procedibile a querela della persona offesa, salvo che non riguardasse società quotate.

Soggetti attivi di entrambe le figure di reato erano gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori; soggetti che dovevano essere mossi dall'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e dal fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto[9], trattandosi – quanto al reato *ex* art. 2621 c.c.

sto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, sono puniti con l'arresto fino a due anni. La punibilità è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. La punibilità è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta.
Nei casi previsti dai commi terzo e quarto, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa».

[6] Articolo 2622 c.c. (False comunicazioni sociali in danno dei soci o dei creditori): «Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sè o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico, esponendo fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni, ovvero omettendo informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione, cagionano un danno patrimoniale alla società, ai soci o ai creditori, sono puniti, a querela della persona offesa, con la reclusione da sei mesi a tre anni.
Si procede a querela anche se il fatto integra altro delitto, ancorché aggravato, a danno del patrimonio di soggetti diversi dai soci e dai creditori, salvo che sia commesso in danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee. Nel caso di società soggette alle disposizioni della parte IV, titolo III, capo II, del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, la pena per i fatti previsti al primo comma è da uno a quattro anni e il delitto è procedibile d'ufficio. La pena è da due a sei anni se, nelle ipotesi di cui al terzo comma, il fatto cagiona un grave nocumento ai risparmiatori. Il nocumento si considera grave quando abbia riguardato un numero di risparmiatori superiore allo 0,1 per mille della popolazione risultante dall'ultimo censimento ISTAT ovvero se sia consistito nella distruzione o riduzione del valore di titoli di entità complessiva superiore allo 0,1 per mille del prodotto interno lordo. La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è estesa anche al caso in cui le informazioni riguardino beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi. La punibilità per i fatti previsti dal primo e terzo comma è esclusa se le falsità o le omissioni non alterano in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene. La punibilità è comunque esclusa se le falsità o le omissioni determinano una variazione del risultato economico di esercizio, al lordo delle imposte, non superiore al 5 per cento o una variazione del patrimonio netto non superiore all'1 per cento. In ogni caso il fatto non è punibile se conseguenza di valutazioni estimative che, singolarmente considerate, differiscono in misura non superiore al 10 per cento da quella corretta.
Nei casi previsti dai commi settimo e ottavo, ai soggetti di cui al primo comma sono irrogate la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa».

[7] Interessante, a delineare i beni giuridici tutelati e l'atteggiarsi a reato di pericolo o di danno delle fattispecie, D. Pulitanò, *La riforma del diritto penale societario*, cit.: «Gli interessi in gioco nella disciplina delle false comunicazioni sociali sono indicati nella relazione al decreto legislativo: la fattispecie di base configura un "falso *tout court* per tutelare la trasparenza". Vi è poi una fattispecie "di danno" "che riguarda la posizione patrimoniale dei soci o dei creditori". Al di là della prevedibile "debolezza" del funzionamento della fattispecie contravvenzionale, è da essa che l'interprete deve partire per la ricognizione dell'impianto di tutela, prendendo sul serio la scelta di penalizzazione e i suoi significati. Il problema di tutela della "trasparenza" dell'informazione societaria, da sempre *leit motiv* nelle discussioni sulla disciplina dei mercati, non è sfuggito al legislatore; la trasparenza viene richiamata come "bene giuridico", sia pure strumentale ad interessi "finali" di natura patrimoniale, ed è assunta a punto di riferimento della fattispecie di base, quella di contenuto più ampio. Rispetto ai beni finali, la fattispecie contravvenzionale del "nuovo" art. 2621 è un reato di pericolo, caratterizzato dalla concreta insidiosità e rilevanza della falsa comunicazione. Rispetto al bene strumentale della trasparenza dell'informazione societaria, possiamo parlare di reato di danno».

[8] Sull'esistenza di un rapporto di specialità, cfr. S. Seminara, *Riforma del diritto penale societario*, cit.; in altro lavoro del medesimo autore (*I reati societari*, in *Società,* 2013, 10, p. 1111), si riassumono gli orientamenti della Corte di Cassazione a proposito della reviviscenza applicativa dell'art. 2621 qualora difettasse la condizione di procedibilità del 2622 c.c.

[9] Sulla valenza di questo inciso, si veda M. Gambardella, *"Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità"* in Cass. Pen. n. 5 del 2015 pagg. 1723 e segg. che (richiamando Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2011, n. 14759/2012, in *C.E.D. Cass.*, n. 252303; Cass. pen., sez. II, 17 novembre 2005, n. 29563, ivi) cor-

– di figura contravvenzionale strutturalmente dolosa. Il coefficiente psicologico era rappresentato, quindi, dal dolo generico, dal dolo specifico di ingiusto profitto ("*al fine di conseguire per sè o per altri un ingiusto profitto*") e dal dolo intenzionale di inganno ("*con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico")*.

La condotta sanzionata – sia per l'ipotesi delittuosa che per quella contravvenzionale – riguardava l'esposizione, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico[10], di "fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni"[11] ovvero l'omissione di informazioni imposte dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo di appartenenza (anche se le informazioni riguardavano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi).

La condotta doveva possedere, per rientrare nel novero di quelle sanzionate, l'idoneità ad indurre in errore i destinatari della predetta informazione e la capacità oggettiva di alterare sensibilmente il quadro della società o del gruppo[12].

Altro limite alla rilevanza penale del fatto era di carattere quantitativo, laddove gli artt. 2621 e 2622 c.c. – introducendo non già mere condizioni obiettive di punibilità, ma elementi tipizzanti della fattispecie (cfr. Corte Cost. n. 161/2004) – escludevano dal precetto punitivo le variazioni alternativamente non superiori al 5% del risultato economico di esercizio al lordo delle imposte o all'1% del patrimonio netto, cui ulteriormente si aggiungeva un margine di scostamento nelle valutazioni estimative non superiore al 10% della stima corretta; in questi casi, agli agenti erano irrogate sanzioni amministrative[13].

Come già accennato, l'articolo 2622 c.c. prevedeva, quale carattere di specialità[14], la necessità che il comportamento incriminato avesse comportato un danno alla società, ai soci o ai creditori, ai quali attribuiva il diritto di presentare la necessaria querela, che era indispensabile anche allorché il delitto fosse connesso con altro procedibile di ufficio – che diveniva, pertanto, perseguibile a querela di parte – e salvo che quest'ultimo avesse visto come vittima lo Stato, altri enti pubblici o le comunità europee. Deroga alla procedibilità su impulso di parte del reato caratterizzato dal danno era prevista nel caso di società quotate in borsa.

L'art. 2621 c.c. prevedeva la pena dell'arresto fino a due anni e l'art. 2622 c.c. sanzionava la condotta, nell'ipotesi di società non quotate, con la reclusione da sei mesi a tre anni e, nel caso di società quotate, con la reclusione da uno a quattro anni, con la previsione di una circostanza aggravante nell'ipotesi in cui il danno cagionato con riferimento alla società quotate fosse grave per i risparmiatori[15].

Ai reati di falso in bilancio era teoricamente applicabile la circostanza attenuante di cui all'art. 2640 c.c. qualora i fatti avessero cagionato "un'offesa" di particolare tenuità[16].

rettamente ricorda come «In giurisprudenza, si è sostenuto che l'ingiustizia del profitto oggetto del dolo specifico necessario per la sussistenza del reato consiste in qualsiasi vantaggio o utilità, non solo e necessariamente di tipo economico, che l'autore intenda conseguire, il quale non si collega ad un diritto ovvero che è perseguito con uno strumento antigiuridico o con uno strumento legale ma avente uno scopo tipico diverso. Per esempio,in presenza di una finalità lecita (ambizione dell'amministratore delegato di far assurgere la banca da lui amministrata al ruolo di istituto di credito di primaria importanza nel panorama bancario italiano), essa diventa antigiuridica se si adottano modalità operative contrarie alla legge (condotte produttive di irregolarità contabili – cioè, omessa registrazione di numerose operazioni finanziarie su titoli derivati e di conseguenti falsità dei bilanci). L'ingiustizia del profitto non deve essere collegata ad una finalità autonomamente illecita, sussiste quindi l'ingiustizia del profitto anche quando l'azione illecita è attivata da un motivo "giusto"».

[10] Tale precisazione escludeva che oggetto di false comunicazioni sociali potessero essere le comunicazioni intra e interorganiche e quelle dirette ad unico destinatario, privato o pubblico.

[11] Sulla portata dell'inciso, si veda D. Pulitanò, *La riforma del diritto penale societario*, cit.: «Affermando la rilevanza del tema dei criteri di valutazione, la legge delega contiene l'esplicito riconoscimento che anche le valutazioni di bilancio debbono (e possono) essere oggetto di valutazione secondo il criterio della verità-falsità. In tal senso era già l'indirizzo assolutamente dominante, sia in dottrina (ancorché non incontroverso) sia in giurisprudenza. È dunque contraria al senso manifesto della delega, oltre che alla ragion d'essere di una tutela della correttezza dell'informazione, la tesi che, argomentando dall'espressione "fatti materiali", ritiene rilevante soltanto il falso ricadente su dati di realtà, e non la componente valutativa».

[12] «Il criterio dell'idoneità ad ingannare, quale requisito del falso punibile, pone un solido argine contro applicazioni eccessivamente formaliste, quali in passato non sono mancate», cosi D. Pulitanò, in *La riforma del diritto penale societario,* cit.

[13] In particolare, la sanzione amministrativa da dieci a cento quote e l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese da sei mesi a tre anni, dall'esercizio dell'ufficio di amministratore, sindaco, liquidatore, direttore generale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, nonché da ogni altro ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell'impresa.

[14] In S. Seminara, *Riforma del diritto penale societario*, cit., si legge: «Questo rapporto di continenza dell'una norma nell'altra esclude che esse siano poste a tutela di interessi eterogenei, consentendo al più di ritenere che la disposizione speciale protegge un interesse ulteriore a quello tutelato dalla disposizione generale ma, in ogni caso, unitamente a quest'ultimo: onde non è possibile riferire la fiducia e il patrimonio rispettivamente agli artt. 2621 e 2622 c.c., dovendosi supporre che, se la prima trova il proprio presidio nell'una fattispecie, lo trova anche, insieme al patrimonio, nell'altra».

[15] La gravità era determinata dal fatto che avesse riguardato «un numero di risparmiatori superiore allo 0,1 per mille della popolazione risultante dall'ultimo censimento ISTAT» ovvero fosse consistito «nella distruzione o riduzione del valore di titoli di entità complessiva superiore allo 0,1 per mille del prodotto interno lordo».

[16] Perplessi sulla compatibilità di detta circostanza con il regime delle soglie R. Bricchetti - L Pistorelli, *La lenta scomparsa del diritto penale societario italiano*, in *Guida al Diritto* n. 26 del 20.6.2015, p. 53 e ss., «L'attenuante è formalmente autonoma da quella generale prevista dall'art. 62 n. 4 c.p., atteso che la disposizione in commento fa riferimento alla tenuità dell'offesa e non

In definitiva, l'assetto che, nel 2002, si era inteso dare alla materia, rispetto al regime precedentemente in vigore, aveva prodotto un indubbio depotenziamento della disciplina penale dell'informazione societaria, che vedeva i suoi momenti di maggiore criticità nella configurazione contravvenzionale della condotta *ex* art. 2621 c.c. – con tutto ciò che ne conseguiva in termini di rischio prescrizione e di scarsa significatività della risposta sanzionatoria – e nelle soglie di punibilità[17].

2. Gli aspetti non problematici della riforma

Prima di addentrarci in tematiche più "scottanti", è opportuno passare in rassegna gli aspetti di novità più pacifici della l. 69/15 o, quantomeno, non oggetto, fino a questo momento, nel pur brevissimo lasso di tempo intercorso dall'entrata in vigore della riforma, di un particolare dibattito interpretativo.

In primo luogo, va rimarcato che, nel nuovo quadro normativo, la dislocazione della disciplina negli artt. 2621 e 2622 c.c. non risponde più alla distinzione fondata sull'esistenza o meno di un danno per i soci, i creditori o la società ovvero sul diverso regime di procedibilità, ma sulla **riferibilità delle rispettive, quasi parallele discipline alle società non quotate e a quelle quotate.**

L'art. 2621 c.c. – così come riformulato dalla l. 69/15 – recita «Fuori dai casi previsti dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi».

Lo schema si ripropone anche nell'art. 2622 c.c., che è identico al precedente quanto alla natura delittuosa, ai soggetti attivi, alle possibili sedi delle falsità, all'oggetto della condotta omissiva ed alla rilevanza delle falsità o delle omissioni relative a beni posseduti o amministrati per conto terzi, ma che, a differenza dell'altra ipotesi:

- riguarda società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea; società emittenti strumenti finanziari per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea; società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un sistema multilaterale di negoziazione italiano; società che controllano società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea; società che fanno appello al pubblico risparmio o che comunque lo gestiscono.
- non richiede che i fatti materiali oggetto di falsa comunicazione siano *"rilevanti";*
- contempla una pena più severa, da tre a otto anni di reclusione.

Quanto alla natura delle due nuove fattispecie, entrambe si connotano come reati di pericolo che mirano a salvaguardare la trasparenza e l'affidabilità delle informazioni societarie e che si configurano indipendentemente dalla causazione di un danno a soci o creditori.

Giova altresì osservare che resta quasi identico, rispetto al regime previgente, il riferimento alla *sedes* del possibile falso (bilanci, relazioni e altre comunicazioni dirette ai soci e al pubblico); come acutamente osservato[18], l'inciso "previste dalla legge" è stato diversamente collocato rispetto alla formulazione previgente e posto alla fine dell'espressione («nei bilanci, nelle

del danno patrimoniale cagionato dal reato. In realtà, per quanto riguarda i delitti contemplati dall'art. 2622 c.c., che quantomeno devono annoverarsi tra quelli che "comunque offendono il patrimonio", l'offesa si identificava proprio nella lesione dell'integrità del patrimonio dei soci e dei creditori e dunque la previsione speciale finiva per costituire un inutile doppione. Ma anche con riguardo ai rapporti tra l'attenuante in esame e la fattispecie prevista dall'art. 2621 c.c. sorgevano non poche perplessità. Infatti, se pacificamente l'offesa determinata dalle condotte tipizzate da quest'ultima disposizione era quella alla trasparenza dell'informazione societaria, doveva chiedersi come si conciliasse la previsione di un attenuante legata alla particolare tenuità di tale offesa con la contestuale previsione delle soglie di punibilità, la cui funzione era proprio quella di espungere dall'area del penalmente rilevante i fatti ritenuti di scarsa offensività. Vi era da chiedersi, in altre parole, quando le falsità e le omissioni potessero dirsi avere cagionato al bene giuridico tutelato un'offesa di particolare tenuità dato che la condotta, per essere penalmente rilevante, doveva avere alterato "in modo sensibile" la rappresentazione della situazione o doveva avere, comunque, determinato l'anzidetta variazione del risultato economico di esercizio».

[17] In questo senso, si veda S. Seminara, "*Riforma del diritto penale societario cit: "Ad ogni modo, tornando alla formulazione dei nuovi reati societari, non può trascurarsi che la mitezza delle sanzioni minacciate funge quasi da incentivo alla commissione di violazioni il cui profitto appare decisamente superiore all'onere della pena moltiplicato per la probabilità della condanna e che, rispetto ai reati di false comunicazioni sociali, operano soglie di impunità tali da azzerare il rischio della responsabilità penale: al punto che la negazione della sussistenza di un pericolo o di un danno, ove il falso sia commesso intenzionalmente, più che i contenuti di un'alterazione irrisoria in quanto «non sensibile», assume il significato di un'irrisione per le categorie tutelate.".*

[18] Si veda R. Bricchetti e L. Pistorelli, *"Escluse le valutazioni dalle due nuove Fattispecie"*, in Guida al Diritto n. 26 del 20.6.2015, pagg. 60 e segg.

relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge,» piuttosto che «nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali, previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico»), con il ritenuto, apparente intento di smentire l'ipotesi che la specificazione della direzione ai soci o al pubblico potesse riguardare solo le comunicazioni e non già le relazioni e con – si ritiene – l'ulteriore conseguenza di reputare solo le comunicazioni normativamente previste quelle penalmente rilevanti. Consegue a detto ragionamento che resta confermata l'irrilevanza penale delle condotte che riguardino comunicazioni "atipiche", comunicazioni interorganiche e quelle dirette ad unico destinatario, sia esso un soggetto privato o pubblico.

Rafforzato si presenta il requisito dell'attitudine ad ingannare della falsa comunicazione, che oggi non deve essere più solo idonea in indurre in errore i destinatari, ma deve esserlo "concretamente"[19] e deve proiettarsi rispetto agli "altri"[20] piuttosto che ai "destinatari" delle informazioni.

Quanto all'elemento soggettivo, è sempre richiesto, oltre a quello generico, il dolo specifico, caratterizzato dal fine di procurare per sé o per altri un ingiusto profitto[21], ma esso non è più intenzionale giacché non è stato riprodotto l'inciso "con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico" che era stato introdotto nel 2002 e che era stato reputato già superfluo, alla luce dell'inciso sull'attitudine decettiva di cui si è sopra detto[22].

Qualche perplessità, in dottrina, ha cagionato la comparsa dell'avverbio "consapevolmente", che, grazie al parallelismo con altre figure di reato (art. 600-*quater* c.p.), è stato interpretato come il sintomo della volontà del legislatore di escludere la rilevanza del dolo eventuale, pur non mancando di rimarcarsene l'ultroneità, a cagione del dolo specifico che caratterizza il delitto in commento e che, per consolidata giurisprudenza, è ritenuto strutturalmente incompatibile con quello eventuale[23].

Altra lettura ha ritenuto che l'avverbio richieda la consapevolezza della sola falsità o reticenza dell'esposizione, al di là di questioni di volizione che possono connotare il dolo eventuale, consapevolezza che non deve estendersi all'idoneità decettiva, data la separazione con una virgola dell'avverbio "consapevolmente" dal sintagma relativo all'idoneità ingannatoria che, siccome non deriva immediatamente dal comportamento dell'agente stesso, può essere anche oggetto di una rappresentazione dubitativa[24].

Nella nuova formulazione sono, infine, scomparse le soglie punitive e l'illecito amministrativo che vi si accompagnava e la procedibilità a querela sopravvive solo nei casi di lieve entità riferibile alle società non fallibili (vedi *infra*).

3. Il *focus* sui fatti e sui fatti materiali rilevanti e concretamente idonei ad indurre in errore

L'oggetto della condotta è stato interessato da una diversa definizione rispetto al regime previgente e – all'interno dell'odierna disciplina – da una leggera differenziazione tra società quotate o meno.

Oggi, infatti, il soggetto agente dovrà essersi macchiato non già della consapevole esposizione di *"fatti materiali non rispondenti al vero"* ma di **"fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero"** ovvero non già più della *"omissione di informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene"*, ma della **"omissione di fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale essa appartiene"**.

Ciò vale per le società non quotate, mentre, per quelle quotate, la consapevole esposizione dovrà riguardare semplicemente *"***fatti materiali non rispondenti al vero"** senza la necessità che essi siano *"rilevanti"*, aggettivo che si ritroverà nuovamente, invece, quanto all'oggetto della condotta omissiva.

Va da subito affermato che i commentatori hanno condivisibilmente individuato la *ratio* – quantomeno in termini di possibilità – di quest'ultimo settoriale e specifico irrigidimento della disciplina relativa alle società quotate, costituito dal mancato inserimento del requisito della rilevanza per le condotte commissive, nella "dimensione pubblica rivestita" dalle predette realtà imprenditoriali[25].

[19] Dal che R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Escluse le valutazioni dalle due nuove Fattispecie*, cit. deducono la natura di reato di pericolo concreto delle due fattispecie.

[20] «La diversa terminologia impiegata non sortisce conseguenze, manifesto essendo che gli "altri" indotti in errore non potranno che essere – vien quasi da dire necessariamente – i destinatari della comunicazione sociale, le cui tipologie sono ben individuate dalla più autorevole delle dottrine: soci, creditori sociali, soggetti legati alla società da rapporti contrattuali, infine i terzi quali potenziali soci, creditori e contraenti», così in F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it.*

[21] Sulla cui immutata valenza, si veda *supra.*

[22] Sul punto, si veda M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità,* cit.

[23] R. Bricchetti - L. Pistorelli, in *Per le "non quotate" la tenuità del fatto salva dalla condanna*, in Guida al Diritto n. 26 del 20 giugno 2015 p. 64 e segg.; alla stessa conclusione giunge M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità,* cit.

[24] Sul punto si veda F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso,* cit.

[25] M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità,* cit.; in F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso,* cit., tuttavia, sono manifestate delle perplessità sulla coerenza sistematica della norma : «La differente opzione, per la quale nelle società quotate rileverebbe la

Prima di addentrarci nell'analisi delle caratteristiche dei **"fatti"**, occorre soffermarsi brevemente – trattandosi di un profilo che sarà sceverato anche nel successivo paragrafo – sul significato del termine anzidetto.

Secondo una parte della dottrina[26], esso presuppone una componente necessariamente valutativa indispensabile per tradurre un'evenienza della realtà societaria in un dato contabile, che eccettua solo informazioni meramente ipotetiche o congetturali. Secondo altri commentatori, tale componente valutativa non vi è, tanto da aver reso necessario, nel 2002, l'inserimento della locuzione *"ancorché oggetto di valutazioni"* [27] e non vi è a maggior ragione laddove il sostantivo è accompagnato dall'aggettivo *"materiali"*[28].

Rinviando al paragrafo successivo per un approfondimento sul punto, occorre ora osservare che i fatti falsi o taciuti, nella norma riformata, devono essere connotati da **materialità, rilevanza ed idoneità ingannatoria**; circa quest'ultimo aspetto, va ricordato infatti che, sia per le società quotate che per quelle non quotate, le falsità o le omissioni devono essere idonee ad indurre in errore i destinatari dell'informazione.

Si è sostenuto che si tratti di concetti sovrapponibili – e, quindi, sovrabbondanti – dato che, nel diritto anglosassone, il *material fact* è quello rilevante tanto da orientare le scelte di azione del destinatario del documento falso[29]. Di contro vi è chi, diversamente argomentando, ha sostenuto l'impossibilità di traslare un significato appartenente ad un'altra lingua in quella italiana ed ha rimarcato la ripetitività che discenderebbe dall'accostamento tra gli aggettivi "materiali" e "rilevanti" presenti nella descrizione di tre dei quattro possibili oggetti della falsa od omessa rappresentazione, così come si è detto della ridondanza e non significatività del primo dei due aggettivi visto che, in materia di scritture societarie, non possono esistere fatti che non abbiano una loro materialità[30].

Quale che sia l'interpretazione a farsi – peraltro, quella sulla possibile ridondanza, coerente con l'esperienza giuridica italiana, tendente, talvolta, all'ipertrofia descrittiva – la conclusione che se ne potrebbe trarre è che l'aggettivazione serva a dare concretezza al precetto ed a riservare la punizione a situazioni foriere di false o deficitarie informazioni effettivamente significative e fuorvianti per la formulazione di un giudizio sulle condizioni della società[31].

Peraltro, a volersi interrogare su quale sia il riferimento della nozione di rilevanza, essa – secondo un primo punto di vista[32] – può agevolmente essere ricollegata proprio alla concreta idoneità mistificatoria e – secondo altra opinione – andrà misurata in rapporto alla «condizione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo cui essa appartiene»[33], sì da recuperarle, in entrambi i casi, un significativo ambito applicativo.

Bene, ma su chi parametrare l'idoneità ingannatoria della falsa o reticente rappresentazione?

La norma non aiuta, posto che si riferisce genericamente ad "altri", per cui la dottrina[34] ha proposto un

falsa esposizione di un «fatto materiale» non ulteriormente qualificato, a differenza di quanto previsto per le società non quotate, potrebbe suggerire – a meno che l'omessa indicazione del termine "rilevanti" anche nell'art. 2622 c.c. non sia una clamorosa svista – che il legislatore abbia inteso caratterizzare in maniera più severa il falso di quelle società che rivolgono a un pubblico più ampio le loro comunicazioni sociali. Spiegazione che, seppur poco convincente sul versante sistematico, potrebbe avere un certo grado di plausibilità: rimarrebbe allora e infatti da spiegare, all'interno di una siffatta chiave di lettura, il motivo per il quale nella fattispecie dell'art. 2622 c.c. il falso per reticenza esige che il "fatto materiale", del quale l'omessa comunicazione diviene tipica, debba essere altresì "rilevante". Escludendo che si tratti di un difetto di coordinamento interno alla stessa norma, si potrebbe avanzare la congettura che il legislatore abbia fatto ricorso a questa differente caratterizzazione allo scopo di selezionare – riducendole – le ipotesi di falso per reticenza, facendo sì che soltanto le omissioni dotate di "rilevanza" possano essere penalmente sanzionate. Indipendentemente dalla scarsa fondatezza di siffatta opzione (del tutto inconsueta nel panorama legislativo) e assai discutibile sul versante sostanziale, posta la almeno eguale insidiosità decettiva di un'omissione maliziosa, al territorio dell'inesplicabile apparterrebbe il fondamento della mancata omologa differenziazione nell'ipotesi dell'art. 2621 c.c., nel cui dettato tipico non compare la distinzione tra "fatti materiali" e "fatti materiali rilevanti" nel descrivere la condotta da un lato in forma attiva e, dall'altro, in modalità omissiva: un'elementare esigenza di coerenza avrebbe infatti imposto un identico regime con riguardo all'incriminazione che contempla comunicazioni sociali destinate a un pubblico meno ampio (ciò che, nella immaginata visione del legislatore, sembrerebbe la ragione giustificatrice non soltanto del meno grave trattamento sanzionatorio, ma anche della selezione in senso restrittivo dell'"oggetto" della esposizione difforme dal vero)».

[26] F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso,* cit.

[27] R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Un intervento sulle "comunicazioni" che suscita imbarazzo*, in *Guida al Diritto* n. 26 del 20.6.2015, p. 58 e ss., A. Lanzi, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida al Diritto n.* 26 del 20.6.2015, p. 10 e ss.; va tuttavia rimarcato che essi pure si pongono il problema di una possibile, diversa lettura.

[28] A. Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

[29] In particolare, si veda M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali*, cit., che sottolinea che «ai fini del Securities Act del 1933 degli Stati Uniti (misura presa dopo il crollo del mercato del 1929), l'espressione *material fact* indica le informazioni delle quali il prudente o ragionevole investitore dovrebbe essere portato a conoscenza prima di procedere all'acquisto».

[30] F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, cit.

[31] Scettico sulla possibilità di giungere ad una spiegazione razionale dell'aggettivazione del fatto, F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, cit.

[32] M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali,* cit.

[33] F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso,* cit.

[34] M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali,* cit.

richiamo alla disciplina italiana degli "abusi di mercato", in cui *«viene definita "informazione" che influisce in modo sensibile sui prezzi di strumenti finanziari quell'informazione «che presumibilmente un investitore ragionevole utilizzerebbe come uno degli elementi su cui fondare le proprie decisioni di investimento» (art. 181, comma 4, d.lg. n. 58 del 1998). Si tratta del criterio del "reasonable man", figura-modello dell'investitore ragionevole, mutuato dall'esperienza giurisprudenziale statunitense."»*

Un'altra lettura propone di riferire il precetto a qualunque destinatario, ancorché esperto, che abbia interesse a conoscere le informazioni relative alla società nella dimensione corretta e completa[35]. Ciò serve anche a circoscrivere la tutela penale a situazioni in cui la falsa od omessa informazione alteri il quadro informativo di soggetti caratterizzati da un interesse nei confronti della società ed a connotare in senso patrimoniale la direzione protettiva della norma penale.

In conclusione, sul punto, occorre prendere atto che ogni soluzione che raccordi l'idoneità ingannatoria al maggiore o minore grado di capacità di resistenza all'attività decettiva di questo o quel destinatario rischierebbe di sottrarre certezza al precetto punitivo, giacché è evidente la diversa modulazione della norma che ne discenderebbe a seconda del grado di resistenza all'inganno di colui che legge l'informazione contabile.

Quanto alla natura della condotta-veicolo della falsa (*id est*, non corrispondente al vero) o omessa comunicazione, se nel primo caso – esposizione di fatti falsi – non si pongono particolari problemi giacché il significato letterale richiama la condotta giuridica delineata dal legislatore, qualche riflessione in più merita la condotta omissiva che, secondo condivisibile dottrina[36], non consiste *sic et simpliciter* in un'omissione della comunicazione di un dato, quanto nella consapevole e maliziosa reticenza rispetto ad informazioni rilevanti ai fini della corretta rappresentazione delle condizioni economico-finanziarie della compagine sociale.

4. Il primo vero nodo problematico della nuova disciplina: quale peso conservano le falsità concernenti profili valutativi?

A prescindere dalle divergenze interpretative sopra menzionate, il primo ed indubbiamente più "famoso" profilo di nuova criticità, idoneo ad involgere anche - come si vedrà – tematiche di diritto intertemporale, è legato ad un'assenza. Si tratta della mancata riproposizione, dopo la locuzione "fatti materiali" – oggi definiti anche "rilevanti" nell'art. 2621 c.c., cfr. *supra* – "non rispondenti al vero", del sintagma "ancorché oggetto di valutazioni"[37].

Su questa mancanza, in dottrina, si sono registrati commenti contrapposti[38] e si è in attesa delle motivazioni di una sentenza di parziale annullamento della Corte di Cassazione che ha avuto una grossa eco mediatica giacché sembrerebbe – il condizionale è d'obbligo, dato che non si conoscono i motivi della decisione – aver sposato una delle due tesi, quella, cioè che, proprio in forza della mancata riproposizione del sintagma, ritiene non esservi continuità normativa tra vecchia e nuova disposizione.

Ebbene, una prima posizione della dottrina[39], appunto, reputa risiedere, nella mancata riedizione dell'inciso, una precisa quanto incoerente – rispetto allo spirito riformatore[40] – scelta di non attribuire rilevanza a momenti valutativi, con la conseguenza di mettere seriamente in crisi l'ambito applicativo delle false comunicazioni sociali e di intravvedere un momento di discontinuità normativa per abrogazione.

Una delle argomentazioni utilizzate è quella del richiamo alla L. 154 del 1991 laddove, la medesima locuzione *"fatti materiali"*, senza ulteriori specificazioni, era stata utilizzata per circoscrivere l'oggetto del reato di frode fiscale di cui all'art. 4 lett. f) l. n. 516/1982, con il chiaro intento di escludere dal fuoco dell'incriminazione le valutazioni relative alle componenti attive e passive del reddito dichiarato[41].

[35] Si tratta di F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso,* cit., che evidenzia come il tecnicismo delle comunicazioni sociali richieda particolari competenze ma, nel contempo, l'interesse alla conoscenza delle informazioni che ne derivano sia divenuto tema che interessa un numero indefinito di destinatari.

[36] M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali*, cit.

[37] Quanto alla – non – coerenza descrittiva dell'espressione complessivamente intesa, si veda A. Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?*, cit: «Come si accennava, la riforma del 2002 – attualmente in vigore – comportò una parziale rivisitazione della condotta incriminata, con attribuzione di rilevanza penale all'esposizione di "fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni". Si tratta, all'evidenza, di una formula lessicale infelice e contraddittoria, nella quale dapprima si limita la rilevanza ai soli "fatti materiali", salvo poi riespandere la portata della norma abbracciando anche le valutazioni che, tuttavia, non possono certo essere ricondotte al genus dei "fatti materiali" come, invece, il ricorso alla congiunzione "ancorché" sembrerebbe lasciare intendere».

[38] Anche fomentati dall'assenza di un dibattito parlamentare sul punto.

[39] R. Bricchetti - L. Pistorelli, *Un intervento sulle "comunicazioni" che suscita imbarazzo*, cit., A. Lanzi, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, cit., A. Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero,* cit.

[40] In A. Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero,* cit., si rimarca che, nella Relazione al disegno di legge n. 19, primo firmatario l'on. Grasso, si legge: «n. 7) il ripristino della punibilità del falso in bilancio è un atto necessario che mira a garantire il rispetto delle regole di trasparenza e a favorire la libera concorrenza. Anche alla luce della crisi dei mercati internazionali la normativa penale in materia societaria va rivista: la correttezza di tale normativa rappresenta un presupposto indefettibile per garantire la trasparenza delle vicende societarie e, quindi, l'affidamento dei terzi relativamente all'andamento delle società».

[41] Non manca, tale posizione dottrinaria, di ricordare che la scelta è stata poi sconfessata dal legislatore in occasione della riforma dei reati tributari del 2000, con la quale non solo la menzionata

Non solo. È stato valorizzato il fatto che lo scopo della scelta di utilizzare la pur infelice formula da parte del legislatore del 2002 era sostanzialmente quello di recepire la consolidata interpretazione giurisprudenziale e dottrinaria del termine "fatti" relativa all'originaria formulazione dell'art. 2621 c.c., che aveva finito per sgomberare il campo da un'interpretazione abrogativa della norma sul falso in bilancio.

Altro argomento *a contrario* nel senso della rilevanza delimitativa del mancato inserimento della locuzione è costituito dall'esame dei lavori parlamentari, laddove il disegno di legge n. 19 prevedeva di attribuire rilevanza alle "informazioni" false, espressione che avrebbe consentito di ricomprendervi momenti sia strettamente rappresentativi che valutativi, il cui abbandono da parte del legislatore appare – in ipotesi – significativo di una precisa volontà nel senso di escludere questi ultimi.

La dottrina sulla rilevanza della mancata riproposizione del sintagma, ha, infine sottolineato la significatività, in termini comparativi, della scelta del legislatore di lasciare intatta l'espressione "ancorché…" nella norma dell'art. 2638 c.c, sul quale la novella non è intervenuta. Tale disposizione – che disciplina il delitto di ostacolo alle autorità pubbliche di vigilanza – continua, infatti, a punire i medesimi autori dei reati in commento che, nelle comunicazioni dirette alle suddette autorità, «espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni».

La conseguenza di tutto ciò – ne è perfettamente consapevole la dottrina *pro* discontinuità, che lancia, sul punto, un grido di allarme – è un depotenziamento – anzi, meglio, una sostanziale neutralizzazione – della norma punitiva, giacché le poste di un bilancio sono quasi integralmente frutto di valutazioni e le false informazioni sociali sono generalmente costituite da condotte tenute proprio in occasione della redazione dei bilanci[42].

L'ipotesi più comune che viene in mente è quella dei "crediti commerciali", per i quali la rappresentazione in bilancio va fatta - secondo quanto stabilito al n. 8 dell'art. 2426 co. 1 c.c. – al criterio del "valore presumibile di realizzazione", ovvero al valore che potrà presumibilmente essere incassato a scadenza (o in un momento successivo). Ebbene, potrebbe accadere – a valle di un procedimento indubbiamente valutativo – che il credito continui ad essere esposto al valore per il quale è insorto, che è superiore a quello di presumibile realizzazione, allo scopo di fornire una rappresentazione "più convincente" – e per tale ragione ingannevole – delle condizioni patrimoniali dell'azienda[43].

A fronte della tesi – suo malgrado – "distruttiva", un opposto orientamento[44] fa leva su altrettante, interessanti argomentazioni, per concludere nel senso dell'irrilevanza della mancata riedizione della formula "ancorché...".

Ci si riferisce, in primo luogo, alle perplessità dottrinarie già evidenziate all'indomani dell'inserimento del sintagma nel D.l.vo 61 del 2002, laddove esso era stato ritenuto superfluo sia perché, dalla nozione di fatti materiali, non poteva scindersi una componente valutativa, sia perché la rilevanza della componente valutativa del fatto era evincibile già in via interpretativa[45]. In linea con questa riflessione, lo stesso significato della formula «ancorché oggetto di valutazioni» nella vigenza della disciplina del 2002 è stato depotenziato, venendo qualificata come una mera "chiarificazione linguistica" che non aveva fatto altro che specificare il significato dei fatti materiali e la cui mancanza, oggi, non incide sull'oggetto delle falsificazioni o delle omissioni, riferibile anche a dati valutativi; il che appare coerente con l'ambito applicativo della norma, prevalentemente chiamata in causa per falsificazioni di bilancio, che, se interpretata diversamente, rischierebbe di rendere nulla l'incidenza punitiva della norma.

Altra riflessione attiene all'impossibilità di operare una comparazione tra normative – quella del 2002 e quella del 2015 – distanti nel tempo ed intervenute in un quadro di riferimento diverso, quello più recente senz'altro orientato ad un potenziamento della risposta punitiva.

Ancora, secondo l'orientamento più conservativo, è significativo dell'irrilevanza del mancato reinserimento del sintagma il fatto che il nuovo assetto normativo non sia frutto di un intervento modificativo o correttivo di un precedente testo, ma di una totale riscrittura della norma, come tale non foriera di spunti precisi ed inequivocabili circa la volontà legislativa.

formula è stata abbandonata, ma specificamente è stata attribuita espressa rilevanza penale alle valutazioni estimative divergenti da quelle ritenute corrette, seppure entro la soglia di tolleranza del 10% (art. 7 comma 2 d.lgs. n. 74/2000).

[42] Per una riflessione specifica su quali siano dati oggettivi e quali valutativi, si veda A. Perini, *I "fatti materiali non rispondenti al vero,* cit.

[43] Molti altri sono gli esempi che potrebbero essere fatti a conferma – se mai ve ne fosse bisogno – del rilievo che le stime esplicano ai fini della rappresentazione delle poste patrimoniali.

[44] F. Mucciarelli, *«Ancorché» superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* e M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità,* cit.

[45] I riferimenti che si ritrovano, sul punto, in F. Mucciarelli, *«Ancorché» superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, cit., sono a S. Seminara, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 677, L. Conti, *Disposizioni penali in materia di società e di consorzi*, 4a ed., Bologna-Roma, 2004, p. 73 e ss., L. Foffani, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda e S. Seminara, Padova, 2002, p. 265.

Viene, infine, smentita la pregnanza del parallelismo con l'art. 2638 c.c., trattandosi – secondo questo costrutto – di illecito del tutto diverso e non interessato dall'intervento riformatore.

Ebbene, se questo è lo stato della dottrina, non può tacersi che la Corte di Cassazione – con una decisione che ha suscitato notevole scalpore mediatico – sembra avere sposato la tesi della rilevanza, nell'economia del precetto, della mancata riproduzione del sintagma, laddove dovrebbe aver individuato un momento di discontinuità normativa tra il "vecchio" ed il "nuovo" falso in bilancio.

Secondo le notizie disponibili nel momento in cui il presente contributo viene licenziato, l'annullamento della condanna per Luigi Crespi[46] e per i suoi coimputati per falsi in bilancio legati a valutazioni è dovuto alla novità normativa, come arguibile dalla circostanza che la sentenza sia intervenuta dopo un rinvio richiesto dalla difesa alla luce dell'imminente entrata in vigore della legge – ritenuta parzialmente abrogativa – ed all'indomani, appunto, dell'operatività della norma di nuovo conio[47].

5. I fatti di lieve entità

Una delle – apparenti – novità della norma è la previsione di una disciplina meno grave laddove i fatti di cui all'art. 2621 c.c. siano riferibili a società di ridotto ambito dimensionale ed operativo.

L'art. 2621-*bis* c.c. recita, infatti: «(Fatti di lieve entità). Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la pena da sei mesi a tre anni di reclusione se i fatti di cui all'articolo 2621 sono di lieve entità, tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta.

Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la stessa pena di cui al comma precedente quando i fatti di cui all'articolo 2621 riguardano società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. In tale caso, il delitto è procedibile a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale».

Tale disciplina si riferisce alla sola falsità delle comunicazioni sociali nelle società non quotate ed entra in gioco nel solo caso in cui non sia configurabile la figura di reato più grave, data la clausola di salvezza che precede il testo.

Come condivisibilmente sostenuto in dottrina[48], si tratta di fattispecie autonome rispetto a quella prevista dall'art. 2621 c.c.[49], come evincibile da una serie di indici:

- la clausola di riserva di cui agli incisi iniziali ("*Salvo che costituiscano più grave reato*"), che sottintende che anche le fattispecie che le contengono e rispetto alle quali opera la salvezza siano figure autonome.
- la presenza, nella successiva disposizione di cui all'art. 2621-*ter* c.c., sulla causa di non punibilità della tenuità del fatto, accanto ai fatti di cui all'art. 2621, di quelli di cui all'art. 2621-*bis* c.c., il che attribuisce loro un'autonoma dignità precettiva;
- la previsione, nell'art. 25-*ter* co. 1 lett. a-*bis* del d.lg. n. 231 del 2001, di una sanzione *ad hoc* per il reato di cui all'art. 2621-*bis* c.c.

Interessante notare, poi, che la natura autonoma della nuova fattispecie farà sì che essa non possa essere neutralizzata dal giudizio di comparazione con eventuali aggravanti; essa implica, inoltre, che il non inserimento dell'art. 2621-*bis* c.c. nell'art. 223 co. 2 n. 1 L.F. costituisca un argomento insuperabile per negare che, tra i reati presupposto della bancarotta societaria da falso in bilancio, possa annoverarsi anche la figura di reato in discorso.

Ciò posto, quando potrà parlarsi dell'ipotesi lieve?

Sotto questo aspetto, la norma pecca di indeterminatezza, lasciando indefinito questo momento centrale per la riconducibilità dei fatti alla fattispecie meno grave[50], dovendo presumersi che sarà la pratica giudiziaria a riempire di significato quello che, in questa fase, sembra essere un simulacro vuoto.

Quello che può dirsi è che la levità del reato dovrà ricorrere, congiuntamente, rispetto alla natura ed alla dimensione della società ed alle modalità od agli effetti della condotta, mentre, difettando tale requisito anche solo per un aspetto, dovrà ritenersi ipotizzabile la fattispecie più grave, con la precisazione, tuttavia, che alla congiunzione *"o"* deve essere dato il significato che la lieve entità deve essere ritenuta sussistente, oltre che rispetto ai parametri dimensionali, rispetto – alternativamente – o alle modalità o agli effetti della condotta.

Più agevole, per l'interprete, la decodificazione dell'ipotesi lieve di cui al comma secondo, configura-

[46] L'ex sondaggista di Silvio Berlusconi.

[47] Si veda l'articolo di L. Ferrarella dal titolo *La Cassazione e la nuova legge: il falso in bilancio più debole,* in *http://www.corriere.it/cronache/15_giugno_17/cassazione-nuova-legge-falso-bilancio-piu-debole-7df77d6a- 4b1-11e5-9e87-27d8c82ea4f6.shtml*, notizia riproposta da vari organi di informazione.

[48] M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità,* cit.

[49] Convengono con questa ricostruzione anche R. Bricchetti - L. Pistorelli, in *Per le "non quotate" la tenuità del fatto salva dalla condanna,* cit., i quali, tuttavia, attribuiscono l'attuale natura ad un viraggio effettuato dopo la formulazione della norma, particolarmente ancorata alla fattispecie più grave sotto il profilo strutturale e descrittivo: «La singolare struttura rende fin troppo agevole immaginare che la fattispecie sia stata originariamente ideata come una circostanza attenuante del delitto di false comunicazioni sociali successivamente resa autonoma, probabilmente per prevenire il rischio che l'eventuale concorso di aggravanti ne assorbisse gli effetti in caso di esito negativo del giudizio di bilanciamento».

[50] R. Bricchetti e L. Pistorelli, in "*Per le "non quotate" la tenuità del fatto salva dalla condanna" cit,* stigmatizzano l'ampiezza del potere discrezionale del Giudice nel riempire di contenuto la disposizione.

bile quando la società abbia il possesso congiunto dei requisiti per la non fallibilità, vale a dire: 1) sia connotata da un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; 2) abbia realizzato, negli ultimi tre esercizi, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; 3) abbia un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. In quest'ultimo caso, la procedibilità è a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione.

Stante la perdurante vigenza dell'art. 2640 c.c., nulla in astratto potrebbe escludere, infine, che all'autonoma figura dei fatti di lieve entità, possa applicarsi l'attenuante della particolare tenuità, anche se francamente risulta difficile non solo e non tanto districarsi tra i concetti di lieve entità e particolare tenuità ma, soprattutto, recuperare per quest'ultima un margine di operatività, apparendo sovrapponibile alla causa di non punibilità dell'art. 2621-*ter* c.c. di cui si dirà *infra.*

6. La particolare tenuità nel campo delle false comunicazioni sociali

L'art. 2621-*ter* c.c. (intitolato *"Non punibilità per particolare tenuità"*) detta una regola specifica per l'applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. alle società non quotate, sancendo che il giudice debba valutare *"in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621-bis".*

È evidente che il percorso decisionale del giudice è stato imbrigliato, stabilendo che, nella valutazione della generale causa di non punibilità di nuovissimo conio (l'art. 131-*bis* c.p. è stato introdotto dall'art. 1 del d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28), tra i parametri della norma codicistica (modalità della condotta ed entità del danno o del pericolo) debba essere riconosciuta preminenza ad uno di essi.

Questo, se da una parte non significa che gli altri requisiti debbano essere completamente tralasciati, significa aver attribuito una pregnanza altamente significativa ad un aspetto, che, tuttavia, se ritenuto sussistente, potrebbe difficilmente condurre ad applicazioni a favore dell'indagato/imputato.

Molto interessante, a questo proposito, è infatti l'osservazione secondo cui «I delitti di cui agli artt. 2621 e 2621-*bis* c.c. hanno natura di reati di pericolo (concreto): incentrare quindi sull'elemento dell'entità del danno prodotto alla società, ai soci o ai creditori la valutazione "prevalente", nel caso di specie, della causa di non punibilità della tenuità del fatto rende di difficile operatività tale norma. Se invero si è arrivati a cagionare un danno vuol dire che si è già transitati dal pericolo al danno, e quindi il fatto sarà difficilmente di particolare tenuità[51]».

A questo proposito, si è poi giustamente osservato che la natura di reati di pericolo dei delitti *ex* artt. 2621 e 2621-*bis* c.c. rende difficile che le indagini e l'istruttoria dibattimentale esplorino il profilo del danno, sicché potranno determinarsi situazioni in cui il giudice non avrà a disposizione dati sufficienti in tale senso, che non potrà che essere onere di colui che invoca la causa di non punibilità documentare[52].

7. Tematiche di diritto intertemporale e risvolti sostanziali e processuali della riforma

A prescindere dalla questione del sintagma "ancorché…" e dalle – importanti – conseguenze della sua mancata riproposizione in termini di **continuità normativa**, occorre riflettere sul fatto che, in termini generali, la rimodulazione della risposta punitiva non sembra comportare alcuna conseguenza su quest'ultimo aspetto, giacché il legislatore pare abbia "coperto" tutte le ipotesi precedentemente sanzionate, conservando rilevanza penale a condotte/nucleo di falsificazione già sanzionate ovvero, rispetto alle quali, nel vecchio art. 2622 c.c. si agganciava, quale elemento ulteriore, anche il danno.

Anche la canalizzazione delle condotte di lieve entità nelle relative fattispecie non rappresenta che una rimodulazione sanzionatoria che nulla comporta in termini di effetto abrogativo.

In punto di comparazione tra gli statuti punitivi succedutisi, occorre rilevare che le **sanzioni** sono state oggetto di un generale inasprimento.

Le pene previste per le società non quotate erano, infatti, per le false comunicazioni sociali "senza danno", l'arresto fino a due anni e, per quelle "con il danno", la reclusione da sei mesi a tre anni se la società non era quotata, in caso contrario la sanzione si inaspriva da uno a quattro anni e da due a sei anni solo – in quest'ultimo caso – allorché vi era stato grave nocumento per i risparmiatori.

Oggi la disciplina è sensibilmente più severa, sotto il profilo sanzionatorio, in quanto le false comunicazioni sociali, per le società non quotate, possono condurre ad una pena che va da uno a cinque anni e, per le società quotate e ad esse equiparate da tre ad otto anni di reclusione.

Inoltre vi potrebbero essere situazioni in cui fatti che prima sarebbero rimasti entro le soglie stabilite dall'art. 2621 co. 3 e 4 c.c. ed oggi non riprodotte riprendono vigore penale.

In tutti questi casi, è evidente che non vi sarà questione di applicabilità della nuova normativa ai fatti pregressi.

Il principio della retroattività della *lex mitior*, invece, importerà che ogni condotta prima rientrante

[51] M. Gambardella, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, cit.

[52] F. Mucciarelli, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, cit.

negli schemi punitivi degli artt. 2621 e 2622 c.c., ad eccezione che quella del grave nocumento ai risparmiatori, potrà essere interessata dal proscioglimento per particolare tenuità, applicandosi non solo alle società non quotate (come peraltro oggi) ma anche alle società quotate, nella vecchia formulazione dello statuto punitivo, una pena rientrante nei cinque anni di reclusione.

A questo proposito, infatti, il principio sancito dall'art. 2 co. 4 c.p. non solo si applicherà per individuare nel regime previgente quello meno severamente sanzionato, ma anche per sancire l'operatività retroattiva dello stesso istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p., data la natura sostanziale del proscioglimento per particolare tenuità – che è una causa di non punibilità, la cui previsione è collocata all'interno del capo del codice penale dedicato alla commisurazione della pena –, come confermata dalla Suprema Corte[53].

Qualche conseguenza potrebbe trarsi dal regime della procedibilità a querela introdotto per le violazioni di lieve entità di cui all'art. 2621-*bis* co. 2 c.c. laddove queste ultime rientrassero, prima della riforma, nella fattispecie contravvenzionale di cui al "vecchio" 2621 c.c. e fossero al di sopra delle soglie di legge ed oggi, appunto, nella suddetta disposizione di nuovo conio perché riferibili a società non fallibili.

A prescindere, infatti, dalla maggiore severità sanzionatoria dell'odierna fattispecie, sia pure connotata dalla levità del fatto, rispetto alla vecchia, l'interprete dovrebbe effettuare una valutazione complessiva dello statuto punitivo e verificare, nel concreto, quale sia la normativa più favorevole per l'indagato/imputato, in ossequio al principio di cui all'art. 2 co. 4 c.p.

Ebbene, data la natura mista (sostanziale e processuale) dell'istituto della querela, si è dell'opinione che anche la considerazione di quest'ultima rientri nella scelta della legge più favorevole e che, pertanto, secondo una valutazione attagliata al caso di specie, quando manchi un atto assimilabile ad una querela (per cui il reato sia improcedibile), la normativa di maggior favore debba essere ritenuta quella oggi in vigore, ancorché il reato sia delitto, e debba essere sancita l'improcedibilità della fattispecie[54].

La prescrizione è ovviamente anch'essa diversamente articolata: quando il fatto è relativo a società non quotate, sussista o meno l'ipotesi meno grave, il reato si prescriverà ordinariamente in sei anni (con il generale allungamento a sette anni e mezzo)[55] e, nel caso della società quotate, in otto anni (con l'allungamento a dieci anni).

Quanto alle conseguenze dell'applicazione delle nuove sanzioni ai fatti commessi dopo il 14 giugno, data di entrata in vigore della riforma, occorre dire che sarà possibile, per ogni ipotesi di falso in bilancio, che non sia lieve, applicare misure cautelari – ivi compresa la custodia in carcere – e, per quello relativo a società quotate, anche autorizzare intercettazioni.

8. Qualche osservazione di chiusura

Al momento, data la "doccia fredda" rappresentata dalla sentenza Crespi e dall'interpretazione che essa sembrerebbe aver sposato, qualsiasi conclusione sulla condivisibilità o meno delle scelte legislative non può che essere sospesa.

È, tuttavia, evidente che, quale che sia la causa del corto circuito creatosi – una precisa scelta normativa, un difetto di tecnica legislativa ovvero, ancora, un errore interpretativo – occorre comunque prenderne atto e domandarsi quale futuro abbia il falso in bilancio.

Ancorché il legislatore sembrasse animato dalle migliori intenzioni, infatti, il rischio di un'esegesi abrogativa incombe e, se a quest'ultima non si ponesse rimedio ovvero se non vi fosse un intervento chiarificatore a livello di normazione, la disciplina rischierebbe di divenire un vero e proprio *bluff*.

Relegare, infatti, alla falsa o reticente rappresentazione di fatti oggettivi falsi la punibilità della fattispecie, significherebbe aver creato un vuoto di tutela rispetto allo strumento di comunicazione sociale per eccellenza quale è il bilancio, che si nutre di valutazioni, nascondendosi dietro le quali chiunque potrebbe fornire una rappresentazione alterata delle condizioni aziendali.

Norme di interesse

«Art. 2621. – *(False comunicazioni sociali)*. – Fuori dai casi previsti dall'articolo 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi».

«Art. 2621-*bis*. *(Fatti di lieve entità)*. – Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la pena da sei mesi a tre anni di reclusione se i fatti di cui all'articolo

[53] Cass. pen., sez. 3, 15 aprile 2015, n. 15449; in questo senso anche la relazione dell'Ufficio del Massimario Rel. n. III/02/2015 del 23 aprile 2015.

[54] In quest'ottica, sia pure in relazione ad altra fattispecie, cfr. Cass. pen., sez. VI, 26/11/1999, n. 3946.

[55] Fatti salvi i casi di cui all'art. 99 co. 2 e 4 e 101, 103 e 105 c.p., come previsto dall'art. 161 co. 2 c.p.

2621 sono di lieve entità, tenuto conto della natura e delle dimensioni della società e delle modalità o degli effetti della condotta. Salvo che costituiscano più grave reato, si applica la stessa pena di cui al comma precedente quando i fatti di cui all'articolo 2621 riguardano società che non superano i limiti indicati dal secondo comma dell'articolo 1 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. In tale caso, il delitto è procedibile a querela della società, dei soci, dei creditori o degli altri destinatari della comunicazione sociale.

Art. 2621-*ter. (Non punibilità per parti-colare tenuità)* – Ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'ar-ticolo 131-*bis* del codice penale, il giudice valuta, in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621-*bis*».

«Art. 2622. *(False comunicazioni sociali delle società quotate)* – Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negozia-zione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali di-rette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono fatti materiali non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni. Alle società indicate nel comma prece-dente sono equiparate: 1) le società emittenti strumenti finanziari per i quali è stata presentata una richiesta di ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea; 2) le società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un sistema multilaterale di negoziazione italiano; 3) le società che controllano società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell'Unione europea; 4) le società che fanno appello al pubblico risparmio o che comunque lo gestiscono. Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi».

Paola Borrelli
Giudice per le indagini preliminari e per l'udienza preliminare del Tribunale di Nola

La l. 47/15: un'oscillazione tra stimolo e contenimento della discrezionalità del giudice della cautela

Il presente contributo analizza le novità della l. 47 del 2015 che hanno inciso direttamente sull'attività del giudice della cautela, vagliandone i contenuti e cercando di studiarne le prospettive applicative e di interrogarsi sui profili problematici, grazie anche all'elaborazione dottrinaria e giurisprudenziale pregressa concernente alcune delle disposizioni interessate dalle novità legislative.

sommario

Premessa. – **1.** Le modifiche dell'art. 274 c.p.p. e l'ulteriore definizione dei margini valutativi del giudice sulla sussistenza delle esigenze cautelari – il profilo dell'attualità. – **2.** *Segue* – Le modifiche dell'art. 274 c.p.p. e l'ulteriore definizione dei margini valutativi del giudice sulla sussistenza delle esigenze cautelari – il profilo della gravità del titolo di reato. – **3.** *Segue* – Le modifiche dell'art. 274 c.p.p. – il coordinamento con l'art. 280 c.p.p. – **4.** Le modifiche agli artt. 275 e 299 c.p.p. e la possibilità di applicare cumulativamente misure diverse dalla custodia in carcere. – **5.** La modifica all'art. 275 c.p.p. e l'adeguamento all'opera demolitiva della Corte Costituzionale sulle presunzioni. – **6.** *Segue* – L'art. 275 c.p.p. ed il ruolo degli arresti domiciliari con sistemi di controllo a distanza. – **7.** Come cambiano le conseguenze dell'evasione: le modifiche degli artt. 276 co. 1-*ter* e 284 co. 5-*bis* c.p.p. – **8.** Il restyling delle misure interdittive e, in particolare, di quella di cui all'art. 289 c.p.p. – **9.** L'autonoma valutazione: i giudici devono... giudicare. – **10.** In conclusione.

Premessa

L'8 maggio scorso è entrata in vigore la legge 47/15, che ha introdotto novità rilevanti, oltre che sull'attività del tribunale del riesame, anche su quella del primo giudice della cautela, aspetto – quest'ultimo – su cui si focalizzerà l'attenzione nel presente contributo[1] [2].

A questo proposito, giova anticipare, in linea generale, che la riforma si è mossa su direttrici apparentemente confliggenti, da una parte restituendo al giudice un più ampio potere decisionale, *in primis* con il ridimensionamento degli automatismi normativi, dall'altro – soprattutto – restringendo le maglie della sua valutazione[3], che è stata puntellata di passaggi decisionali e motivazionali inediti.

Il denominatore comune dell'iniziativa legislativa – che segue ad altre della medesima ispirazione[4] – è

[1] Le novità della riforma sulle impugnazioni sono oggetto di altro commento, pubblicato su questo numero della Rivista, a firma della dott.ssa Valeria Bove.

[2] Il presente contributo fonda anche su riflessioni sviluppate nell'intervento alla tavola rotonda tenutasi il 19.6.15 su iniziativa della struttura territoriale della S.S.M. per il Distretto di Corte di Appello di Napoli dal titolo *"Procedere con cautela – L'eterno cantiere delle riforme in materia cautelare"*.

[3] La lettura dei lavori parlamentari rende evidente il fine dichiarato di ridurre la discrezionalità del decidente. Per esempio, dello «scopo di limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari» quale obiettivo della novella dell'art. 274 c.p.p., si legge nel *Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1232 – "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali" n. 95 del gennaio 2014,* in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 4 febbraio 2014. In questo senso si veda anche la Relazione dell'ufficio del Massimario n. III/03/2015 del 6 maggio 2015, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, in *Italgiureweb*.

[4] Il d.l. n. 78/2013, convertito, con modificazioni, nella L. 94 / 13 ha novellato, in primo luogo, l'art. 280 co. 2 codice di rito, prevedendo la possibilità di adottare la custodia carceraria solo per i delitti, consumati o tentati, per cui è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (incrementando il limite precedente, pari a quattro anni) ovvero nel caso di delitto di finanziamento illecito dei partiti. Per evidenti esigenze di coordinamento, è stato novellato l'art. 274, co. 1, lett. c), c.p.p., introducendo la locuzione per cui la custodia cautelare in carcere è disposta solo se si tratta di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. L'art. 275 co. 2-*bis*, c.p.p. è stato novellato dal d.l. n. 94/2014, convertito, con modificazioni, nella l. 117 / 14; il primo periodo del comma 2-*bis* ha imposto come necessaria la prognosi sulla futura sospensione condizionale della pena anche in vista dell'applicazione degli arresti domiciliari, oltre che per la custodia in carcere. Il secondo periodo ha subito importanti innovazioni: accanto alla previsione secondo cui non può applicarsi «la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni» vi sono diverse eccezioni. La prognosi sulla pena irroganda non sarà necessaria nelle ipotesi previste dagli artt. 275 co. 3, 276 co. 1-*ter* e 280 co. 3, c.p.p. ovvero quando si proceda per i delitti di cui agli artt. 423-*bis*, 572, 612-*bis*, 624-*bis* c.p. nonché per i delitti indicati all'art. 4-*bis* ord. penit., ovvero, ancora, qualora non possano essere disposti gli arresti domiciliari per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione di cui all'art. 284 co. 1 c.p.p. Altra modifica riguarda le "particolari modalità di controllo" per i detenuti agli arresti domiciliari di cui all'art. 275-*bis* c.p.p. che,

indubbiamente quello della contrazione del ricorso al carcere, sulla spinta della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Torreggiani contro Italia e degli input che ne sono derivati per il nostro Paese, chiamato a risolvere il problema del sovraffollamento carcerario, con l'applicazione di pene non privative della libertà personale in alternativa a quelle detentive e l'adozione di misure per ridimensionare l'utilizzo della custodia cautelare in carcere[5] [6].

Più nel dettaglio, la portata della novella sull'attività del giudice può essere così schematicamente ricostruita[7]:

- le esigenze di prevenzione del pericolo di fuga e di recidiva devono essere, oltre che concrete, anche attuali e giammai la valutazione circa la loro sussistenza può essere fondata su meccanismi retributivi, *sub specie* di giudizi ancorati solo alla gravità dell'ipotesi di reato contestata;
- la custodia in carcere diviene sempre più residuale, sia perché il legislatore – con un *restyling* di possibilità e meccanismi applicativi delle misure già note – ha messo a disposizione del giudice strumenti alternativi più duttili e funzionali, sia in quanto ha intensificato la presenza di "paletti" decisionali e motivazionali da superare laddove si applichi la misura estrema, sia, infine, giacché ha attenuato alcuni automatismi normativi, i quali pure conducevano, a determinate condizioni, ad un'applicazione quasi obbligatoria del carcere[8];
- la motivazione del giudice della cautela deve essere fondata su una valutazione autonoma rispetto a quella della parte pubblica, a pena di nullità del provvedimento non emendabile dal tribunale del riesame, se il vizio riguarda i gravi indizi, le esigenze cautelari o gli elementi addotti dalla difesa.

1. Le modifiche dell'art. 274 c.p.p. e l'ulteriore definizione dei margini valutativi del giudice sulla sussistenza delle esigenze cautelari – il profilo dell'attualità

I requisiti per ritenere esistenti le esigenze di prevenzione del pericolo di fuga e di recidiva hanno subito, *in parte qua*, una rimodulazione simmetrica. Il testo delle lettere b) e c) del primo comma dell'art. 274 c.p.p. come rimaneggiato dalla novella prevede, infatti, che le misure possano essere applicate quando il pericolo di fuga o di recidiva, oltre che concreto, sia anche attuale.

La connotazione di attualità delle esigenze non è una novità assoluta, avendola il legislatore già prevista per la lettera a) dell'art. 274 con la l. 8 agosto 1995, n. 332 ed essendovene già una traccia tangibile nella disciplina relativa alla motivazione, laddove l'art. 292 co. 2 lett. c) c.p.p. dispone, in tema di motivazione dell'ordinanza del giudice, che il provvedimento debba tenere conto, anche nell'illustrazione degli elementi fondanti le esigenze cautelari, "del tempo trascorso dalla commissione del reato".

Quest'ultima disposizione già valeva, evidentemente, a facilitare il percorso motivazionale per i fatti recenti e, viceversa, a renderlo più arduo nel caso in cui la risposta cautelare intervenisse a distanza di tempo, quando la presenza degli indici della potenzialità criminale del soggetto non potesse essere immediatamente evinta dalla stessa vicenda di illegalità oggetto del procedimento.

Deve, tuttavia, dirsi che la disposizione era scarsamente applicata, anche perché la giurisprudenza di legittimità aveva più volte sancito il principio secondo cui non era necessario, ad integrare le esigenze di cui alle lettere b) e c) dell'art. 274 c.p.p., che i pericoli ad esse connesse fossero attuali, portando avanti un'opera

secondo le previsioni del d.l. n. 146/2013, convertito, con modificazioni, nella l. n. 10/2014, non vanno più disposte se il giudice lo ritenga necessario in relazione alla natura ed al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto, ma "salvo che le ritenga non necessarie".

[5] È noto che l'8 gennaio 2013, la Corte EDU, con il meccanismo della sentenza pilota, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, a causa delle condizioni in cui erano costretti a vivere i detenuti ricorrenti, i quali erano allocati in celle, prive di acqua calda, di sufficiente aereazione ed illuminazione, in cui potevano fruire di tre metri quadri ciascuno. Nell'occasione, la Corte è andata oltre l'esame della posizione dei ricorrenti, reputando esservi un problema di sovraffollamento più ampio e generalizzato ed ha sollecitato lo Stato italiano a fronteggiarlo, incentivando forme di sanzione e di cautela diverse dal carcere ed imponendo, specificamente, allo Stato convenuto, entro il termine di un anno, di istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi idonei ad offrire una riparazione adeguata e sufficiente in caso di sovraffollamento carcerario. Si veda anche, nell'ottica di una piena condivisione delle argomentazioni della sentenza Torreggiani, la sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 2013. Nel senso che queste fossero le ragioni della riforma, si veda la Relazione dell'ufficio del Massimario n. III/03/2015 del 6 maggio 2015, *Le nuove disposizioni in tema di misure* cautelari, in *Italgiureweb* e sia consentito il richiamo a P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 3 giugno 2015.

[6] Per un quadro generale delle riforme seguite alla sentenza Torreggiani e per una valutazione critica delle stesse, si veda G. Illuminati, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa – Testo riveduto della relazione tenuta al convegno internazionale "Forum procesalista" (Università di Salamanca, 20 novembre 2014)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 26 marzo 2015; M.F. Cortesi, *Torreggiani c. Italia – I giudici europei dettano le linee guida contro il sovraffollamento carcerario*, in *Dir. Pen. e Processo, 2014, 12 – Allegato 1, 72;* L. Filippi, *Adelante Pedro… con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. Pen. e Processo,* 2014, 4, p. 377.

[7] Giova ricordare che alcuni degli aspetti dell'intervento normativo in commento, in prospettiva *de iure condendo*, erano stati già valutati positivamente in G. Ciani, *La situazione della giustizia penale secondo il procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte,* in *Cass. Pen.,* fasc.2, 2014, p. 0435B.

[8] Contiene una valutazione dei progetti di legge allora *in itinere* e delle modifiche relative agli artt. 274, 275 e 308 c.p.p. oggi approvate, C. Fiorio, *Misure cautelari personali e sovraffollamento carcerario: "cocci" di un'altra legislatura "sprecata"*, in *Giur. It.,* 2013, p. 3.

di delimitazione del requisito della concretezza – l'unico ad aggettivare fino all'8 maggio i rischi cautelari in discorso – che lo differenziasse da quello dell'attualità, non richiesto[9].

Orbene, la riforma lancia un segnale ben preciso ed è proprio quello in commento uno dei passaggi più eloquenti che segna l'*intentio legis* di circoscrivere la discrezionalità del decidente, anche se va detto che l'ipertrofia normativa che ne deriva – si pensi a quella che già caratterizzava, in particolare, la lettera c) – non è immune dal rischio di appesantire talmente il ragionamento del decidente, da svilire la reale essenza contenitiva della novella.

D'altra parte, fin dai primi commenti, si sono manifestate perplessità circa la possibilità di operare una reale distinzione tra "concretezza" ed "attualità"[10] e la relazione svolta in aula alla Camera sulla proposta di legge conteneva argomentazioni non dissimili, individuando la causa della nuova aggettivazione nella necessità – sostanzialmente – di chiarire ai magistrati un concetto già scontato, ma che essi non avevano ben recepito, segnatamente quello della necessità di operare valutazioni non astratte della singola vicenda[11].

Ebbene, a prescindere dalle motivazioni e dalla portata dell'innovazione, la riflessione che può trarre chi si occupa "per mestiere" di misure cautelari proiettando nella pratica il requisito di nuovo conio è che il giudice possa valutare – ferma restando la necessità che sussistano gli altri parametri individuati dal legislatore – come attuali le esigenze in due casi.

In primo luogo, ciò accadrà certamente quando i fatti siano recenti e rappresentino, quindi, il precipitato di uno slancio criminale non distante nel tempo e, come tale, suscettibile di dare luogo a nuovi episodi criminosi perché non sopito ovvero verosimilmente non oggetto di ripensamento. Quanto al pericolo di fuga, la mancanza di soluzioni di continuità apprezzabili tra il momento dell'illecito e quello dell'intervento cautelare potrà essere valutato come non rassicurante circa l'assenza della volontà di sottrarsi alle conseguenze del proprio operato[12], pur potendosi – beninteso – essa sperimentare realmente solo quando il soggetto sappia dell'esistenza del procedimento a suo carico. Nella pratica giudiziaria la vicinanza dei fatti al momento della risposta cautelare si ha certamente nei casi di convalida di arresto o fermo (in quest'ultimo caso solo allorché si riferisca a fatti recenti), mentre, nei casi di richieste "ordinarie", la tempestività dell'intervento cautelare sconta i tempi dell'espletamento delle indagini, della redazione dell'informativa da parte della P.G., di scrittura della richiesta da parte del P.M. e di stesura dell'ordinanza ad opera del giudice. A questo proposito, a prescindere da situazioni patologiche di ritardo, è evidente che ciascuna delle fasi suddette è tanto più suscettibile di appesantimento quanto maggiore sia l'ampiezza del procedimento, ampiezza che non è appannaggio del giudice stabilire. In questo senso, la riforma, oltre che "bacchettare" i giudici della cautela, deve essere letta come monito agli uffici di Procura, affinché non diano luogo – salvo che ciò non sia assolutamente necessario – a procedimenti ipertrofici, quanto ai tempi delle investigazioni, ai soggetti coinvolti ed al numero delle imputazioni; procedimenti lo sviluppo dei quali richiede necessariamente dei tempi di gestione che ritardano, anche di anni, il momento della risposta cautelare[13] ovvero affinché selezionino l'iniziativa cautelare rispetto alle posizioni per cui esiste effettivamente un rischio da fronteggiare.

Vi è poi un altro caso – ecco il secondo momento di possibile concretizzazione del neo requisito – in cui il giudice potrà sentire come attuale il pericolo di fuga e quello di recidiva: ciò accadrà quando, a prescindere dalla distanza temporale del o degli episodi contestati, la parte pubblica avrà raccolto dati aggiornati che testimonino dei *pericula* che la misura dovrebbe scongiurare. È evidente che, anche in questo caso, l'operato degli uffici di Procura si presenta decisamente strategico nel fornire al giudice informazioni recenti, onde l'opportunità di "seguire" le posizioni per cui intende

[9] In tema si vedano, Cass. pen., sez. V, 15 maggio 2014, n. 24051 – che richiama un principio più volte affermato, in termini generali, dalla Corte – secondo cui «In temi di reati personali, ai fini della valutazione del pericolo che l'imputato commetta ulteriori reati della stessa specie, il requisito della "concretezza", cui si richiama l'art. 274, comma primo, lett. c), cod. proc. pen., non si identifica con quello di "attualità" derivante dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati, dovendo, al contrario, essere riconosciuto alla sola condizione, necessaria e sufficiente, che esistano elementi "concreti" (cioè non meramente congetturali) sulla base dei quali possa affermarsi che l'imputato, verificandosi l'occasione, possa facilmente commettere reati che offendono lo stesso bene giuridico di quello per cui si procede. (Annulla in parte con rinvio, Trib. lib. Roma, 29 gennaio 2014)»; negli stessi, sensi, Cass. pen., 5 aprile 2013 n. 28618; Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 6797; Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 2013, n. 15667; Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 2012 n. 18851; Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2009, n. 25214; Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2004 n. 26833; Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2004, n. 10347.

[10] In questo senso, si veda E. Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, nella *Raccolta della struttura territoriale della S.S.M. per il Distretto di Corte di Appello di Napoli "Diritti & Giurisdizione", n. 3 / 2015 p. 43*.

[11] Ci si riferisce all'intervento alla Camera del relatore Onorevole Rossomando: «Si potrebbe dire che ciò che è concreto deve essere anche attuale considerato che i criteri delle misure cautelari devono essere interpretati in maniera estremamente rigorosa in quanto coinvolgono a diversi livelli la libertà dell'individuo, ma si è visto che non è così nei fatti. In alcuni casi, le innovazioni legislative oltre ad avere una portata normativa hanno anche un significato di messaggio diretto a chi è chiamato ad applicare poi la nuova norma. In questo caso il messaggio è quello di ricordarsi che devono realmente sussistere le esigenze cautelari e non essere una mera ipotesi astratta».

[12] In quanto attribuibile alla contiguità temporale e non già ad una reale scelta di permanenza sul territorio.

[13] Per non parlare dei tempi di gestione delle altre fasi.

richiedere l'emissione di ordinanza anche successivamente alla conclusione degli accertamenti concernenti i reati per cui si richiede l'applicazione del vincolo[14].

2. *Segue* – Le modifiche dell'art. 274 c.p.p. e l'ulteriore definizione dei margini valutativi del giudice sulla sussistenza delle esigenze cautelari – il profilo della gravità del titolo di reato

Il legislatore ha altresì sancito, per quanto riguarda entrambe le esigenze cautelari già rimaneggiate con l'introduzione del requisito dell'attualità, che le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede, precisando, per quanto riguarda il pericolo di recidiva, che ciò vale "anche in relazione alla personalità dell'imputato".

I primi concetti che vengono in mente, riflettendo su questo aspetto della riforma, sono quelli di "retribuzione" e di "automatismo".

L'uno in quanto la novella ha inteso depurare il ragionamento cautelare da ogni tentazione sanzionatoria, legata alla necessità di anticipare impropriamente ad una fase destinata ad altri fini la punizione del colpevole, vuoi per l'allarme che la sua condotta ha suscitato, vuoi per la sfiducia nei tempi della definizione del procedimento[15] [16].

L'altro in quanto la riforma persegue il ripudio – *rectius*, il ridimensionamento – degli automatismi, come si vedrà anche a proposito dell'art. 275 co. 3 c.p.p., mirando ad una personalizzazione massima del giudizio sulle esigenze cautelari che passi soprattutto attraverso la ponderazione degli aspetti specifici del fatto e della personalità del soggetto.

In quest'ottica è chiaro che la gravità del reato commesso mantiene pur sempre una sua rilevanza che lo pone accanto agli altri indici, come d'altra parte testimoniato dal fatto che è oggi vietato non già l'utilizzo *tout court* di questo parametro, ma il riferimento "esclusivo" ad esso.

La commissione di un reato grave potrà, infatti, ancora essere validamente ritenuto un indice di una maggiore incapacità di autocontrollo o di ripudio della legalità in quanto l'autore vi è addivenuto superando ogni remora legata al disvalore ed alla sanzione che l'ordinamento collega a quella condotta. Il che testimonia il pericolo che questa incapacità di autolimitarsi e questo disprezzo per la legalità si manifestino nuovamente in futuro, commettendo altri reati o evitando con la fuga le – pesanti – conseguenze giudiziarie del proprio operato[17].

Un'interpretazione sistematica della norma, inoltre, impone una riflessione sulla perdurante valenza del parametro in discorso, sia pure in un momento logicamente e normativamente successivo a quello della scelta sul se applicare la misura cautelare: è rimasto invariato, infatti, il testo dell'art. 275 co. 2 c.p.p., che, sancendo il principio di proporzionalità, ricollega all'entità del fatto ed alla sanzione irrogata o che prevedibilmente verrà inflitta la scelta della misura cautelare[18].

Vale la pena di osservare che, quanto all'incidenza determinante non già del fatto-reato astratto, ma delle modalità concrete di esso – testualmente ancora prevista – e quanto alla possibilità di osmosi tra giudizio sul fatto e giudizio sulla personalità – reiteratamente ammessa in giurisprudenza[19] – ovvero alla correlazio-

[14] Strada difficile da percorrere, quantomeno in termini generalizzati, riguardando i carichi della Procura di S. Maria Capua Vetere (dove la scrivente ha prestato a lungo servizio) o di quella di Nola.

[15] Riflessioni di questo tipo si trovano nella già citata relazione dell'On. Rossomando: «È evidente che si tratta di un punto molto delicato in quanto rischia di entrare in collisione la valenza giuridica dell'istituto della custodia cautelare in carcere con la percezione che la collettività ha di tale istituto che viene considerato come una anticipazione giusta e necessaria di quella che sarà la pena definitiva che sarà prevista in un futuro non bene precisato dalla sentenza definitiva di condanna. In realtà, si tratta di una collisione solo apparente. Con la modifica prevista si vuole ancorare maggiormente alla natura di misura cautelare, che la custodia in carcere ha, la misura in concreto da adottare in assenza di condanna».

[16] Sulla possibile deriva – giurisprudenziale e normativa – verso una finalizzazione retributiva della cautela, si veda G. Illuminati, *Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all'Europa*, cit., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* laddove, sul presupposto del collegamento tra sovraffollamento carcerario da carcerazione preventiva ed eccessiva durata del processo, scriveva: «Ciò induce inevitabilmente ad attribuire alla carcerazione in corso di giudizio – per scongiurare vuoti di tutela – una funzione sostitutiva della pena, della quale costituisce in via di fatto un'anticipazione, nonostante la proclamazione costituzionale della presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva (art. 27, c. 2, Cost.) che la vieterebbe, e nonostante che la custodia in carcere, stando alla lettera della legge, sia consentita soltanto in presenza delle specifiche esigenze cautelari indicate dall'art. 274 c.p.p. Nelle motivazioni dei provvedimenti in materia, lo scopo di anticipare la pena non è mai espressamente menzionato, ma spesso traspare dagli argomenti utilizzati; e non sono poche le disposizioni del codice – specie quelle sopravvenute alla riforma del 1989 – dalle quali si può desumere l'intenzione del legislatore di favorire tale orientamento, anche derogando alle affermazioni di principio che imporrebbero che il carcere preventivo fosse impiegato come *extrema ratio*».

[17] Questa interpretazione non sembra confliggere con la volontà legislativa. Si veda il prosieguo della relazione dell'On. Rossomando: «Si vuole unicamente dire che non è un criterio in sé e per sé la gravità del reato. Ciò non significa che chi abbia commesso un reato grave non debba poi essere sottoposto alla custodia cautelare né riduce la possibilità di applicare questo misura. Significa piuttosto che il giudice dovrà motivare più approfonditamente le ragioni per le quali sussiste il pericolo di commissione di nuovi reati senza ricorrere a tautologie. È chiaro che la commissione di un grave reato è il risultato del convergere di una serie di elementi diversi attinenti alla personalità del soggetto e risultanti spesso dalla modalità della condotta che fanno poi ritenere sussistente il pericolo della commissione di un nuovo reato».

[18] Una riflessione in questo direzione si ritrova in E. Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali,* cit.

[19] Sul punto, si veda, Cass. pen., sez. I, 9 gennaio 2013, n. 8534,

ne tra gravità del fatto e pericolo di allontanamento[20] nulla muta.

L'assenza di innovazioni su questi punti è tanto più significativa se si pensa che, nella proposta di modifica del codice di rito da parte della commissione ministeriale per il processo penale istituita il 10 giugno 2013[21] e nella proposta di legge, erano previste novità in tal senso[22]; una chiave di lettura *a contrario* delle intenzioni legislative la offre, per esempio, la constatazione che la commissione aveva proposto l'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 274 co. 1 c.p.p. secondo cui il pericolo di fuga e di recidiva non avrebbe potuto più essere desunto esclusivamente, oltre che dalla gravità del reato, anche dalle modalità del fatto per cui si procede, e la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non avrebbe potuto essere valutata unicamente sulla base delle circostanze del fatto addebitato[23] [24].

3. *Segue* – Le modifiche dell'art. 274 c.p.p. – il coordinamento con l'art. 280 c.p.p.

L'articolo 2 co. 1 lett. b) della legge 47 ha integrato, inoltre, la formulazione della lettera c) dell'art. 274, prevedendo che, se il pericolo di reiterazione riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, la custodia in carcere può essere disposta soltanto se si tratta, oltre che di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, di quello di finanziamento illecito dei partiti.

Si tratta di un intervento che servirà ad assicurare un pieno coordinamento di questa previsione con l'attuale testo dell'art. 280 c.p.p., come modificato dall'art. 1, co. 1, decreto-legge n. 78 del 2013 (convertito nella legge n. 94 del 2013).

4. Le modifiche agli artt. 275 e 299 c.p.p. e la possibilità di applicare cumulativamente misure diverse dalla custodia in carcere

Il primo periodo del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. è stato innovato[25] al chiaro scopo di rendere più appetibili strumenti alternativi al carcere e di ridimensionare, di conseguenza, l'utilizzo di quest'ultimo. La riforma, infatti, ha introdotto un'inedita possibilità di combinare misure coercitive e/o interdittive, prevedendo che si possa giungere all'applicazione della custodia in carcere solo laddove tali misure, singole o combinate, risultino comunque inadeguate a fronteggiare le esigenze cautelari[26].

La modifica non tradisce l'ispirazione del codice di rito del 1988, che vede il ricorso alla custodia in carcere fisiologicamente postergato rispetto alle altre misure cautelari[27], ma, anzi, addirittura la potenzia, incrementando l'*appeal* delle misure diverse dal carcere con la possibilità di combinarle e di arricchire, con l'aumento dei precetti da osservare, la portata limitativa di esse.

La norma di nuovo conio ha reso generale una possibilità che, prima della novella, esisteva solo in due casi, vale a dire in ipotesi di trasgressione delle prescrizioni concernenti una misura cautelare (art. 276 co. 1 c.p.p.) e nei casi di cui all'art. 307 co. 1-*bis* c.p.p. quando, cioè, le misure – per determinati, gravi reati – fossero applicate in sostituzione della custodia in carcere divenuta inefficace per decorrenza termini[28];

la cui massima recita: «Ai fini dell'individuazione dell'esigenza cautelare di cui all'art. 274, lettera c), cod. proc. pen., il giudice può porre a base della valutazione della personalità dell'indagato le stesse modalità del fatto commesso da cui ha dedotto anche la gravità del medesimo». Negli stessi sensi, tra le altre, Cass. pen., sez. II, 16 ottobre 2013, n. 51843; Cass. pen., sez. II, 12 aprile 2013, n. 18290; Cass. pen., sez. V, 12 marzo 2013, n. 35265; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2005, n. 11179.

[20] Nel senso della possibilità di valorizzare anche la gravità del fatto addebitato per valutare il pericolo di fuga, si veda Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2012, n. 27042; in senso opposto Cass. pen., sez. V, 18 ottobre 2011, n. 44132.

[21] Si tratta della commissione ministeriale costituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo, "per elaborare una proposta di interventi in tema di processo penale", presieduta da Giovanni Canzio, Presidente della Corte di Appello di Milano. Si veda "la relazione della sottocommissione in tema di misure cautelari istituita in seno alla commissione costituita con decreto del 10 giugno 2013 presso l'Ufficio Legislativo", di cui si è detto, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 27 ottobre 2014.

[22] Oltre che quella, recepita nella l. 47, del divieto di commisurazione tra esigenze cautelari e gravità del reato.

[23] Per una riflessione più ampia sul dato sopravvissuto alla riforma, sia consentito il richiamo a P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali,* cit.

[24] In termini parzialmente sovrapponibili si articolava la proposta di legge n. 631.

[25] Il testo è identico a quello proposto dalla Commissione ministeriale per il processo penale; sulla possibilità di applicazione cumulativa di più misure, si veda la *relazione della Commissione* cit. .

[26] La nuova disposizione recita: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate» Il testo su cui è intervenuta la riforma prevedeva che: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata».

[27] Una riflessione critica sulla collocazione sistematica di tale principio "solo" nella norma sulla scelta della misura, pur nell'ambito di un elogio alla "*fragile perfezione*" del nuovo codice di procedura penale nella sua formulazione originaria, si legge in E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale cit,* in *Cassazione Penale*, fasc.1, 2014, p. 0012B: «È rimasto però sullo sfondo, perché enunciato in una norma relativa alla scelta della misura da applicare in concreto (art. 275 c.p.p.), il vero cuore centrale di tutto il sistema voluto dalla Costituzione: il carcere come misura eccezionale in quanto lesiva nel massimo grado della libertà personale».

[28] A questo proposito, per una lettura critica del mancato coordinamento dell'art. 307 c.p.p. con la riforma in esame, si leggano le osservazioni contenute in E. Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali*, cit.: «...occorre, invece, sottolineare che, paradossalmente, potrà verificarsi, – proprio a causa del mancato coordinamento delle norme vecchie e nuove –, che per i reati di cui all'art. 307, comma 1-*bis*, il cumulo potrà

se il dato era incontestabile siccome testuale quanto alle sole due ipotesi sopraindicate, va ricordato che in questo senso si erano anche espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 30 maggio 2006, n. 29907, La Stella.

In coerenza con la modifica appena commentata va letta quella del quarto comma dell'art. 299 c.p.p. quanto al momento dinamico della misura che – in tema di modifica *in peius* di una misura cautelare – ha introdotto la previsione secondo cui, nel caso di aggravamento delle esigenze cautelari, ad una misura in atto ne possa essere associata un'altra, sia coercitiva che interdittiva[29].

Quanto ai risvolti pratici della riforma, è interessante sviluppare alcune riflessioni.

In primo luogo, la norma dell'art. 275 c.p.p. non contiene una specificazione che serva a comprendere se l'applicazione congiunta possa riguardare anche più di due misure cautelari; ciò a differenza dell'art. 299 c.p.p., la cui disposizione sembra essere più chiara, giacché contempla la possibilità di applicare "altra" misura coercitiva o interdittiva. Ebbene, da una parte, non sembrano esservi ostacoli alla combinazione di più di due vincoli in fase genetica, sempre – ovviamente – che la combinazione dei relativi divieti e/o obblighi sia compatibile; il diverso dato testuale dell'art. 299 potrebbe non destare perplessità in quanto le due norme si collocano in momenti diversi, l'una nella fase genetica quale contraltare rispetto all'accesso alla custodia in carcere, l'altra in una fase in cui vi è già stata una valutazione di adeguatezza di misure meno afflittive di quella estrema. Sotto altro profilo, però, l'idea che l'applicazione cumulativa sia un'alternativa al solo carcere è discutibile (vedi *infra*) e, peraltro, l'eccessiva proliferazione di vincoli, sia pure frutto della combinazione di misure esistenti, può dare luogo a forme di limitazione della libertà personale particolarmente severe, che rischiano peraltro di creare degli ibridi difficilmente collocabili nell'ambito della gerarchia delle misure cautelari.

In secondo luogo, riguardando il testo di nuovo conio dell'art. 275, sembrerebbe che l'applicazione cumulativa sia prevista solo quale alternativa al carcere, il che significherebbe, nel concreto, che se, in ogni caso in cui il P.M. chieda detta misura, il giudice abbia "le mani libere" rispetto all'applicazione congiunta, tale possibilità gli sia invece preclusa quando la domanda cautelare riguardi una misura meno afflittiva ovvero equivarrebbe a sostenere che continui ad essere inibito al P.M. di fare oggetto della sua mozione il cumulo tra più misure. Francamente un'interpretazione di questo tipo – se pure la riforma è dichiaratamente tesa alla contrazione del ricorso alla sola misura estrema – sembra scontrarsi con il principio del minor sacrificio necessario che deve presidiare la scelta delle misure via via più gravi. D'altra parte l'equivoco potrebbe essere legato alla tecnica legislativa, segnatamente alla collocazione della norma sull'applicazione cumulativa, inserita non già in una disposizione *ad hoc* ma in quella, preesistente, che sanciva la custodia in carcere come *extrema ratio*. In questo senso potrebbe essere valorizzato il fatto che, in relazione all'art. 299 c.p.p., la possibilità di applicazione cumulativa non è sancita esclusivamente nei casi in cui la pubblica accusa chieda la sostituzione con la custodia in carcere, ma in ogni caso di aggravamento[30].

Peraltro consentendo anche alla parte pubblica di modulare la propria richiesta scegliendo più misure e magari preferendo tale opzione alla custodia in carcere, si fornisce uno strumento realmente deflattivo rispetto al ricorso alla misura estrema, alla cui scelta da parte del giudice sarebbe di – insuperabile – ostacolo, nel caso di mozione così formulata, il principio della domanda cautelare.

Una volta che si sia acceduto alla tesi che si ritiene preferibile, è chiaro che la scelta del giudice dovrà essere declinata o in conformità a quella della parte pubblica o "verso il basso", associando tra loro – sia che ritenga di assecondare la richiesta della parte pubblica sia che opti per l'abbinamento in via autonoma – o le stesse misure oggetto della domanda cautelare o altre meno gravi di quella o di quelle richieste.

Va, infine, rimarcato che la novella sancisce normativamente, se mai ve ne fosse stato bisogno, la possibilità di osmosi tra misure coercitive ed interdittive, dando per scontato che, in luogo della richiesta del P.M. di applicazione di una misura coercitiva, il giudice possa applicare – cumulativamente o meno – anche misure interdittive. Quanto alla misura cautelare di cui all'art. 289 c.p.p., tale possibilità si ricava anche – vedi *infra* – dalle modifiche concernenti l'esclusione dell'interrogatorio preventivo in caso di applicazione di misura interdittiva che segua a mozione della parte pubblica attinente a misura coercitiva.

A prescindere dagli interrogativi sopra sviluppati, la novità deve essere salutata con favore, in quanto l'esperienza giudiziaria insegna che talvolta il ricorso alla misura estrema scaturisce dalla preoccupazione che i limiti dell'una o dell'altra misura meno afflittiva siano troppo blandi, se singolarmente considerati, per arginare le potenzialità criminali del soggetto[31].

avere ad oggetto unicamente "le misure cautelari indicate dagli articoli 281, 282 e 283" mentre per gli altri reati, idealmente ritenuti meno gravi, lo stesso potrà essere, sia pur per periodi limitati, anche più ampio di tale perimetro normativo».

[29] Questo il nuovo testo: «Fermo quanto previsto, dall'articolo 276, quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose o applica congiuntamente altra misura coercitiva o interdittiva».

[30] Una riflessione su questo aspetto, sia pure fondata su motivazioni parzialmente diverse, si trova nella Relazione dell'ufficio del Massimario cit.

[31] Della stessa opinione è T. Coccoluto, *L'autonoma valutazione*

Sotto altro profilo, è chiaro che la conseguenza della riforma è anche quella di un rinfoltimento ulteriore del momento decisionale e di quello motivazionale laddove, invece, il giudice ritenga che i rischi cautelari possano essere contenuti solo con la misura estrema, dovendo egli spiegare perché le altre oggi più variegate forme di limitazione non siano adeguate[32].

A questo proposito, giova anticipare che l'art. 292 co. 2 lett. c-*bis* c.p.p. è stato modificato con la previsione dell'obbligo di *"autonoma valutazione"* anche in relazione alle ragioni per cui si è optato per la scelta della custodia in carcere, pur dovendosi precisare che l'assenza di tale requisito quanto alla scelta della misura estrema non può condurre all'annullamento del provvedimento da parte del tribunale del riesame[33].

5. La modifica all'art. 275 c.p.p. e l'adeguamento all'opera demolitiva della Corte Costituzionale sulle presunzioni

Come si legge nella relazione al progetto di legge «L'articolo 6 riporta la seconda parte dell'articolo 275, comma 3, del codice di procedura penale alla versione voluta dalla legge n. 332 del 1995, anteriore alle modifiche apportate dalle recenti riforme securitarie, peraltro in linea con quanto stabilito da diverse recenti sentenze della Corte Costituzionale».

Il "nuovo" secondo periodo del terzo comma dell'art. 275 c.p.p. recita, infatti: «...Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-*bis* e 416-*bis* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, 600-*quinquies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure[34]».

Si ricorda che, sull'impianto originario del codice, si erano stratificate diverse previsioni eccezionali che, in deroga al principio di adeguatezza – che impone di valutare l'idoneità di misure meno afflittive a fronteggiare le esigenze cautelari, per giungere alla custodia in carcere solo quale *extrema ratio* – avevano invertito la prospettiva, sancendo una presunzione – assoluta – di adeguatezza della sola custodia in carcere, accanto a quella – relativa – di sussistenza delle esigenze cautelari.

Tale operazione era stata posta in essere, originariamente, solo per fronteggiare forme di criminalità organizzata[35] ma, successivamente, si è ampliata ricomprendendo reati di matrice diversa, sulla scorta di una produzione normativa da più parti ritenuta sintomatica della necessità di assecondare le pulsioni giustizialiste dell'opinione pubblica[36], finendo per attribuire alla cautela una funzione non già preventiva ma immediatamente retributiva rispetto a reati che suscitavano uno spiccato allarme sociale.

La portata delle disposizioni eccezionali è stata poi progressivamente depotenziata dall'opera continua della Corte Costituzionale, intervenuta in più ripre-

del giudice della cautela – Prime note a commento alla legge 16 aprile 2015, n.47, in *www.questionegiustizia.it, 20 maggio 2015*.

[32] In questo senso, deve dirsi che le riforme che si sono succedute, a prescindere dalla condivisibilità dei principi che le hanno ispirate, hanno condotto ad un appesantimento motivazionale notevole nel percorso che conduce all'applicazione del carcere. Oltre a quella in commento ed a quella derivante dal comma 3-*bis* (vedi *infra*), si pensi che già le modifiche del comma 2-*bis* dell'art. 275 c.p.p. ad opera della l. 117/14 avevano reso necessario ridensificare i passaggi motivazionali per l'applicazione del carcere.

[33] Come invece può accadere nel caso di mancanza di autonoma valutazione quanto ai gravi indizi, alle esigenze cautelari ed alla rilevanza degli elementi addotti dalla difesa.

[34] Il testo su cui è intervenuta la riforma prevedeva – a prescindere dai rimaneggiamenti dovuti alla sentenze di incostituzionalità che lo hanno riguardato – che: «La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, e 600-quinquies del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano anche in ordine ai delitti previsti dagli articoli 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, salvo che ricorrano le circostanze attenuanti dagli stessi contemplate».

[35] Interessante quanto si legge in A. Nappi, *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2009, p. 4095B: «Si sostiene che con la presunzione di pericolosità si è inteso predisporre uno scudo per i magistrati, esonerandoli dal motivare in casi di presumibile pericolosità del destinatario della misura. Io credo al contrario che i giudici debbano assumersi sempre la piena responsabilità di ogni singola decisione con riferimento al caso concreto. E comunque non vedo di quale scudo possa giovarsi il magistrato che, nel decidere una misura cautelare, può omettere la motivazione su uno dei presupposti della misura. Come se i delinquenti si preoccupassero della motivazione e non solo del dispositivo che li priva della libertà».

[36] Una lettura diversa ma verosimilmente concorrente la fornisce G. Leo; si veda, per esempio, la nota a sentenza su Corte Cost., 16 dicembre 2011, n. 331, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*: «Per ragioni complesse – si è già detto – il sistema non si fida più dei suoi giudici, e sostituisce valutazioni generali ed astratte all'apprezzamento delle circostanze che segnano ciascun caso concreto».

se con declaratorie di parziale illegittimità[37] [38], fino alla recente sentenza del 26 marzo 2015, sul concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso.

La Consulta, in sintesi, ha rideterminato i confini della presunzione, ricostruendo la *ratio* che l'aveva originariamente ispirata, che spingeva a ritenere che ipotesi come l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso – per le caratteristiche di queste ultime, fortemente radicate sul territorio e fondanti su un clima di assoggettamento della popolazione – potessero essere eradicate solo con l'incarcerazione degli indiziati, al contrario di altre ipotesi di reato – pur gravi – aventi caratteristiche diverse o parzialmente diverse, in cui i connotati fattuali della condotta potevano sottrarsi al ragionamento suddetto[39].

Sono, infatti, via via cadute, sotto la scure della Corte, le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia in carcere per quasi tutti i reati che compongono l'attuale catalogo, trasformandosi in presunzioni relative superabili allorché siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Il legislatore si è oggi collocato su questa scia, escludendo le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia in carcere sia per i reati per cui vi erano state pronunzie di incostituzionalità, sia per reati per cui l'intervento della Corte non vi era – ancora – stato, mentre la presunzione assoluta predetta è rimasta in piedi solo per i reati associazione sovversiva, di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico e di associazione per delinquere di stampo mafioso, anche straniera.

È agevole ricostruire il percorso logico del legislatore, che ha fatto proprie le considerazioni della Corte laddove quest'ultima ha giustificato la *ratio* della previsione eccezionale con la necessità di recidere, date le caratteristiche del reato, i collegamenti con gli ambienti in cui esso è stato commesso e che ne hanno rappresentato il substrato, il che rende ragionevole e giustificata la disparità di trattamento che obiettivamente ne deriva; disparità che, per i reati di cui agli artt. 270, 270-*bis* c.p., trova un'ulteriore giustificazione, a giudizio di chi scrive, nella matrice ideologica che li caratterizza e che rende ardua la previsione che mezzi diversi di contenimento – fondati, in fin dei conti, su di una scelta del singolo di sottostarvi – possano arginare la spinta criminale del soggetto.

Si badi che, per i reati dell'art. 275 diversi da quelli sopra indicati, la valutazione del giudice sulla sussistenza delle esigenze cautelari e sull'adeguatezza del carcere resta pur sempre canalizzata in un percorso decisionale e motivazionale "agevolato", lasciando in piedi sia la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari che quella di adeguatezza della custodia in carcere, benché anch'essa temperata dalla possibilità di prova contraria.

Il che, per alcuni reati – si pensi a quelli scevri da connotazioni di immanenza sul territorio e da vincoli di solidarietà tra compartecipi o a quelli monosoggettivi, per cui non ci si possa quantomeno ispirare, sia pure temperandole, alle ragioni giustificatrici del mantenimento della presunzione assoluta per i reati "superstiti" – potrebbe apparire in contraddizione con un segnale che proviene dalla medesima riforma: ci si riferisce all'argine posto alla rilevanza della gravità dell'ipotesi di reato nella valutazione sulla sussistenza delle esigenze cautelari, già illustrato a proposito delle modifiche dell'art. 274 c.p.p.

6. *Segue* – L'art. 275 c.p.p. ed il ruolo degli arresti domiciliari con sistemi di controllo a distanza

Il legislatore ha dimostrato, nell'opera "moralizzatrice" rispetto all'uso del carcere, di puntare molto sugli arresti domiciliari con il cd. braccialetto elettronico.

[37] Sentenza 26 marzo 2015 n. 48, in ordine al reato di concorso esterno in associazione mafiosa, sentenza 23 luglio 2013, n. 232, in ordine al delitto di cui all'articolo 609-*octies* c.p., sentenza 18 luglio 2013, n. 213, in ordine al delitto di cui all'articolo 630 c.p., sentenza 29 marzo 2013, n. 57 in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, sentenza 3 maggio 2012, n. 110, in ordine al delitto di cui all'art. 416 c.p., realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p., sentenza 22 luglio 2011, n. 231, in ordine al delitto di cui all'art. 74, d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, sentenza 12 maggio 2011, n. 164, in ordine al delitto di cui all'art. 575 c.p., sentenza 21 luglio 2010, n. 265, in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-*bis* co. 1, 609-*bis* e 609-*quater* c.p.. Si veda, altresì, la sentenza n. 331 del 16 dicembre 2011, con cui la Consulta ha dichiarato l' illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-*bis* del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), che pure prevedeva una presunzione assoluta analoga a quella dell'art. 275 co. 3 c.p.p. Si vedano, altresì, le note a sentenza di G. Leo su Corte Cost., sent. 25 febbraio 2015, n. 48 del 30 marzo 2015, su Corte Cost., 23 luglio 2013, n. 232 del 25 luglio 2013, su Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 213 del 22 luglio 2013, su Corte Cost., 29 marzo 2013, n. 57 del 7 aprile 2013, su Corte Cost, 3 maggio 2012, n. 110 del 4 maggio 2012, su Corte Cost. 16 dicembre 2011, n. 331, tutte in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

[38] Sul tema, si vedano V. Manes, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2014, 4, p. 457; F. Vergine, *Art. 275, comma 3, c.p.p.: una norma dall'utilizzo eccessivo*, in *Dir. Pen. e Processo,* 2014, 4, p. 430; F. Giunchedi, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. It.,* 2013, 3, P. Tonini, *La carcerazione cautelare per gravi delitti: dalle logiche dell'allarme sociale alla gestione in chiave probatoria*, in *Dir. Pen. e Processo,* 2014, 3, p. 261, G. Barrocu, *La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. e Processo,* 2012, 2, p. 224.

[39] Per un'analisi più approfondita del percorso decisionale della Consulta, sia consentito il richiamo a P. Borrelli, "*Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali cit.*

Dopo che l'art. 1, comma 1, lett. a), del d.l. n. 146 del 2013 convertito nella L. 10 del 2014 aveva modificato l'art. 275-*bis* co. 1 c.p.p. nel senso che il giudice deve prevedere queste modalità di sorveglianza non più "se lo ritiene necessario", ma "salvo che le ritenga non necessarie", il nuovo comma 3-*bis* introdotto dalla L. 47 ha previsto che: «Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-*bis*, c. 1».

Mettendo da parte, per il momento, le riserve sulla modifica suddetta, va detto che il legislatore ha sancito espressamente quella che era, a giudizio di chi scrive, una regola già enucleabile dal sistema vigente e sulla quale ci si è già più volte soffermati, laddove la custodia in carcere può trovare applicazione, a norma del primo periodo dell'art. 275 co. 3 c.p.p., solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.

Ciò imponeva un passaggio valutativo, prima, e motivazionale, poi[40], consistente nel chiedersi se la misura cautelare di cui all'art. 284 c.p.p. potesse essere idonea ad arginare i rischi ravvisati, riflessione che non poteva non fare i conti con la possibilità – divenuta la regola con la L. 10 del 2014 – di fare ricorso ad un meccanismo di monitoraggio in presa diretta di eventuali allontanamenti, come ritenuto anche dalla seconda sezione della Corte di Cassazione nella sentenza n. 52747 del 9 dicembre 2014[41] [42].

Accanto a questa riflessione teorica, se ne impongono altre, legate alle prospettive applicative della legge alla luce dell'esperienza maturata soprattutto a far data dalla modifica normativa del 2014 che ha portato ad incentivare l'utilizzo dei braccialetti.

Il sistema così come delineato oggi dal legislatore in teoria sembra essere tendenzialmente perfetto: il limite degli arresti domiciliari rappresentato dal fatto che il detenuto poteva allontanarsi e rientrare indisturbato è superato dalla possibilità di monitorarne eventuali allontanamenti in tempo reale. Ciò vale sia in prospettiva dissuasiva rispetto a detta violazione, sia nell'ottica dell'effettivo controllo del detenuto.

Ovviamente il limite fisiologico di questo sistema è che esso non costituisce un ostacolo ai movimenti del detenuto, non rappresenta un monitoraggio in presa diretta del soggetto ovunque esso si trovi e men che meno ne filma i movimenti; ciò non scongiura, quindi, la concretizzazione dei rischi che la misura è chiamata ad arginare giacché, quanto ai primi due limiti, il detenuto – allorché decida di restare indifferente al fatto che il suo allontanamento risulterà al sistema di controllo e che dovrà pagarne le conseguenze giudiziarie – potrà evadere ed allontanarsi definitivamente, inquinare le prove o commettere ulteriori reati senza poter essere individuato e bloccato ovvero, riguardo al secondo aspetto, potrà comunque delinquere restando all'interno del domicilio[43].

Vi è, tuttavia, un limite patologico rispetto alla misura di cui all'art. 275-*bis* c.p.p. che è emerso ripetutamente all'indomani della l. 10 del 2014, vale a dire la difficoltà pratica con cui gli operatori devono spesso scontrarsi, a causa della periodica carenza di tali strumenti o della necessità, talvolta, di attendere diversi giorni per ottenerli[44] [45].

Al cospetto di queste situazioni, i giudici si sono già trovati e si troveranno in futuro (dato il prevedibile incremento di richieste di braccialetti che conseguirà alla riforma) di fronte all'interrogativo se optare per gli arresti domiciliari "semplici" – ancorché reputati inefficaci a fronteggiare le esigenze cautelari sussisten-

[40] La previsione dell'obbligo motivazionale specifico sull'inadeguatezza degli arresti domiciliari con sistemi di controllo a distanza resta implicita, non essendovi stato un intervento di coordinamento del comma 3-*bis* dell'art. 275 c.p.p. con l'art. 292 c.p.p., che non contiene un'espressa indicazione sul punto, limitandosi la lettera c), pur novellata con la legge in commento, ad indicare la necessità di motivare sulle ragioni per cui le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte – genericamente – con misure diverse dalla custodia in carcere.

[41] La cui massima recita «In tema di misure cautelari, il tribunale del riesame, nel valutare la inadeguatezza degli arresti domiciliari rispetto al pericolo di recidivanza deve adeguatamente motivare le ragioni per le quali le esigenze cautelari non possono essere tutelate con l'impiego del cosiddetto "braccialetto elettronico" che consente di monitorare continuamente la presenza dell'indagato nel perimetro entro il quale gli è consentito di muoversi». In questo senso, si veda anche Cass. pen., sez. II, 26 novembre 2014, n. 52716. Deve darsi, atto, tuttavia, di altro e più consolidato orientamento della Corte di Cassazione (cfr. Cass. pen., sez. II, 16 febbraio 2015, n. 6505, in linea con Cass. pen., sez. II, 23 ottobre 2014 n. 47735, Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2014, n. 49772) circa il fatto che la misura degli arresti domiciliari con il braccialetto elettronico «non si frappone nella scala della gravità tra l'arresto domiciliare "semplice" e la custodia in carcere e non genera nessun onere di motivazione aggiuntiva se il giudice ritiene che la restrizione domiciliare sia inidonea a contenere le esigenze cautelari rilevate».

[42] Profilo diverso è – una volta scelti gli arresti domiciliari – quello della motivazione sulla non necessarietà del presidio; in Cass. pen., sez. II, 4 giugno 2014, n. 26327, la Corte ha escluso che il giudice dovesse motivare sul perché ritenesse non necessarie le misure di sorveglianza elettronica, a meno che sul punto vi fosse specifica richiesta di parte, che sola poteva far insorgere l'obbligo di motivazione su tale punto specifico. Critica rispetto a tale tesi è M. F. Cortesi, *"Braccialetto elettronico" una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275*-bis *c.p.p., nota a Cass. pen. Sez. II, 04 giugno 2014, n. 26327*, in *Giur. It.*, 2014, 7.

[43] Si pensi, per esempio, a quest'ultimo proposito, al reato di detenzione e vendita di stupefacenti realizzato nel domicilio o alla detenzione di armi. In questo senso si veda E. Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali*, cit.

[44] Si ricorda che l'art. 275-*bis* c.p.p. prevede la necessità che il giudice possa prescrivere procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, "quando ne abbia accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria".

[45] In questo senso sono significative, oltre che l'esperienza maturata personalmente o dai colleghi del proprio Ufficio, anche quelle divulgate nelle mailinglist giuridiche tra magistrati che sono ormai una realtà nel nostro Paese e che contribuiscono al confronto quotidiano tra colleghi.

ti – ovvero se ritenere – e scrivere in un'ordinanza che regga ai vagli successivi – che l'indisponibilità materiale degli strumenti di controllo a distanza debba far concludere automaticamente per l'inadeguatezza della misura domiciliare, con la conseguenza di fare ricorso alla custodia in carcere[46] [47].

Sul punto si è dell'opinione, da cittadina prima che da giudice, che, qualora la dotazione dei braccialetti non sarà potenziata, dovrà reputarsi inaccettabile che le scelte sull'incarcerazione di un indiziato debbano essere condizionate così pesantemente da una disfunzione di carattere amministrativo e che, da una parte, si faccia un'operazione di "sponsorizzazione" degli arresti domiciliari rinforzati mentre, dall'altra, non si forniscano i mezzi per attuarla [48] [49].

7. Come cambiano le conseguenze dell'evasione: le modifiche degli artt. 276 co. 1-*ter* e 284 co. 5-*bis* c.p.p.

Il "nuovo" comma 1-*ter* dell'art. 276 prevede la sostituzione degli arresti domiciliari con la custodia in carcere in caso di evasione, *"salvo che il fatto sia di lieve entità"*, circoscrivendo, così, l'automatismo che caratterizzava le sorti del detenuto agli arresti domiciliari che decidesse di evadere.

Si badi: la connotazione di lieve entità presuppone la sussistenza oggettiva e soggettiva del fatto di evasione. In questo senso la riforma ha tratto solo ispirazione, andando tuttavia oltre, dall'interpretazione della Corte Costituzionale che, nell'ordinanza n. 40 del 2002, aveva aperto un varco ad un apprezzamento concreto, da parte del giudice dell'aggravamento, delle circostanze dell'evasione, per cui erano richiesti "quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la violazione che la norma impugnata assume a presupposto della sostituzione"[50] [51].

Dall'8 maggio, dunque, non è più solo possibile, per il giudice dell'aggravamento, valutare se la condotta sia effettivamente un'evasione, come insegna la

[46] Una riflessione sulle conseguenze dell'indisponibilità dei braccialetti – non nel momento genetico, ma in quello dinamico della misura cautelare – si trova in Cass. pen., sez. II, 17 dicembre 2014, n. 520. Nella pronunzia, la Corte – di fronte ad un'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 275-*bis* c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 13 Cost. avanzata dalla difesa dell'indagato – ha difeso la posizione del tribunale del riesame che aveva affermato che sarebbe stata applicabile la misura degli arresti domiciliari accompagnata dal presidio di un dispositivo elettronico, ma che «l'assenza di disponibilità di tale mezzo – comunicata da parte delle forze di P.G. catanesi, dovendo la misura eventualmente concessa trascorrere in abitazione in Catania – rende impossibile disporre una attenuazione in tal senso della cautela». Nell'occasione, la Corte ha stabilito che, «ove il giudice ritenga – come nel caso di specie – che il cd. braccialetto elettronico sia una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari necessaria ai fini della concedibilità della misura e che tuttavia tale misura non possa essere concessa per la concreta mancanza del suddetto strumento di controllo da parte della P.G., non sussiste alcun vulnus ai principi di cui agli artt. 3 e 13 Cost., perché la impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza braccialetto dipende pur sempre dalla intensità delle esigenze cautelari, comunque ascrivibile alla persona dell'indagato. Nè, d'altra parte, può pretendersi che lo Stato predisponga un numero indeterminato di braccialetti elettronici, pari al numero dei detenuti per i quali può essere utilizzato, essendo le disponibilità finanziarie dell'Amministrazione necessariamente limitate, come sono limitate tutte le strutture (carcerarie, sanitarie, scolastiche, etc.) e tutte le prestazioni pubbliche offerte ai cittadini, senza che ciò determini alcuna violazione del principio di eguaglianza e degli altri diritti costituzionalmente tutelati».

[47] Il legislatore si era posto il problema dell'indisponibilità dei dispositivi elettronici, introducendo, con il d.l. 92 del 2014, per i casi di sostituzione della misura della custodia in carcere con gli arresti domiciliari *ex* art. 275-*bis* c.p.p., la possibilità di un differimento della scarcerazione (art. 97-*bis* co. 3 disp. att. c.p.p.): «Qualora, con il provvedimento di sostituzione di cui al comma 1, sia stata disposta l'applicazione delle procedure di controllo tramite gli strumenti previsti dall'articolo 275-*bis*, comma 1, del codice, il direttore dell'istituto penitenziario, nel trasmettere la dichiarazione dell'imputato prevista dall'articolo 275-*bis*, comma 2, del codice, può rappresentare l'impossibilità di dare esecuzione immediata alla scarcerazione in considerazione di specifiche esigenze di carattere tecnico; in tal caso, il giudice può autorizzare il differimento dell'esecuzione del provvedimento di sostituzione sino alla materiale disponibilità del dispositivo elettronico da parte della polizia giudiziaria». Il comma è stato, tuttavia, soppresso in sede di conversione dalla l. 117/2014. Secondo M. Daniele, ne *Il palliativo del nuovo art. 275 co. 2*-bis *c.p.p. contro l'abuso della custodia cautelare*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, la spiegazione risiederebbe nella volontà di evitare che l'indisponibilità degli strumenti di controllo a distanza determinasse differimenti *sine die* delle scarcerazioni.

[48] Non sembra fornire risposta concreta all'interrogativo la giurisprudenza che nega che il giudice possa adottare provvedimenti applicativi degli arresti domiciliari "condizionati" alla funzionalità dei sistemi di controllo; si veda Cass. pen., sez. II, 23 settembre 2014, n. 50400.

[49] Sulla necessità che, alla novella dell'art. 275-*bis* co. 1 c.p.p. seguisse "un significativo sforzo organizzativo dell'Amministrazione" si veda la *relazione dell'Ufficio del Massimario n. III/01/2014 del 7.1.2014 sul d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 su "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria"*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13.1.2014*.

[50] La Consulta aveva, infatti, affermato che «una volta che alla nozione di allontanamento dalla propria abitazione si riconosca tale valenza rivelatrice in ordine alla sopravvenuta inadeguatezza degli arresti domiciliari, non è escluso che il fatto idoneo a giustificare la sostituzione della misura, tipizzato dal legislatore nella anzidetta formula normativa, possa essere apprezzato dal giudice in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, per verificare se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la violazione che la norma impugnata assume a presupposto della sostituzione».

[51] Quanto al dibattito giurisprudenziale sul punto nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, si veda G. Leo, *Sul ripristino della custodia in carcere nel caso di evasione del soggetto in stato di arresti domiciliari, nota a Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2008, n. 21487*, in *Dir. Pen. e Processo,* 2008, 10, p. 1257; oltre alla sentenza commentata, si veda, su questa scia, anche Cass. pen., sez. III, 6 giugno 2012, n. 28606. In generale, per una rassegna aggiornata degli orientamenti sul punto, si rimanda a G. Andreazza, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità,* in *Cass. Pen.*, fasc. 4, 2014, p. 1128B.

Consulta, ma anche ponderare la portata della medesima[52].

È evidente che sarà compito dell'interprete individuare a quali situazioni attribuire la connotazione richiesta dal legislatore per la deroga, potendosi ipotizzare che essa sia riferibile a evenienze in cui l'allontanamento sia stato effettivo ed abbia determinato la sottrazione del soggetto alla possibilità di controllo delle forze dell'ordine, ma, nel contempo, sia stato contenuto in termini spaziali o temporali ristretti e non abbia determinato la concretizzazione dei rischi che avevano fondato il giudizio sulle esigenze cautelari.

Come emerso dai primi commenti, sotto questo aspetto – se non si attribuirà una valenza ostativa alla lieve differenza terminologica – ci si potrà giovare anche dell'elaborazione giurisprudenziale concernente l'applicazione della causa di proscioglimento di cui all'art. 131-*bis* c.p. introdotto dal d.lgs. n. 28 del 16 marzo 2015 al reato di evasione, i cui limiti edittali rientrano in quelli previsti per la riconduzione al novero dei fatti di particolare tenuità[53].

Questo ovviamente in termini di mera ispirazione tratta dalla casistica, ma senza che ciò comporti alcuna implicazione necessaria tra le scelte definitorie del giudice dell'evasione e quelle del giudice dell'aggravamento, collocate su piani autonomi e, peraltro, normalmente temporalmente sfalsati, intervenendo la definizione del procedimento per evasione (tranne i casi di giudizio direttissimo conclusosi nel giorno della convalida o in quelli immediatamente successivi) ben dopo quella sulla sostituzione *in peius* della misura cautelare.

In linea con la modifica dell'art. 276 co. 1-*ter*, si registra quella dell'ultimo comma dell'art. 284 c.p.p., la cui nuova formulazione sancisce che, se resta fermo il divieto di concessione degli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede e la possibilità per il giudice di assumere nelle forme più rapide le relative notizie, quest'ultimo potrà derogare a tale input allorché il fatto sia di lieve entità e le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con la misura detentiva domiciliare.

Si ricorda che la norma su cui è intervenuto il legislatore stabiliva una presunzione assoluta di inadeguatezza degli arresti domiciliari[54] [55], che la riforma ha parzialmente circoscritto, in coerenza con la già commentata novella dell'art. 276 co. 1-*ter* c.p.p. (quanto alla necessità di considerare l'entità della violazione) e nell'apprezzabile ottica della personalizzazione ed attualizzazione del giudizio cautelare, depurando quest'ultimo da automatismi spesso sentiti come inadeguati dagli operatori del diritto.

Tuttavia la norma presenta un lato oscuro.

Essa, infatti, non chiarisce a quale violazione debba essere riferita la connotazione di lieve entità, vale a dire se all'evasione per cui vi è condanna definitiva ovvero al fatto per cui la misura deve essere applicata.

Un'interpretazione di quest'ultimo segno lascia francamente perplessi, laddove sembrerebbe dare per scontato che si possano applicare gli arresti domiciliari, che sono pur sempre una misura detentiva, a fatti che siano di lieve entità. Ragionamento che si complica ulteriormente allorché si rifletta sul parallelismo tra lieve entità e particolare tenuità ed alla possibile sovrapposizione[56] tra i casi in cui, secondo una lettura di tal fatta, sarebbe possibile prosciogliere per particolare tenuità e, nel contempo, art. 284 co. 5-*bis* alla mano, applicare una misura cautelare[57].

Anche l'accesso all'altra opzione interpretativa[58] –

[52] Deve, tuttavia, rimarcarsi che la limitazione della sostituzione automatica ai casi di lieve entità rappresenta un compromesso rispetto a quanto aveva indicato la Commissione ministeriale per il processo penale, che aveva concluso per la soppressione del comma 1-*ter* e per il recupero del potere del giudice "*di valutare caso per caso la gravità della violazione in rapporto alle esigenze cautelari*"; sul punto si veda *la relazione della commissione* cit., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 27 ottobre 2014.

[53] In questo senso, si veda E. Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, cit.; perplessità sul possibile parallelismo si ritrovano in T. Coccoluto, *L'autonoma valutazione del giudice della cautela – Prime note a commento alla legge 16 aprile 2015, n. 47*, cit. ed in E.N. La Rocca, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in *www.archiviopenale.it.*

[54] Come ritenuto dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 130 del 2003, allorché ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione sollevata in riferimento al comma in argomento, con «l'evidente intento di precludere l'applicazione della misura gradata nei confronti di chi si sia reso responsabile di una condotta delittuosa, che presenta connotazioni confliggenti rispetto alla prognosi di osservanza della più tipica fra le prescrizioni inerenti la misura degli arresti domiciliari, quale è appunto quella di non allontanarsi, senza autorizzazione, dal luogo degli arresti». La Consulta, nell'occasione, ha anche ricordato che «al riguardo, questa Corte ha in più occasioni avuto modo di affermare che – mentre la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'*an* della cautela) comporta, per definizione, l'accertamento, di volta in volta, della loro effettiva ricorrenza – non può invece ritenersi soluzione costituzionalmente obbligata quella di affidare sempre e comunque al giudice l'apprezzamento del tipo di misura in concreto ritenuta come necessaria (il quomodo della cautela): ben potendo tale scelta essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti (v. le pronunce richiamate nella già citata ordinanza n. 40 del 2002)».

[55] Critica – anche – rispetto a tale automatismo A. Presutti, *Le cautele nel processo penale cit*, in *Riv. Dir. Proc.,* 2014, 1.

[56] Ovviamente nel caso in cui sussistano tutti gli altri presupposti di cui all'art. 131-*bis* c.p.

[57] Propende per quest'ultima tesi la relazione dell'ufficio del Massimario cit. anche se manifesta serie "perplessità di ordine sistematico, sia in relazione al principio generale di proporzionalità di cui all'art. 275, secondo comma, cod. proc. pen., sia soprattutto alla luce del percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale in tema di presunzioni afferenti la custodia in carcere".

[58] Data per scontata in T. Coccoluto, *L'autonoma valutazione del giudice della cautela – Prime note a commento alla legge 16 aprile 2015, n. 47*, cit.

che pure non incontra le perplessità di cui sopra ed appare maggiormente coerente con la necessità di considerare l'entità dell'evasione stabilita all'art. 276 co. 1-*ter* c.p.p. – non è, tuttavia, immune da risvolti applicativi problematici.

Ci si chiede, invero, se e quali dovranno essere, nel concreto, gli oneri di approfondimento del giudice, al fine di verificare il fatto storico che è alla base della condanna riportata. Nel caso di aggravamento *ex* art. 276 co. 1-*ter* c.p.p., infatti, il giudice che procede è posto in condizione di conoscere – normalmente attraverso l'informativa di reato per evasione – le caratteristiche del fatto; in questo caso, al contrario, giacché la norma si applica a richieste cautelari che ovviamente non fondano sull'episodio di evasione (che semplicemente risulterà dal certificato del casellario), ben difficilmente il giudice troverà ai propri atti la sentenza per il reato suddetto (o altro atto) che possa consentirgli di apprezzare la consistenza del fatto *ex* art. 385 c.p. e di valutare l'eventuale deroga al divieto del comma 5-*bis*.

È pur vero che la norma lo legittima ad acquisire nel modo più rapido le relative notizie; deve osservarsi, tuttavia, che, se tale onere può essere sostenibile in caso di richieste cautelari la cui decisione non sia soggetta a termini perentori, esso potrebbe non esserlo, al contrario, quando la richiesta acceda a convalide di arresti o fermi o a decisioni *ex* art. 27 c.p.p., allorché vi potranno essere delle difficoltà effettive per il giudice – sulle cui conseguenze ci si dovrà interrogare – a reperire il materiale necessario entro il termine per provvedere.

8. Il *restyling* delle misure interdittive e, in particolare, di quella di cui all'art. 289 c.p.p.

Cambia sensibilmente l'art. 289 c.p.p., continuando a prevedere che «nel corso delle indagini preliminari, prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il giudice procede all'interrogatorio dell'indagato, con le modalità indicate agli articoli 64 e 65», ma stabilendo *ex novo* che «Se la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio è disposta dal giudice in luogo di una misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero, l'interrogatorio ha luogo nei termini di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 294».

In altri termini, quando la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio sia disposta a seguito di richiesta di misura non già interdittiva, ma coercitiva, la disciplina è quella valevole per tutte le altre misure coercitive (diverse dalla custodia in carcere) ed interdittive; l'interrogatorio, cioè, deve svolgersi non oltre dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento o dalla sua notificazione a norma dell'art. 294 co. 1-*bis* codice di rito[59].

Non solo. La novella, *in parte qua*, rappresenta un ulteriore passaggio confermativo, se mai ve ne fosse stato bisogno, della possibile osmosi tra misure coercitive ed interdittive, di cui già si è detto a proposito dell'art. 275 co. 3 primo periodo c.p.p.

Giova ricordare che il tema della necessità di procedere ad interrogatorio *ex* art. 289 c.p.p. anche a seguito di richiesta riguardante una misura coercitiva – pur nell'inequivocità del dato letterale "prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione…" – aveva registrato opinioni divergenti[60]; il dibattito giurisprudenziale, inoltre, era stato piuttosto vivace con particolare riferimento ai doveri del tribunale del riesame circa l'interrogatorio in caso di applicazione di tale misura[61].

Su altro versante occorre dire che la tesi che riteneva comunque necessario l'interrogatorio – a prescindere dal tipo di richiesta della Procura – aveva un in-

[59] Si rammenta che l'obbligo dell'interrogatorio preventivo è legato – secondo la lettura che ne ha dato la Consulta – alla necessità che il giudice abbia, tra i suoi elementi, anche le difese dell'indagato, al fine di evitare di accogliere la richiesta in casi in cui i chiarimenti dell'interessato potrebbero risultare risolutivi per la sua posizione, evitando, così, di nuocere inutilmente, sottraendo la risorsa, all'apparato amministrativo cui il soggetto appartiene pregiudicando, così, la continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico (Corte Cost., ord. n. 229 del 2000).

[60] In senso negativo Cass. pen., sez. VI, 21 aprile 2008, n. 16364; in senso opposto, Cass. pen., sez. I, 17 gennaio 2011, n. 15794, Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 2000, n. 3310.

[61] Secondo un primo indirizzo, il tribunale della libertà che – quale giudice di appello, disattendendo la richiesta del P.M. di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari – avesse applicato, invece, la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, aveva l'obbligo di procedere al previo interrogatorio dell'indagato, *ex* art. 289 co. 2 c.p.p.; la violazione di detto obbligo – vulnerando il diritto di difesa – avrebbe determinato una nullità generale, *ex* art. 178 c.p.p., comma 1, lett. c) (Cass., sez. V, 12 luglio 2010, n. 33338; Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2004, n. 14967; Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2000, n. 2412; Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2000 n. 2304; Cass. pen., sez. II, 8 luglio 1998, n. 5041). Secondo un filone giurisprudenziale diverso, in tema di misure interdittive, il tribunale della libertà, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione proposta dal P.M. contro l'ordinanza reiettiva del G.i.p. della misura della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio, non era tenuto a procedere all'interrogatorio dell'indagato, richiesto dall'art. 289 co. 2 c.p.p. per l'applicazione della misura anzidetta, in quanto, ove l'indagato avesse inteso difendersi, avrebbe potuto comparire all'udienza fissata per la trattazione del gravame e chiedere di essere ammesso all'interrogatorio, non essendo tuttavia necessario che nell'avviso di udienza fosse specificata tale possibilità (Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2013, n. 29132, Cass., sez.VI, 12 giugno 2012, n. 25195; sez. VI, 1 aprile 2009, n. 20444; Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 16712); secondo Cass., sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 441 e Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2000, n. 2416, il previo interrogatorio dell'indagato era richiesto soltanto quando le misure interdittive fossero state specificamente richieste dal P.M., non quando, avendo quest'ultimo originariamente richiesto una misura coercitiva, il tribunale del riesame avesse applicato invece la misura interdittiva. Si veda, sul contrasto giurisprudenziale, G. Santalucia, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.,* fasc.12, 2012, p. 3951B.

conveniente, consistente nel fatto che il giudice finiva per rendere nota alla parte l'esistenza di una richiesta cautelare della pubblica accusa, attuando una *discovery* a sorpresa per il P.M., dal momento che quest'ultimo non aveva domandato misure interdittive. Si pensi ai rischi di ostensione dell'iniziativa cautelare anche rispetto ad altri indagati per i quali il giudice, concordando con la richiesta della parte pubblica, avesse ritenuto esservi i presupposti per la cattura[62].

È interessante segnalare, poi, che in senso profondamente diverso dagli approdi della Legge 47 andava la proposta della Commissione ministeriale per il processo penale, che aveva previsto la necessità generalizzata – per tutte le misure interdittive – di procedere all'interrogatorio preventivo, statuendo, altresì, espressamente l'obbligo di deposito degli atti a beneficio della difesa e l'esonero dall'interrogatorio successivo all'applicazione (pur non chiarendo, tuttavia, il da farsi allorché la richiesta riguardasse una misura coercitiva)[63].

L'adozione di uno schema di tal fatta avrebbe indubbiamente dato luogo ad un sistema profondamente garantito e, per mutuare un'argomentazione della sottocommissione suddetta, avrebbe permesso di attuare un contraddittorio anticipato a cui non ostavano esigenze di segretezza "non trattandosi di provvedimenti urgenti da eseguire a sorpresa", incidentalmente chiarendo alcuni aspetti – soprattutto quello dell'obbligo di deposito preventivo degli atti a sostegno della richiesta – che generano interrogativi e prassi diversificate.

A questo proposito deve concludersi che la riforma, con l'intento di perseguire uno scopo ulteriormente garantista, quale quello di semplificare il procedimento di accesso alla misura interdittiva *ex* art. 289 c.p.p. per potenziarne l'*appeal* rispetto alla coercitiva, ha in effetti fatto un passo indietro quanto alle prerogative difensive.

Quella appena commentata non è, tuttavia, l'unica novità che riguarda le misure interdittive.

Ve n'è, invero, una più generale che le riguarda tutte, giacché il comma 2 dell'art. 308 c.p.p. è stato integralmente sostituito ed il comma 2-*bis* è stato abrogato. La norma di nuovo conio prevede, infatti, per dette misure, un termine massimo di dodici mesi e la perdita di efficacia una volta decorso quello fissato dal giudice nell'ordinanza, fatta salva la possibilità di rinnovarle qualora siano state disposte per esigenze probatorie, sempre che la protrazione della loro durata sia contenuta nel termine annuale[64].

Se la novità più rilevante è quella del termine di dodici mesi (invece che i "vecchi" due), vale anche osservare che la novella ha sancito l'inedita previsione espressa della necessità di indicazione, nell'ordinanza, di un termine di scadenza[65], evidentemente contenuto in quello annuale, sì da poter essere rinnovato fino alla scadenza dell'anno; si ricorda, infatti, a questo proposito, che le misure interdittive perdevano efficacia solo alla scadenza del termine massimo di legge e senza neanche necessità di un'ordinanza dichiarativa, ovviamente salvo che non fossero state disposte per sole esigenze probatorie, caso in cui vigeva il disposto dell'art. 292 co. 1 lett. d) c.p.p.

Anche quanto all'ampliamento dei termini, lo scopo del legislatore è chiaro: rendere più effettiva la portata impeditiva delle misure interdittive, sì da renderle una valida alternativa a vincoli più sacrificanti[66] e far superare un generale scettiscismo per la loro efficacia cautelare, legato alla loro durata, obiettivamente estremamente limitata[67].

La portata della riforma si ridimensiona, tuttavia, quanto ad alcuni dei delitti contro la P.A., giacché il termine, per questi ultimi, ha subito certamente una contrazione per i casi di rinnovazione; l'abrogata previsione di una possibile durata pari al triplo dei termi-

[62] Una soluzione che poteva essere adottata era quella di emettere l'ordinanza solo per i soggetti attinti dalle misure coercitive – assicurando per questi ultimi l'effetto sorpresa – sospendendo la decisione su coloro per cui si intendeva optare per un'interdittiva, procedendo poi agli interrogatori preventivi di questi ultimi, eventualmente subito dopo quelli di garanzia, allo scopo di non dilatare i tempi della decisione e, nel contempo, di tenere conto delle informazioni provenienti da tutti gli indagati.

[63] Sul punto si veda *la relazione della commissione* cit., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 27 ottobre 2014. In E. Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali: prime osservazioni e primi approcci pratici*, cit., si è sostenuto che, così facendo, il legislatore ha perso l'occasione di dare luogo ad un sistema più garantito, che consentisse un'interlocuzione generalizzata prima di applicare le misure in discorso.

[64] Il testo ante riforma prevedeva che «Le misure interdittive perdono efficacia quando sono decorsi due mesi dall'inizio della loro esecuzione. In ogni caso, qualora esse siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporne la rinnovazione anche al di là di due mesi dall'inizio dell'esecuzione, osservati i limiti previsti dal comma 1». Il comma 2-*bis* abrogato recitava: «Nel caso si proceda per uno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, e 320 del codice penale, le misure interdittive perdono efficacia decorsi sei mesi dall'inizio della loro esecuzione. In ogni caso, qualora esse siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporne la rinnovazione anche oltre sei mesi dall'inizio dell'esecuzione, fermo restando che comunque la loro efficacia viene meno se dall'inizio della loro esecuzione è decorso un periodo di tempo pari al triplo dei termini previsti dall'articolo 303».

[65] Sulle conseguenze in termini di nullità di tale indicazione, si veda E. Campoli, *"L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali* cit..

[66] La Commissione ministeriale per il processo penale aveva proposto un testo che assimilava la durata delle misure interdittive alle coercitive non detentive; sul punto si veda *la relazione della commissione* cit., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 27 ottobre 2014.

[67] Sulle perplessità legate alla durata di dette misure manifestate dalla Commissione ministeriale per il processo penale, si veda *la relazione della commissione* cit., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 27 ottobre 2014.

ni di cui all'art. 303 c.p.p. portava, infatti, al superamento del limite annuale per tutti i reati puniti con pena superiore ai sei anni di reclusione nel massimo, vale a dire per i reati di cui agli artt. 314 co. 1, 317, 319, 319-*ter*, 319-*quater* primo comma e 320 in relazione all'art. 319 c.p. [68].

Nonostante queste perplessità e benché esse riguardino un settore nevralgico, la riforma va comunque salutata con favore, in quanto ha inciso su un apparato che lasciava scettici molti operatori; l'incidenza del limite imposto con la misura, infatti, era poco più che simbolica, laddove il giudice che la applicava sapeva che essa sarebbe venuta meno in un breve lasso di tempo e l'esperienza sul campo gli lasciava fondatamente presagire che sarebbe mancato il necessario raccordo con le autorità preposte ad inibire l'attività in via ordinaria[69].

Resta, tuttavia, il fatto che quello del legislatore – benché apprezzabile – sia stato uno sforzo non risolutivo nell'ottica dell'equiparazione delle misure interdittive a quelle coercitive, in quanto nulla si è innovato sotto il profilo dell'insensibilità ai passaggi di fase, di tal che esse vengono meno, a prescindere dalle progressioni dell'*iter* procedimentale, alla scadenza del termine massimo previsto dall'art. 308 c.p.p.[70].

9. L'autonoma valutazione: i giudici devono... giudicare

Una vera "bacchettata" per la categoria proviene dalle interpolazioni alle lettere c) e c)-*bis* dell'art. 292 c.p.p., che arricchiscono il già ipertrofico disposto normativo sul contenuto dell'ordinanza cautelare[71], che non ha pari per la richiesta del P.M.[72] né, addirittura, per la sentenza.

L'ordinanza che dispone la misura cautelare dovrà contenere, infatti, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio: «c) l'esposizione e l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato; c-*bis)* l'esposizione e l'autonoma valutazione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione e l'autonoma valutazione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure».

L'ispirazione della riforma, *in parte qua*, è chiarissima. Il legislatore è intervenuto – positivizzando un principio già ovvio nel sistema di competenze funzionali in materia cautelare – nel solco delle sollecitazioni provenienti dalla dottrina[73] ed a fronte delle ricorrenti vicende giurisprudenziali in tema di motivazione apparente delle ordinanze cautelari, laddove l'estensore mutui da atti delle indagini o dalla mozione della parte pubblica non solo l'esposizione dei dati di fatto raccolti, ma anche la giustificazione della loro rilevanza nell'ottica del giudizio sulla gravità indiziaria, sulle esigenze cautelari, sull'adeguatezza della custodia in carcere ovvero sull'irrilevanza degli elementi a discarico.

La novella sulla motivazione è strettamente collegata a quella dell'art. 309 co. 9 c.p.p., che ha espressamente inibito al tribunale del riesame di arginare tale deficit con interventi suppletivi fondati sui poteri indicati al citato comma – in cui si legge che l'organo suddetto può confermare il provvedimento per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione – imponendo, al contrario, l'annullamento del provvedimento privo di "autonoma valutazione"[74] [75].

[68] In generale, va detto che, poiché nei casi di rinnovazione, il termine poteva giungere a quello previsto per le coercitive non detentive, vale a dire raggiungere il doppio dei termini di cui all'art. 303 c.p.p., ciò comportava che, per reati particolarmente gravi (si pensi a quelli con termine di prima fase di un anno), esso poteva superare l'anno.

[69] La pratica giudiziaria insegna, infatti, che non vi è coordinamento con dette autorità, che rispondono a regole differenziate e che non raccordano le proprie iniziative a quelle della magistratura, non garantendo l'assenza di soluzioni di continuità tra l'interdizione giudiziaria e provvedimenti inibitori di natura amministrativa e/o disciplinare.

[70] Che, d'altro canto, ben può oltrepassare varie fasi procedimentali; in termini si veda E. Campoli, *L'ennesima riforma della disciplina delle misure cautelari personali*, cit.

[71] Si veda, per una lettura estremamente critica della novella della l. 332/95, che già aveva inciso sull'obbligo di motivazione, G. Giostra, *Sul vizio di motivazione dell'ordinanza cautelare cit.*, in *Cass. pen.*, fasc. 9, 1995, p. 2428.

[72] Che talvolta – occorre dirlo – si risolve in un apodittico recepimento, grafico e sostanziale, dell'informativa della P.G., senza alcun vaglio di giurisdizione.

[73] Si veda, per esempio, E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale cit.,* in *Cassazione Penale, fasc. 1, 2014, pag. 0012B,* che ha parlato di una "prassi che davvero vanifica l'obbligo costituzionale di motivazione".

[74] Questo il testo: «Entro dieci giorni dalla ricezione degli atti il tribunale, se non deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma o conferma l'ordinanza oggetto del riesame decidendo anche sulla base degli elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza. Il tribunale può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso. Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa».

[75] La Commissione ministeriale per il processo penale aveva proposto l'abrogazione della disposizione che fonda tale possibilità; sul punto si veda *la relazione della commissione* cit., in *www.dirittopenalecontemporaneo.it,* 27 ottobre 2014. A fronte dell'opposta scelta legislativa, ci si deve domandare quanto e come sopravviva il potere/dovere di integrazione rispetto a vizi diversi del provvedimento impugnato. Si reputa che ciò accada quando l'ordinanza sia non già priva di autonoma valutazione, ma sia caratterizzata da una valutazione degli atti ovvero da un percorso logico-giuri-

Per comprendere quando si possa parlare di mancanza di "autonoma valutazione" è estremamente utile il ricorso alle riflessioni giurisprudenziali sul tema della consistenza della motivazione dei provvedimenti cautelari, che hanno portato ad isolare dei criteri efficaci.

Ci si riferisce a quel filone giurisprudenziale, che ha sancito l'equiparazione tra mancanza di motivazione in senso grafico e motivazione graficamente presente ma sostanzialmente apparente, reputando annullabile il provvedimento anche in quest'ultimo caso, senza possibilità di beneficiare del potere di integrazione da parte del tribunale del riesame[76].

La casistica enucleata riguarda i casi in cui il giudice della cautela – operando un rinvio al contenuto di altro atto del procedimento, ivi compresa la richiesta del P.M., ovvero recependone integralmente il contenuto[77] – non abbia mostrato di avere valutato criticamente il materiale richiamato e di avere adottato una decisione finale originale rispetto ad esso, limitandosi all'impiego di mere clausole di stile, all'uso di frasi apodittiche, magari aggiungendovi espressioni generiche di condivisione dietro le quali non poteva leggersi alcun procedimento valutativo[78]. Procedimento valutativo che – si ritiene – debba sussistere per ciascuna posizione, non potendo costituire valida spia di un'autonomia decisionale per il tutto l'originalità – rispetto alla parte pubblica – del percorso decisionale solo rispetto ad alcuni dei destinatari dell'ordinanza.

La logica dell'intervento è duplice.

Da una parte l'ostensione chiara ed esaustiva del percorso decisionale del giudice consente al soggetto colpito dall'ordinanza di sceverare le ragioni della decisione e di difendersi contrastandole, senza temere – grazie alla coeva novella dell'art. 309, c. 9, c.p.p. – che proprio l'organo adito per riesaminare la vicenda colmi le lacune eventualmente esistenti.

Dall'altra, l'intervento normativo serve soprattutto ad evitare che l'appiattimento acritico del giudice sulle argomentazioni della parte pubblica significhi saltare a piè pari, nei fatti, proprio il momento decisionale centrale da parte del giudice terzo e, in definitiva – come accade quando il decidente non operi un vaglio critico effettivo sul materiale offerto dal P.M. – lasciare la sorte del singolo nelle mani di una parte, sia pure pubblica.

Sulla base di queste premesse, sarebbe interessante domandarsi quanto l'autonomia valutativa debba contrassegnare la decisione del giudice della cautela rispetto non già alla posizione della parte pubblica (o della P.G.), ma a quella di altro giudice: si pensi ai casi di rinnovazione della misura ai sensi dell'art. 27 c.p.p., laddove era finora prassi diffusa quella che vedeva la seconda ordinanza costruita con un richiamo poderoso a quella originaria. Se il dato letterale non consente di escludere che la novella abbia riguardato anche queste situazioni, deve anche dirsi che il dibattito parlamentare in tema è stato concentrato solo sulla necessità di evitare "appiattimenti" sul punto di vista accusatorio. Nel senso del possibile ampliamento del fronte, depone il fatto obiettivo che l'art. 27 c.p.p. non fa sconti sotto il profilo motivazionale, richiedendo un'integrale rivalutazione cautelare da parte del giudice naturale; di contro, tuttavia, va anche detto che le ragioni di garanzia delle prerogative codicistiche del giudicante che hanno mosso la mano del legislatore non possiedono, quando si tratta di discutere del possibile richiamo di un'ordinanza ad un'altra, il medesimo spessore, sì da giustificare la grave sanzione ricollegata alla mancanza di autonoma valutazione.

Due aspetti vanno, infine, rimarcati.

In primo luogo, l'obbligo dell'autonoma valutazione non è sancito solo per i gravi indizi e le esigenze

dico sbagliato, inesatto o incompleto, che il tribunale può emendare, sostituendo o integrando la motivazione con una lettura alternativa o complementare.

[76] Tali riflessioni hanno superato l'orientamento stabilizzatosi negli anni che riteneva colmabile dal tribunale del riesame ogni lacuna valutativa e motivazionale dell'ordinanza impugnata, dato il carattere interamente devolutivo del riesame. Le argomentazioni dell'orientamento più conservativo fondavano anche, da una parte, sulla riflessione secondo cui la possibilità di annullare per vizio motivazionale esulava dai poteri del tribunale della libertà, spettando solo alla Corte di Cassazione, e, dall'altra, sulla legittimità della scelta del G.I.P. di motivare *per relationem* laddove fossero rispettati i canoni individuati da Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000 n. 17 («La motivazione *"per relationem"* di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1)- faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2)- fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3)- l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione».). Per restare alle più recenti, si vedano Cass. pen., sez. II, 20 aprile 2012, n. 30696, Cass. pen., sez. II, 30 novembre 2011, n. 7967, Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 15416, Cass. pen., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 8590, Cass. pen., sez. VI, 14 giugno 2004, n. 35993, Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 2006, n. 1102, Cass. pen., sez. II, 21 novembre 2006, n. 6322, Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 3255, Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2001, n. 11466.

[77] Anche grazie alla trasposizione integrale del testo con gli strumenti informatici ormai di uso comune.

[78] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4 marzo 2014, n. 12032, Cass. pen., sez. II, 4 dicembre 2013, n. 12537, Cass. pen., sez, VI, 24 maggio 2012, n. 22327, Cass. pen., sez. 6, 24 maggio 2012 n. 25631, Cass. pen., sez. 2, 14 giugno 2012, n. 25513, Cass. pen., sez. III, 15 luglio 2010 n. 33753, Cass. pen., sez. 2, 8 ottobre 2008 n. 39383, Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2007 n. 41569, Cass. pen., sez. IV, 8 luglio 2004 n. 45847. Per un commento a Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 22327, si veda N. La Rocca, *In tema di requisiti minimi per la motivazione delle decisioni cautelari*, in *Giur. It.,* 2013, 1.

cautelari, ma anche in ordine ad aspetti più specifici, vale a dire quello del materiale difensivo eventualmente già confluito nel fascicolo e quello della scelta del carcere, in quest'ultimo caso ponendosi in linea con lo slancio contenitivo rispetto all'utilizzo della misura estrema di cui già si è detto[79].

In secondo luogo, la necessità di un'autonomia del giudice della cautela non si spinge, nel testo di nuovo conio, al profilo espositivo. Resta possibile, dunque ricostruire la sequenza delle investigazioni in conformità alla richiesta del P.M. ovvero riportare, in luogo della descrizione di un atto di indagine, il suo contenuto integrale, il che evita, con particolare riferimento a procedimenti in cui il materiale indiziario sia poderoso, un'inutile rielaborazione di dati di fatto di carattere storico, che allungherebbe solo i tempi della risposta cautelare. Chiaramente l'esistenza e la corretta sequenzialità del materiale riportato o richiamato nella mozione della parte pubblica intanto potrà essere adoperato dal giudice, in quanto questi ne avrà verificato la rispondenza agli atti del fascicolo.

10. In conclusione

Se il comune denominatore della riforma è quello della contrazione del ricorso alla custodia in carcere, essa nei fatti – come si era anticipato in premessa – fornisce messaggi contrastanti su quanto il sistema si fidi ancora dei suoi giudici.

Da una parte, infatti, con la previsione del requisito dell'attualità, con il ripudio dei meccanismi retributivi, con il riferimento testuale all'obbligo dell'autonoma valutazione e con il puntellamento del giudizio sull'adeguatezza sulla custodia in carcere, il nuovo sistema manifesta la tendenza ad imbrigliare e controllare la decisione giudiziaria[80], arricchendo di obblighi valutativi e motivazionali il percorso verso la cautela.

Dall'altra, tuttavia, chi si occupa di libertà personale è stato caricato di nuovi compiti, potendo declinare la propria scelta anche rispetto a situazioni in cui prima era vincolato a determinati automatismi oppure modulando l'intervento cautelare con schemi impositivi inediti; il riferimento è non solo all'adeguamento – scontato – alle pronunzie di incostituzionalità di cui all'art. 275, c. 3, c.p.p., ma anche alla ridefinizione degli automatismi di cui agli artt. 276 co. 1-*ter* e 284 u.c. c.p.p. ed alla possibilità di combinare tra loro misure diverse.

Il risultato che indubbiamente ne deriva è un carico di responsabilità notevoli per una funzione già caratterizzata da profili estremamente delicati.

Ma, potrebbe dirsi, tant'è, dato il complesso di oneri che consapevolmente si assume chi sceglie di occuparsi "per mestiere" di libertà personale.

L'auspicio che però si intende formulare è che il sistema conservi sempre una propria razionalità e che la spinta verso la riduzione del ricorso al carcere resti un imperativo reale e non un'operazione di facciata; ci si augura, in altri termini, che gli interventi normativi futuri ovvero le valutazioni sull'operato del singolo giudice non siano influenzati dall'allarme che ora questo ora quel "fenomeno" suscita nell'opinione pubblica; allarme che possa condurre ad introdurre – come è accaduto in passato – disposizioni di difficile coordinamento con il sistema nel suo complesso[81] ovvero a reputare scarsamente incisive scelte giudiziarie legate a null'altro che all'applicazione delle regole introdotte con la riforma in commento o con quelle che l'hanno preceduta negli ultimi anni.

Norme di interesse

Art. 274. Esigenze cautelari

1. Le misure cautelari sono disposte:

a) quando sussistono specifiche ed inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si procede, in relazione a situazioni di concreto ed attuale pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Le situazioni di concreto ed attuale pericolo non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti;

b) quando l'imputato si è dato alla fuga o sussiste concreto **e attuale** pericolo che egli si dia alla fuga, sempre che il giudice ritenga che possa essere irrogata una pena superiore a due anni di reclusione; **le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede**;

c) quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto **ed attuale** pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine

[79] In quest'ultimo caso, però, non vi è collegato l'obbligo di annullamento da parte del tribunale del riesame.

[80] Che questo fosse lo scopo della novella è chiaro anche dalla lettura del *Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1232 – "Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali" n. 95 del gennaio 2014 cit.*, su *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

[81] Di *"devastante effetto disorientante"* si legge in S. Fiore, *Maneggiare con cautela – Per un uso consapevole dei limiti normativi all'uso della custodia in carcere (ancora a proposito dell'art. 275 co. 2-*bis *c.p.p.)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it, 10.11.2014*. Per un quadro generale delle linee di tendenza – e delle spinte che le muovono – della legislazione penale degli ultimi anni, prezioso per inquadrare le difficoltà di chi opera, quale interprete, tra direttrici opposte, si veda F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc. 4, 2014, p. 1693.*

costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni **nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'articolo 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195, e successive modificazioni. Le situazioni di concreto e attuale pericolo, anche in relazione alla personalità dell'imputato, non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede**.

Art. 275. Criteri di scelta delle misure

1. Nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

1-*bis*. Contestualmente ad una sentenza di condanna, l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'articolo 274, comma 1, lettere b) e c).

2. Ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata.

2-*bis*. Non può essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena. Salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-*ter*, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-*bis*, 572, 612-*bis* e 624-*bis* del codice penale, nonché all'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice.

2-*ter*. Nei casi di condanna di appello le misure cautelari personali sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1-*bis*, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'articolo 274 e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole.

3. La custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando **le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate** *[ogni altra misura risulti inadeguata]*. **Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 270, 270-bis e 416-*bis* c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* del presente codice, nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, e 600-*quinquies* quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, , salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.**

3-*bis*. Nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonee, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275-*bis* comma 1.

4. Non può essere disposta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, ovvero persona che ha superato l'età di settanta anni.

4-*bis*. Non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere quando l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'articolo 286-*bis*, comma 2, ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in caso di detenzione in carcere.

4-*ter*. Nell'ipotesi di cui al comma 4-*bis*, se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza e la custodia cautelare presso idonee strutture sanitarie penitenziarie non è possibile senza pregiudizio per la salute dell'imputato o di quella degli altri detenuti, il giudice dispone la misura degli arresti domiciliari presso un luogo di cura o di assistenza o di accoglienza. Se l'imputato è persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria, gli arresti domi-

ciliari possono essere disposti presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o da altre unità operative prevalentemente impegnate secondo i piani regionali nell'assistenza ai casi di AIDS, ovvero presso una residenza collettiva o casa alloggio di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 5 giugno 1990, n. 13.

4-*quater*. Il giudice può comunque disporre la custodia cautelare in carcere qualora il soggetto risulti imputato o sia stato sottoposto ad altra misura cautelare per uno dei delitti previsti dall'articolo 380, relativamente a fatti commessi dopo l'applicazione delle misure disposte ai sensi dei commi 4-*bis* e 4-*ter*. In tal caso il giudice dispone che l'imputato venga condotto in un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie.

4-*quinquies*. La custodia cautelare in carcere non può comunque essere disposta o mantenuta quando la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative.

Art. 276. Provvedimenti in caso di trasgressione alle prescrizioni imposte

1. In caso di trasgressione alle prescrizioni inerenti a una misura cautelare, il giudice può disporre la sostituzione o il cumulo con altra più grave, tenuto conto dell'entità, dei motivi e delle circostanze della violazione. Quando si tratta di trasgressione alle prescrizioni inerenti a una misura interdittiva, il giudice può disporre la sostituzione o il cumulo anche con una misura coercitiva.

1-*bis*. Quando l'imputato si trova nelle condizioni di cui all'articolo 275, comma 4-*bis*, e nei suoi confronti è stata disposta misura diversa dalla custodia cautelare in carcere, il giudice, in caso di trasgressione delle prescrizioni inerenti alla diversa misura cautelare, può disporre anche la misura della custodia cautelare in carcere. In tal caso il giudice dispone che l'imputato venga condotto in un istituto dotato di reparto attrezzato per la cura e l'assistenza necessarie.

1-ter. In deroga a quanto previsto nel comma 1, in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il giudice dispone la revoca della misura e la sostituzione con la custodia cautelare in carcere, **salvo che il fatto sia di lieve entità**.

Art. 284. Arresti domiciliari

1. Con il provvedimento che dispone gli arresti domiciliari, il giudice prescrive all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza ovvero, ove istituita, da una casa famiglia protetta.

1-*bis*. Il giudice dispone il luogo degli arresti domiciliari in modo da assicurare comunque le prioritarie esigenze di tutela della persona offesa dal reato.

2. Quando è necessario, il giudice impone limiti o divieti alla facoltà dell'imputato di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono.

3. Se l'imputato non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in situazione di assoluta indigenza, il giudice può autorizzarlo ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto per il tempo strettamente necessario per provvedere alle suddette esigenze ovvero per esercitare una attività lavorativa.

4. Il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, anche di propria iniziativa, possono controllare in ogni momento l'osservanza delle prescrizioni imposte all'imputato.

5. L'imputato agli arresti domiciliari si considera in stato di custodia cautelare.

5-*bis*. Non possono essere, comunque, concessi gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede **salvo che il giudice ritenga, sulla base di specifici elementi, che il fatto sia di lieve entità e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con tale misura.** A tale fine il giudice assume nelle forme più rapide le relative notizie.

Art. 289. Sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio

1. Con il provvedimento che dispone la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il giudice interdice temporaneamente all'imputato, in tutto o in parte, le attività a essi inerenti.

2. Qualora si proceda per un delitto contro la pubblica amministrazione, la misura può essere disposta a carico del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'articolo 287 comma 1. Nel corso delle indagini preliminari, prima di decidere sulla richiesta del pubblico ministero di sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, il giudice procede all'interrogatorio dell'indagato, con le modalità indicate agli articoli 64 e 65. **Se la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio è disposta dal giudice in luogo di una misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero, l'interrogatorio ha luogo nei termini di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 294.**

3. La misura non si applica agli uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare.

Art. 292. Ordinanza del giudice

1. Sulla richiesta del pubblico ministero il giudice provvede con ordinanza.

2. L'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene, a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio:

a) le generalità dell'imputato o quanto altro valga a identificarlo;

b) la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate;

c) l'esposizione **e l'autonoma valutazione** delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato;

c-*bis)* l'esposizione dei motivi **e l'autonoma valutazione** per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure;

d) la fissazione della data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere, allorché questa è disposta al fine di garantire l'esigenza cautelare di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 274;

e) la data e la sottoscrizione del giudice.

2-*bis*. L'ordinanza contiene altresì la sottoscrizione dell'ausiliario che assiste il giudice, il sigillo dell'ufficio e, se possibile, l'indicazione del luogo in cui probabilmente si trova l'imputato.

2-*ter*. L'ordinanza è nulla se non contiene la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato, di cui all'articolo 358, nonché all'articolo 327-*bis*.

3. L'incertezza circa il giudice che ha emesso il provvedimento ovvero circa la persona nei cui confronti la misura è disposta esime gli ufficiali e gli agenti incaricati dal darvi esecuzione.

Art. 299. Revoca e sostituzione delle misure

1. Le misure coercitive e interdittive sono immediatamente revocate quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità previste dall'art. 273 o dalle disposizioni relative alle singole misure ovvero le esigenze cautelari previste dall'articolo 274.

2. Salvo quanto previsto dall'art. 275, comma 3, quando le esigenze cautelari risultano attenuate ovvero la misura applicata non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata, il giudice sostituisce la misura con un'altra meno grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità meno gravose.

2-*bis*. I provvedimenti di cui ai commi 1 e 2 relativi alle misure previste dagli articoli 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona, devono essere immediatamente comunicati, a cura della polizia giudiziaria, ai servizi socio-assistenziali e al difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa.

3. Il pubblico ministero e l'imputato richiedono la revoca o la sostituzione delle misure al giudice, il quale provvede con ordinanza entro cinque giorni dal deposito della richiesta. La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-*bis* del presente articolo, che non sia stata proposta in sede di interrogatorio di garanzia, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio. Il difensore e la persona offesa possono, nei due giorni successivi alla notifica, presentare memorie ai sensi dell'articolo 121. Decorso il predetto termine il giudice procede. Il giudice provvede anche di ufficio quando assume l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare o quando è richiesto della proroga del termine per le indagini preliminari o dell'assunzione di incidente probatorio ovvero quando procede all'udienza preliminare o al giudizio.

3-*bis*. Il giudice, prima di provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione delle misure coercitive e interdittive, di ufficio o su richiesta dell'imputato, deve sentire il pubblico ministero. Se nei due giorni successivi il pubblico ministero non esprime il proprio parere, il giudice procede.

3-*ter*. Il giudice, valutati gli elementi addotti per la revoca o la sostituzione delle misure, prima di provvedere può assumere l'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini. Se l'istanza di revoca o di sostituzione è basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati, il giudice deve assumere l'interrogatorio dell'imputato che ne ha fatto richiesta.

4. Fermo quanto previsto, dall'articolo 276, quando le esigenze cautelari risultano aggravate, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sostituisce la misura applicata con un'altra più grave ovvero ne dispone l'applicazione con modalità più gravose **o applica congiuntamente altra misura coercitiva o interdittiva**.

4-*bis*. Dopo la chiusura delle indagini preliminari, se l'imputato chiede la revoca o la sostituzione della misura con altra meno grave ovvero la sua applicazione con modalità meno gravose, il giudice, se la richiesta non è presentata in udienza, ne dà comunicazione al pubblico ministero, il quale, nei due giorni successivi, formula le proprie richieste. La richiesta di revoca o di sostituzione delle misure previste dagli articoli 282-*bis*, 282-*ter*, 283, 284, 285 e 286, applicate nei procedimenti di cui al comma 2-bis del presente articolo, deve essere contestualmente notificata, a cura della parte richiedente ed a pena di inammissibilità, presso il difensore della persona offesa o, in mancanza di questo, alla persona offesa, salvo che in quest'ultimo caso essa non abbia provveduto a dichiarare o eleggere domicilio.

4-*ter*. In ogni stato e grado del procedimento, quando non è in grado di decidere allo stato degli atti, il giudice dispone, anche di ufficio e senza formalità, accertamenti sulle condizioni di salute o su altre condizioni o qualità personali dell'imputato. Gli accertamenti sono eseguiti al più presto e comunque entro quindici giorni da quello in cui la richiesta è pervenuta al giudice. Se la richiesta di revoca o di sostituzione della misura della custodia cautelare in carcere è basata sulle condizioni di salute di cui all'articolo 275, comma 4-*bis*, ovvero se tali condizioni di salute sono segnalate dal servizio sanitario penitenziario, o risultano in altro modo al giudice, questi, se non ritiene di accogliere la richiesta sulla base degli atti, dispone con immediatezza, e comunque non oltre il termine previsto nel comma 3, gli accertamenti medici del caso, nominando perito ai sensi dell'articolo 220 e seguenti, il quale deve tener conto del parere del medico penitenziario e riferire entro il termine di cinque giorni, ovvero, nel caso di rilevata urgenza, non oltre due giorni dall'accertamento. Durante il periodo compreso tra il provvedimento che dispone gli accertamenti e la scadenza del termine per gli accertamenti medesimi, è sospeso il termine previsto dal comma 3.

4-*quater*. Si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 286-*bis*, comma 3.

Art. 308. Termini di durata massima delle misure diverse dalla custodia cautelare

1. Le misure coercitive diverse dalla custodia cautelare perdono efficacia quando dall'inizio della loro esecuzione è decorso un periodo di tempo pari al doppio dei termini previsti dall'articolo 303.

2. **Le misure interdittive non possono avere durata superiore a dodici mesi e per-dono efficacia quando è decorso il termine fissato dal giudice nell'ordinanza. In ogni caso, qualora siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporne la rinnovazione nei limiti temporali previsti dal primo periodo del presente comma.**

ABROGATO: *[2-bis. Nel caso si proceda per uno dei delitti previsti dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, primo comma, e 320 del codice penale, le misure interdittive perdono efficacia decorsi sei mesi dall'inizio della loro esecuzione. In ogni caso, qualora esse siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può disporne la rinnovazione anche oltre sei mesi dall'inizio dell'esecuzione, fermo restando che comunque la loro efficacia viene meno se dall'inizio della loro esecuzione è decorso un periodo di tempo pari al triplo dei termini previsti dall'articolo 303].*

3. L'estinzione delle misure non pregiudica l'esercizio dei poteri che la legge attribuisce al giudice penale o ad altre autorità nell'applicazione di pene accessorie o di altre misure interdittive.

Capo VI Impugnazioni

Art. 309. Riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva

1. Entro dieci giorni dalla esecuzione o notificazione del provvedimento, l'imputato può proporre richiesta di riesame, anche nel merito, della ordinanza che dispone una misura coercitiva, salvo che si tratti di ordinanza emessa a seguito di appello del pubblico ministero.

2. Per l'imputato latitante il termine decorre dalla data di notificazione eseguita a norma dell'articolo 165. Tuttavia, se sopravviene l'esecuzione della misura, il termine decorre da tale momento quando l'imputato prova di non avere avuto tempestiva conoscenza del provvedimento.

3. Il difensore dell'imputato può proporre la richiesta di riesame entro dieci giorni dalla notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza che dispone la misura.

3-*bis*. Nei termini previsti dai commi 1, 2 e 3 non si computano i giorni per i quali è stato disposto il differimento del colloquio, a norma dell'articolo 104, comma 3.

4. La richiesta di riesame è presentata nella cancelleria del tribunale indicato nel comma 7. Si osservano le forme previste dagli articoli 582 e 583 .

5. Il presidente cura che sia dato immediato avviso all'autorità giudiziaria procedente la quale, entro il giorno successivo, e comunque non oltre il quinto giorno, trasmette al tribunale gli atti presentati a norma dell'articolo 291, comma 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini.

6. Con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi. Chi ha proposto la richiesta ha, inoltre, facoltà di enunciare i nuovi motivi davanti al giudice del riesame facendone dare atto a verbale prima dell'inizio della discussione **e l'imputato può chiedere di comparire personalmente.**

7. Sulla richiesta di riesame decide, in composizione collegiale, il tribunale del luogo nel quale ha sede la corte di appello o la sezione distaccata della corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza.

8. Il procedimento davanti al tribunale si svolge in camera di consiglio nelle forme previste dall'articolo 127. L'avviso della data fissata per l'udienza è comunicato, almeno tre giorni prima, al pubblico ministero presso il tribunale indicato nel comma 7 e, se diverso, a quello che ha richiesto l'applicazione della misura; esso è notificato, altresì, entro lo stesso termine, all'imputato ed al suo difensore. Fino al giorno dell'udienza gli atti restano depositati in cancelleria, con facoltà per il difensore di esaminarli e di estrarne copia.

8-*bis*. Il pubblico ministero che ha richiesto l'applicazione della misura può partecipare all'udienza in luogo del pubblico ministero presso il tribunale in-

dicato nel comma 7. **L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente.**

9. Entro dieci giorni dalla ricezione degli atti il tribunale, se non deve dichiarare l'inammissibilità della richiesta, annulla, riforma e conferma l'ordinanza oggetto del riesame decidendo anche sulla base degli elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza. Il tribunale può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso. **Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa.**

9-*bis*. Su richiesta formulata personalmente dall'imputato entro due giorni dalla notificazione dell'avviso, il tribunale differisce la data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni se vi siano giustificati motivi. In tal caso il ter-mine per la decisione e quello per il deposito dell'ordinanza sono prorogati nella stessa misura.

10. Se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata. L'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni. In tali casi, il giudice può disporre per il deposito un termine più lungo, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione.

Valeria Bove
Giudice del Tribunale di Napoli

Quanto ha inciso la recente riforma sulle impugnazioni proposte contro le ordinanze in materia di misure cautelari

Con la legge 16 aprile 2015, nr. 47, entrata in vigore in data 8 maggio 2015, sono state introdotte modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. L'autrice, nell'analizzare le novità che hanno interessato le disposizioni che disciplinano il riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva, l'appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali ed il ricorso in cassazione avverso le ordinanze emesse a norma degli articoli 309 e 310 c.p.p., si interroga sulla loro portata, sulle questioni problematiche che esse lasciano aperte e sull'impatto che avranno nel lavoro del giudici.

sommario

1. La legge 16 aprile 2015, nr. 47 e le impugnazioni cautelari. – **2.** Il riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva. – **2.1.** La richiesta ed il diritto dell'imputato di comparire personalmente. – **2.2.** Il diritto al differimento dell'udienza. – **2.3.** L'annullamento per mancanza di motivazione e per omessa autonoma valutazione. – **2.4.** Il termine per il deposito dell'ordinanza, il suo mancato rispetto e il vizio d'inefficacia. – **3.** L'appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali. – **4.** L'annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione. – **5.** Norme di riferimento.

1. La legge 16 aprile 2015, nr. 47 e le impugnazioni cautelari

La legge 16 aprile 2015, nr. 47, in vigore dal giorno 8 maggio 2015, ha introdotto una serie di rilevanti modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari, incidendo sulle disposizioni generali[1], sulle misure coercitive[2], su quelle interdittive[3], nonché sulle norme che regolamentano le forme e l'esecuzione dei provvedimenti[4], la revoca e sostituzione delle misure[5], i termini di durata massima delle misure diverse dalla custodia in carcere[6] ed infine le impugnazioni.

Ed è su quest'ultimo settore che s'intende focalizzare l'attenzione, rinviando, quanto alla disamina di tutte le altre modifiche, al contributo della dottoressa Paola Borrelli, contenuto in questo stesso numero.

Il legislatore ha inciso sulla materia delle impugnazioni cautelari personali, modificando tutte e tre le disposizioni che la regolamentano ma lasciando sostanzialmente inalterata la struttura del procedimento.

Le modifiche hanno riguardato i diritti riconosciuti all'imputato, i vizi che possono dare luogo ad annullamento e ad inefficacia, i termini per il deposito delle ordinanze decisorie ed esse, a ben vedere, sono state previste, in quanto applicabili, in ogni tipo di impugnazione, qualunque ne sia la fase.

2. Il riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva

L'istanza di riesame va proposta dall'imputato – o dall'indagato, cui si estendono diritti e facoltà dell'imputato, unica figura "formalmente" contemplata nelle norme in esame – o dal suo difensore avverso l'ordinanza che dispone una misura coercitiva (contro l'ordinanza che dispone una misura interdittiva, rientrando essa nell'ambito delle ordinanze in materia di misure cautelari personali e facendo l'art. 309 c.p.p. menzione unicamente delle misure coercitive, va per converso proposto appello ai sensi dell'art. 310 c.p.p.) e va presentata nella cancelleria del tribunale (se suddiviso in sezioni che si occupano specificatamente dei riesame, nella cancelleria di queste) del luogo ove ha sede la corte di appello nella cui circoscrizione è compreso l'ufficio del giudice che ha emesso l'ordinanza cautelare.

La struttura e le modalità del procedimento di riesame non sono state interessate dalla riforma, se non nella parte relativa alla presenza dell'imputato.

Il termine per la proposizione della richiesta è quindi rimasto quello dei dieci giorni, decorrenti dall'esecuzione o notificazione del provvedimento, per l'imputato, e dalla notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza, per il difensore, sempre che non si tratti d'imputato latitante, per il quale il termine decorre dalla notificazione eseguita mediante consegna di copia dell'ordinanza al difensore, o dal momento dell'esecuzione della misura, se l'imputato prova di non aver avuto tempestiva conoscenza del provvedimento; esso

[1] In tal senso le modifiche agli artt. 274 co. 1 lett b) e c), 275 co. 3 e co. 3-*bis* , 276 co. 1-*ter* c.p.p.
[2] In tal senso la modifica all'art. 284 co. 5-*bis* c.p.p.
[3] In tal senso la modifica dell'art. 289 co. 2 c.p.p.
[4] In tal senso la modifica all'art. 292 co. 2 lett. c) e c)-*bis* c.p.p.
[5] In tal senso la modifica all'art. 299 co. 4 c.p.p.
[6] Attraverso l'art. 308 co. 2 c.p.p.

non può essere prorogato o sospeso se non nei casi in cui il g.i.p. abbia, su richiesta del p.m., disposto il differimento del colloquio del difensore con l'indagato sottoposto a custodia cautelare, ipotesi in cui il termine si sospende per la durata del differimento (che comunque non può superare i cinque giorni).

Non appena presentata la richiesta, va dato immediato avviso all'autorità giudiziaria procedente che, immediatamente o comunque non oltre cinque giorni (decorrenti dalla presentazione della richiesta), trasmette gli atti a suo tempo presentati al giudice competente a fondamento della richiesta cautelare e quelli sopravvenuti favorevoli all'indagato.

La richiesta di riesame, purché contenga i dati che consentono di individuare l'ordinanza cautelare impugnata e quindi l'autorità giudiziaria procedente[7], non deve necessariamente essere motivata, prevedendo il legislatore, proprio per la ristrettezza dei tempi e per assicurare il tempismo nella proposizione della richiesta, che in essa possano essere enunciati anche i motivi (così, per converso, ammettendo che i motivi non vengano esplicitati contestualmente, a differenza di quanto è richiesto nei casi di proposizione di appello o di ricorso in cassazione), facendo salva in ogni caso la facoltà di enunciarne di nuovi ed ulteriori, prima dell'inizio della discussione.

È in questa sede – ossia al momento della proposizione della richiesta – che l'imputato può chiedere di comparire personalmente ed è questa la prima novità apportata dalla riforma.

2.1. La richiesta ed il diritto dell'imputato di comparire personalmente

A norma del comma 6 dell'art. 309 c.p.p. con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi e il legislatore della novella ha espressamente aggiunto che "l'imputato può chiedere di comparire personalmente", statuendo poi, all'art. 309 co. 8-*bis* c.p.p., che "l'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente".

Il diritto di comparire personalmente va letto alla luce della disposizione di cui all'art. 127 c.p.p., che regolamenta il procedimento in camera di consiglio quale quello dell'impugnazione cautelare, che espressamente la richiama.

A norma dell'art 127 c.p.p. – cui rinviano, per quanto riguarda il riesame, l'art. 309, co. 8 c.p.p. e, per quanto riguarda l'appello, l'art. 310, co. 2 c.p.p. – l'interessato ha il diritto di chiedere di essere sentito personalmente e se è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, deve essere sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo.

Dunque, il legislatore riconosce, e riconosceva, all'interessato il diritto di chiedere di essere sentito personalmente, distinguendo poi tra imputato detenuto fuori distretto o all'interno della circoscrizione del giudice ed è interessante richiamare gli orientamenti della Suprema Corte sul punto, perché dalla loro analisi si comprende anche quale sia il retroterra che ha fondato la novella legislativa e soprattutto perché, ripercorrendo gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, si può cercare di dare una risposta alle questioni problematiche che sorgono alla luce della riforma.

Sul punto la Suprema Corte, salvo qualche voce isolata[8], e fermo il diritto alla traduzione riconosciuto all'imputato detenuto nel distretto che ne abbia fatto richiesta[9], ha a più riprese espresso il seguente principio di diritto: "In tema di procedimento camerale partecipato, quale disciplinato dall'art. 127 c.p.p. (richiamato, per quanto riguarda il riesame, dall'art. 309 c.p.p., comma 8, e, per quanto riguarda l'appello *de libertate*, dall'art. 310 c.p.p., comma 2) deve ritenersi, alla stregua dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza 31 gennaio 1991 n. 45, che, qualora l'interessato, detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, avanzi richiesta di essere sentito personalmente, il giudice sia vincolato, a pena di nullità, a disporne la traduzione davanti a sè, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale. Con la conseguenza che la mancata traduzione in udienza o comunque la mancata possibilità di presenziare all'udienza da parte dell'interessato, qualora lo abbia richiesto, eventualmente attraverso le modalità della videoconferenza, da luogo a nullità assoluta ed insanabile"[10] senza che ne consegua l'inefficacia della misura adottata[11].

La Corte è anche andata oltre, ammettendo che l'obbligo di disporre la traduzione in udienza o co-

[7] Uniforme è l'orientamento secondo cui: "Per il principio del *favor impugnationis*, l'omessa od errata indicazione degli estremi del provvedimento impugnato (numero del procedimento, data del medesimo e giudice che lo ha emesso) determina l'inammissibilità del gravame solo se produce incertezza nell'individuazione dell'atto" (Sez. 6, n. 13832 del 26 febbraio 2015 - dep. 31 marzo 2015, Bertolucci, Rv. 262935).

[8] Sez. 4, sentenza n. 39834 del 12/07/2007Cc. (dep. 29/10/2007) Rv. 237886, secondo cui «nel procedimento camerale *de libertate* l'indagato detenuto in luogo esterno alla circoscrizione del giudice non ha il diritto di essere sentito all'udienza fissata per il riesame della misura cui è stato sottoposto, ma solo il diritto ad essere sentito dal magistrato di sorveglianza».

[9] Sez. 6, n. 10319 del 22/01/2008 - dep. 06/03/2008, Di Benedetto, Rv. 239084 e prima ancora Sez. 6, sentenza n. 5164 del 17/12/1997Cc. (dep. 11/06/1998) Rv. 211721.

[10] Sez. 2, sentenza n.1099 del 04/12/2006 Cc. (dep. 17/01/2007) Rv. 235621 che richiama Cass. pen., sez. Feriali, 11-10-2005/30-08-2005, n. 36630, RV. 232224; Cass. pen., sez. 2ª, 07-04-1997, n. 11 - RV. 207547; Cass. pen., sez. 2ª, 16-12-2002, n. 42158 - RV. 223357; Cass. pen., sez. 1ª, 04-05-2004, n. 21013 - RV. 228908; Cass. pen., sez. 5ª, 28-05-2004, n. 24376 - RV. 229653; Cass. pen., sez. Unite, 07-03-1996, n. 40 - RV. 203771.

[11] Sez. 6, sentenza n. 44415 del17/10/2013Cc. (dep. 31/10/2013) Rv. 256689; Sez. 6, sentenza n. 10319 del 22/01/2008Cc. (dep. 06/03/2008) Rv. 239084.

munque la necessità che l'interessato presenzi all'udienza debbano essere assicurati anche se il medesimo abbia avanzato una mera richiesta di presenziare (e non anche di essere sentito personalmente)[12] pur se sul punto si registra più di una voce dissonante nata al fine di limitare richieste meramente pretestuose ed intempestive e che fa leva sulla circostanza che il legislatore riconosca al detenuto il diritto ad essere sentito e non il semplice diritto a partecipare all'udienza.

Si è infatti affermato che "in tema di procedimento camerale di riesame, l'indagato detenuto o internato fuori del circondario del tribunale competente ha diritto di presenziare alla udienza per essere sentito personalmente solo se la richiesta di audizione è formalizzata in modo tale da rendere manifesta la volontà di rendere dichiarazioni su questioni di fatto concernenti la propria condotta"[13], così come si è in ogni caso richiesto che "la richiesta di traduzione da parte dell'indagato, detenuto in altra circoscrizione, va proposta nella ragionevole immediatezza della ricezione della notificazione dell'avviso della data fissata per l'udienza camerale dinanzi al Tribunale"[14].

Se questo è l'orientamento espresso dalla Suprema Corte in tema di partecipazione all'udienza e quindi di traduzione dell'imputato detenuto, anche fuori distretto, è evidente che esso è stato tenuto in debita considerazione dal legislatore della novella, il quale, senza distinguere tra detenuto fuori e nel distretto (distinzione, questa, che la Suprema Corte aveva di fatto superato) e senza distinguere tra la richiesta avanzata dal detenuto di essere sentito personalmente e quella di presenziare semplicemente, prevede oggi che l'imputato possa chiedere ed ottenere di comparire personalmente (e dunque di presenziare, senza che debba manifestare la volontà anche di essere sentito.

In altri termini, se l'imputato manifesta la volontà di voler comparire, va disposta la sua traduzione, ovunque egli sia ristretto (e quindi anche detenuto fuori dalla circoscrizione del giudice), senza che rilevi se abbia o no manifestato la volontà di essere sentito.

È però necessario che tale volontà sia manifestata all'atto della proposizione della richiesta di riesame e quindi non successivamente (per esempio al momento della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza, che, secondo l'orientamento della Suprema Corte, era ritenuto un momento utile perché "tempestivo"): il legislatore della novella non sembra lasciare soluzioni alternative o diverse, imponendo che sia solo con la richiesta di riesame che l'imputato può chiedere di comparire personalmente[15].

Sorgono a questo punto alcune questioni problematiche che la novella legislativa non risolve ed alla cui chiarificazione può arrivarsi proprio richiamando i principi espressi dalla Suprema Corte in relazione alla procedura di riesame ed al rinvio operato all'art. 127 c.p.p.

Non è infatti chiarito quale vizio si determini se l'imputato – che ne abbia fatto tempestiva richiesta – non venga tradotto e cosa accada se l'imputato – detenuto – abbia manifestato la volontà di essere sentito e nulla abbia invece detto in ordine alla volontà di comparire personalmente; parimenti occorre chiedersi come si debba regolare il giudice se la volontà in tal senso venga manifestata successivamente alla proposizione della richiesta di riesame.

Quanto alla prima questione, va rilevato che il legislatore nulla dice in ordine al vizio che si determina qualora non venga disposta la traduzione dell'imputato che abbia fatto richiesta di comparire personalmente e forse proprio in questa "omissione" può trovarsi la soluzione.

A rigore, infatti, e nonostante la modifica delle disposizioni in tema d'inefficacia della misura, l'omessa traduzione non è contemplata come causa d'inefficacia dal nuovo comma 10 dell'art. 309 c.p.p. e ciò, letto in uno all'orientamento espresso dalla Suprema Corte in tema di partecipazione dell'imputato detenuto all'udienza camerale di riesame, può portare a ritenere che, fermo l'avviso da comunicare, a pena d'inefficacia, almeno tre giorni prima dell'udienza, se tale termine è stato rispettato e se non sono ancora scaduti i dieci giorni dalla ricezione degli atti, il tribunale può differire l'udienza e disporre per allora la traduzione dell'imputato; se, invece, anche l'avviso non è stato comunicato nei termini, e non vi sono più i tre giorni per disporne la rinnovazione, perché nel frattempo decorrerebbero i dieci giorni di cui all'art. 309 co. 9 c.p.p., allora il tribunale non potrebbe far altro che dichiarare inefficace la misura; se, infine, il procedimento viene trattato in assenza dell'imputato che abbia fatto richiesta di comparire personalmente e nei confronti del quale non è stata disposta la traduzione, allora dovrebbe ritenersi, in ossequio all'orientamento

[12] In questo senso sez. 6, n. 21849 del 21/05/2015 - dep. 25/05/2015, Farina, Rv. 26363, "nel procedimento camerale di riesame o di appello avverso le misure cautelari personali, la mancata traduzione in udienza dell'imputato o dell'indagato – detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice – che abbia fatto richiesta di presenziare alla sua celebrazione, determina la nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e del provvedimento conclusivo ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.c., senza che ne consegua tuttavia l'inefficacia della misura cautelare adottata".

[13] Sez. 2, n. 6023 del 05/11/2014 - dep. 10/02/2015, Di Tella e altri, Rv. 262312 e Sez. 2, n. 14678 del 10/01/2013Cc. (dep. 28/03/2013) Rv. 255782.

[14] Sez. 6, n. 42710 del 04/10/2011 - dep. 18/11/2011, Ventrici, Rv. 251277.

[15] Di contrario avviso, la Relazione dell'Ufficio del Massimario – settore penale – della Corte di Cassazione, n. III/03/2015 Roma, 6 maggio 2015, p 26, 27 che sembra propendere per la possibilità di consentire al ricorrente di comparire all'udienza camerale anche qualora non "ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6", ma abbia tuttavia tempestivamente sollecitato la propria traduzione.

sopra esposto, che si versi in una ipotesi di nullità assoluta ed insanabile, senza che consegua l'inefficacia della misura.

Quanto alle altre due questioni – che riguardano il caso in cui l'interessato detenuto manifesti la volontà di essere sentito e nulla dica in ordine alla volontà di comparire personalmente e/o manifesti questa volontà successivamente alla proposizione della richiesta di riesame – la risoluzione della problematica può fondarsi proprio sull'orientamento espresso dalla Suprema Corte, rappresentando esse casi diversi dalla richiesta e dal diritto di comparire personalmente.

In altri termini, considerato che in questi casi si versa nelle ipotesi preesistenti alla riforma, quando l'unica facoltà riconosciuta all'interessato era quella di chiedere di essere sentito, a norma dell'art. 127 c.p.p., può richiamarsi quanto affermato in via maggioritaria dalla Suprema Corte e ritenersi quindi che in tali ipotesi scatti per il giudice il dovere di disporre la traduzione, a pena di nullità assoluta ed insanabile, sempre che l'istanza sia stata presentata tempestivamente, e quindi non necessariamente con la richiesta di riesame, ma anche successivamente, all'atto della comunicazione dell'avviso di fissazione dell'udienza.

Infine, una breve notazione sul riesame reale: l'art. 324 c.p.p. che lo disciplina non richiama le disposizioni di cui all'art. 309 co. 6 e co. 8 e il comma 4 dell'art. 324 c.p.p. (che indica quale contenuto debba avere la richiesta e contempla il caso dell'enunciazione di nuovi motivi) non è stato interessato dalla riforma. Deve dunque ritenersi che la richiesta ed il diritto dell'imputato di comparire personalmente non sia ammessa nel procedimento di riesame reale.

2.2. Il diritto al differimento dell'udienza

Assoluta novità rispetto al regime previgente è la disposizione contenuta nel (nuovo) co. 9-*bis* dell'art. 309 c.p.p., che riconosce al solo imputato la facoltà di avanzare, personalmente ed entro il termine di due giorni, una richiesta di differimento della data di udienza. A quel punto il Tribunale, se sussistono giustificati motivi, differisce la data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni. In tal caso il termine per la decisione e quello del deposito dell'ordinanza sono prorogati nella stessa misura.

Si tratta di una norma che, evidentemente, trova la sua giustificazione nella necessità di concedere all'imputato, e solo a questi, la possibilità di superare, qualora sussistano giustificati motivi, la ristrettezza dei tempi propri della procedura di riesame, ma essa va interpretata con il giusto rigore che caratterizza la fase procedimentale in cui ci troviamo, e ciò al fine evidente di evitarne la strumentalizzazione e di impedire che con essa possa violarsi il principio del giudice naturale.

La facoltà di chiedere il differimento va infatti esercitata dalla parte personalmente (anche dal suo difensore, ma solo se munito di procura speciale) entro un termine (due giorni) che decorre dalla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza camerale e dunque quando l'imputato ha avuto conoscenza del collegio che deciderà la sua procedura, e quindi anche della sua composizione: il rischio che con tale richiesta si possa "evitare" il giudice naturale è dietro l'angolo e questo non può che implicare una valutazione rigorosa in ordine alla sussistenza di quei giustificati motivi che devono fungere da criterio guida per il tribunale.

Si potrebbe obiettare che, a prescindere dalla valutazione sulla sussistenza dei giustificati motivi, la strumentalizzazione sia arginata dalla circostanza che, chiedendo il differimento, l'imputato si sobbarca di un allungamento dei tempi nella decisione (di qui, la necessità che la richiesta sia fatta personalmente): ciò tuttavia incide al massimo nell'immediato, perché i tempi di fase (ed anche quelli massimi) della custodia cautelare non vengono sospesi per il tempo del differimento, non avendo il legislatore contemplato questa possibilità.

Resta pertanto, come unico argine, il vaglio sulla sussistenza dei giustificati motivi e qui si pone una prima problematica, perché il legislatore non individua i parametri in base ai quali operare la valutazione, lasciando il tribunale libero di ponderarne o meno la sussistenza. Saranno i giudici di merito e quindi quelli di legittimità ad individuare, verosimilmente, i casi che potranno ritenersi integrare i giustificati motivi, nei quali, probabilmente, rientreranno le ipotesi di "forza maggiore" che riguardino in primo luogo l'imputato personalmente (e non altri o il suo difensore) e volendo anche quelle, integranti sempre casi di "forza maggiore" che siano tali da non assicurare la piena difesa all'imputato (si pensi ad una calamità naturale che gli impedisce di acquisire documenti a lui favorevoli o tali da suffragare un'eventuale prova d'alibi).

Difficile dire se, tra i giustificati motivi, possa rientrare anche la complessità del procedimento (per numero imputati e/o per numero capi di imputazione), perché, se è pur vero che la linea difensiva viene generalmente predisposta in vista del riesame, in quanto al momento dell'interrogatorio le parti (sia la parte personalmente che il suo difensore) hanno al massimo potuto prendere visione degli atti, è anche vero che il parametro in base al quale valutare la complessità è sempre molto relativo e non è sempre esclusivo delle procedure plurisoggettive o dei cd maxi-processi.

Per converso, sarebbe stato utile prevedere espressamente (come era stato fatto nei lavori parlamentari, salvo poi non essere stato previsto in sede di approvazione definitiva) che fosse il tribunale chiamato a decidere, in base all'obiettiva complessità del procedimento (ancorabile ad un dato oggettivo, quale per esempio il numero di "atti e faldoni" che fondano un'ordinanza cautelare), a ritenere la sussistenza di giustificati motivi per differire la data dell'udienza e ciò avrebbe potuto offrire una risposta concreta alle difficoltà dei giudici

ma anche dei difensori, chiamati a studiare, in tempi eccessivamente brevi, atti che possono anche arrivare ad essere migliaia e migliaia.

Altra problematica riguarda il termine dei due giorni e la sua perentorietà o meno. La norma sul punto non è esplicita, non prevedendo che la richiesta vada formulata a pena di inammissibilità, ma, data la ristrettezza dei tempi delle procedure di riesame, l'eccezionalità della facoltà riconosciuta all'imputato (e solo a lui) e la necessità di arginare il rischio di strumentalizzazioni e di violazione del giudice naturale, può ragionevolmente concludersi affermando che, qualora l'istanza sia presentata oltre il termine di due giorni dalla notificazione dell'avviso, essa possa essere ritenuta inammissibile.

Ulteriore problematica attiene al contenuto della richiesta, non avendo il legislatore espressamente previsto che essa sia motivata. Invero proprio la lettura complessiva della disposizione porta a ritenere che sull'imputato gravi quanto meno un onere di allegazione che investa le circostanze che possono poi integrare quei giustificati motivi che consentono al tribunale di disporre il differimento. Pertanto, più che la necessità di motivare l'istanza, grava sull'imputato l'onere di dedurre e documentare le circostanze e situazioni che possono integrare un giustificato motivo.

La parte finale della disposizione non crea particolari problemi ed è in linea con le norme che impongono termini perentori per il collegio nel deposito dell'ordinanza (e prima ancora della decisione): quei termini sono sospesi (il legislatore parla di proroga) per tutto il tempo del differimento (che, in ogni caso, non può superare i dieci giorni).

Infine, una breve notazione sul riesame reale.

A differenza di quanto accaduto con la richiesta ed il diritto dell'imputato di comparire personalmente, il legislatore ha espressamente aggiunto, tra le disposizioni applicabili al procedimento di riesame reale, anche il comma 9-*bis* c.p.p.. Si legge infatti al comma 7 dell'art. 324 c.p.p. "Si applicano le disposizioni dell'articolo 309 commi 9, 9-*bis* e 10".

Deve dunque ritenersi che il diritto al differimento dell'udienza in capo all'imputato sia riconosciuto anche nel procedimento di riesame reale.

2.3. L'annullamento per mancanza di motivazione e per omessa autonoma valutazione

Il legislatore della novella ha previsto una nuova ipotesi di annullamento, o meglio ha previsto una nuova ipotesi di nullità, non contemplato in passato (anche se di fatto ritenuto in varie ordinanze del riesame, confermate in cassazione), che investe l'ordinanza cautelare. È questo quanto si ricava dalla lettura dell'art. 309 co. 9 c.p.p., ma il discorso non può prescindere dall'analisi dell'art. 292 c.p.p., ossia della disposizione che, nell'ambito del capo relativo alla forma ed alla esecuzione dei provvedimenti in tema di misure personali, disciplina l'ordinanza cautelare del giudice.

Nell'ambito dei requisiti che deve avere l'ordinanza che dispone la misura cautelare e che sono previsti a pena di nullità, rilevabile anche d'ufficio, è oggi contemplata, oltre all'esposizione, anche "l'autonoma valutazione" delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza, tenuto conto del tempo trascorso dalla commissione del reato (art. 292 co. 2 lett c); ed è anche contemplata, oltre all'esposizione, "l'autonoma valutazione" dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione e "l'autonoma valutazione" delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure.

È questo un requisito, quello dell'autonoma valutazione, che è nato sulla scia di una serie di pronunce della Suprema Corte[16].

Ripercorrerle, sia pur riportando i principi di diritto espressi, può essere utile, perché con esse si riempie di contenuto il requisito in questione.

Il legislatore non indica infatti i parametri in base ai quali ritenere un'ordinanza frutto di autonoma valutazione (anche se il concetto in sé appare abbastanza ovvio) e dunque l'analisi delle pronunce espresse dalla Suprema Corte sul punto può fornire una traccia, tenendo presente che, se si ritiene che l'ordinanza applicativa della misura cautelare sia comunque frutto di un'autonoma valutazione da parte del g.i.p., anche se questi abbia recepito per *relationem* la richiesta di misura cautelare (e prima ancora l'informativa di reato), non si ravvisa alcun vizio di nullità e dunque alcun annullamento è possibile, potendo, in questi casi, il

[16] La Cassazione sul punto era divisa, nel senso che accanto ad un orientamento più risalente e comunque uniforme secondo cui il tribunale del riesame non può annullare il provvedimento cautelare impugnato ravvisando difetto di motivazione, potendo il solo giudice di legittimità pronunciare il relativo annullamento per tale vizio, ma deve provvedere integrativamente ad un'autonoma valutazione del quadro indiziario già conosciuto dal giudice delle indagini preliminari (espresso da sez. 2ª, n. 7967 del 30/11/2011 - dep. 29/02/2012, P.M. in proc. Romano e altri, Rv. 252222 e sez. 2ª, sentenza n. 30696 del 20/04/2012Cc. (dep. 26/07/2012) Rv. 253326; sez. 5ª, sentenza n. 16587 *del* 24/03/2010 e Cc. (dep. 29/04/2010); sez. 5ª, sentenza n. 3255 del 07/12/2006Cc. (dep. 30/01/2007) Rv. 236036) Rv. 246875; sez. 2ª, sentenza n. 6322 del 21/11/2006Cc. (dep. 14/02/2007) Rv. 235825) se n'è gradualmente affermato un altro che, come si vedrà nel prosieguo, ha ritenuto la sussistenza di un potere di annullamento anche per queste ipotesi (in riferimento è alle pronunce sez. 3, sentenza n. 41569 del 11/10/2007Cc. (dep. 12/11/2007) Rv. 237903 e sez. 6ª, sentenza n. 25631 del 24/05/2012Cc. (dep. 02/07/2012 e Sez. 6ª, n. 12032 del 04/03/2014 - dep. 13/03/2014, Sanjust, Rv. 259462.

giudice del riesame anche integrare l'ordinanza genetica. Per converso, qualora si ritenga sussistere il vizio di carenza di autonoma valutazione, alcun potere integrativo da parte del giudice del riesame è esercitabile, neanche se questi operi valutazioni diverse rispetto a quelle contenute nell'ordinanza genetica. Ciò non solo perché è il legislatore ad escluderlo (ammettendo che il tribunale può riformare in senso favorevole o confermare l'ordinanza genetica anche per motivi o ragioni deversi da quelli rispettivamente enunciate ed indicate nella motivazione del provvedimento medesimo, motivazione che deve comunque esserci ed essere frutto di autonoma valutazione), ma perché, fondamentalmente (ed in ciò la *ratio* della novella legislativa), l'imputato è stato di fatto privato di un grado di giudizio, ossia quello innanzi al g.i.p., che non ha sottoposto a vaglio critico o comunque autonomo le risultanze contenute nell'informativa e quindi nella richiesta del p.m.

Il requisito in esame, dunque, comporta il rischio di un annullamento *tout court* senza alternative possibili, non potendo il tribunale del riesame integrare l'ordinanza genetica, colmandone tutte le possibili lacune, in ragione del richiamo all'effetto pienamente devolutivo della richiesta di riesame, che implicava in fatto la trasformazione delle cause di nullità in motivi di gravame. Diventa quindi quanto mai determinante comprendere quando l'autonoma valutazione manchi e quando invece essa vi sia stata, tenendo presente che il legislatore non ha abolito il rinvio per *relationem* ad altri atti, per cui è ben possibile che il giudice del riesame si trovi a dover decidere su un'ordinanza che ne abbia fatto largo uso e, ciò nonostante, non è detto che essa sia viziata da nullità per carenza del requisito in esame.

Vanno dunque individuati i casi di carenza di autonoma valutazione ed in questo gli orientamenti della Suprema Corte possono sicuramente costituire una guida, non solo per il caso in esame, ma anche per circoscrivere le ipotesi in cui la motivazione sia carente del tutto ossia inesistente perché del tutto inadeguata o basata su affermazioni apodittiche[17].

Sul punto sono estremamente chiare alcune recenti pronunce che hanno chiarito che "il potere dovere del tribunale del riesame di integrazione delle insufficienze motivazionali del provvedimento impugnato non opera, oltre che nel caso di carenza grafica, anche quando l'apparato argomentativo, nel recepire integralmente il contenuto di altro atto del procedimento, o nel rinviare a questo, si sia limitato all'impiego di mere clausole di stile o all'uso di frasi apodittiche, senza dare contezza alcuna delle ragioni per cui abbia fatto proprio il contenuto dell'atto recepito o richiamato, o comunque lo abbia considerato coerente rispetto alle sue decisioni[18]. Ed ecco che allora deve ritenersi viziata da nullità l'ordinanza applicativa della custodia in carcere, la cui motivazione sia costituita dall'integrale trascrizione della richiesta del P.M., preceduta da una generica affermazione circa la sussistenza delle condizioni di legge per applicare la misura custodiale. O, ancora, l'ordinanza applicativa di misura coercitiva personale costituita dalla copia di parti di motivazioni di ordinanze emesse nell'ambito di differenti vicende giudiziarie e dell'integrale contenuto della richiesta del pubblico ministero, senza che si provveda alle modifiche formali rese necessarie dal mutamento del tipo di atto e dell'autorità procedente. O, ancora, l'ordinanza applicativa di misura coercitiva personale consistente nella sola trascrizione del contenuto d'intercettazioni telefoniche ed ambientali senza alcuna valutazione del compendio probatorio raccolto[19].

Infine, un breve cenno alle procedure di riesame reale.

La disposizione contenente il potere-dovere del tribunale del riesame di annullare il provvedimento impugnato – senza possibilità d'integrazione – se la motivazione manca o non contenga un'autonoma valutazione da parte del g.i.p. è richiamata dall'art. 324 co. 7 c.p.p., per cui, non diversamente da quanto accade per la richiesta di differimento formulata dall'imputato, dovrebbe ritenersi che essa si applichi anche ai riesami reali, con la conseguenza che il tribunale dovrebbe annullare il decreto di sequestro preventivo sia nei casi di motivazione mancante, sia quando il giudice di *prime cure* non abbia dato conto di un'autonoma valutazione.

Come tuttavia è stato giustamente osservato[20] l'applicazione della disposizione in esame anche al riesame reale non è affatto scontata, in quanto se è pur vero che il legislatore opera, all'art. 324 c.p.p., un rinvio al comma 9 dell'art. 309 c.p.p. (*rectius*: che non ha modificato la norma che opera il rinvio), è altrettanto vero che la valutazione autonoma è richiamata in quanto requisito, previsto a pena di nullità dall'art. 292 c.p.p., dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale e ciò è dimostrato dal fatto che oggetto della autonoma valutazione sono "le esigenze cautelari" e "gli indizi" e dunque gli elementi che fondano le misure cautelari personali e non anche quelle reali (per i quali la valutazione di sussistenza investe il *fumus commissi delicti* ed il *periculum in mora*).

[17] Sez. 3ª, n. 33753 del 15/07/2010 - dep. 17/09/2010, Pmt in proc. Lteri Lulzim, Rv. 249148.

[18] Sez. 6ª, n. 12032 del 04/03/2014 - dep. 13/03/2014, Sanjust, Rv. 259462 e prima ancora, sempre del medesimo giudice relatore estensore, sez. 6ª, sentenza n. 25631 del 24/05/2012Cc (dep. 02/07/2012).

[19] Sez. 3ª, sentenza n. 33753 del 15/07/2010Cc (dep. 17/09/2010) Rv. 249148.

[20] In questo senso P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali,* in *penalecontemporaneo.it*, p. 31.

2.4. Il termine per il deposito dell'ordinanza, il suo mancato rispetto e il vizio d'inefficacia

Il legislatore della novella non ha introdotto solo un nuovo requisito a pena di nullità, che può comportare l'annullamento del titolo cautelare, non potendo il tribunale del riesame (più) integrare il provvedimento impugnato, ma ha previsto un nuovo vizio, questa volta a pena d'inefficacia (per altro "più grave" di quella che investiva in passato vizi egualmente previsti a pena d'inefficacia e che, oggi, a seguito della riforma, sono sanzionati più duramente).

A norma infatti del comma 10 dell'art. 309 c,.p.p. non più solo la trasmissione degli atti da parte dell' autorità giudiziaria procedente oltre il temine di cui al comma 5 (ossia entro il giorno successivo alla presentazione dell'istanza e comunque non oltre il quinto giorno) e la decisione sulla richiesta di riesame oltre i termini prescritti sono causa di inefficacia della misura, ma oggi anche "il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria" è causa di inefficacia della misura ed in tutti e tre i casi, altra novità assoluta, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva non può essere rinnovata, salve eccezionali esigenze cautelari specificatamente motivate.

Il legislatore ha dunque aggravato la sanzione d'inefficacia che esisteva già in passato (per i casi in cui la trasmissione degli atti fosse avvenuta oltre i termini di cui al co. 5 dell'art. 309 c.p.p. e per i casi di decisione sulla richiesta di riesame intervenuta oltre il termine dei dieci giorni dalla ricezione degli atti) ed ha previsto un nuovo vizio nei casi in cui l'ordinanza completa dei motivi venga depositata in cancelleria oltre il termine di trenta giorni dalla decisione (che si realizza con il deposito del dispositivo) o, al massimo, di quarantacinque giorni dalla decisione per i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa, per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni.

Con la norma in esame il legislatore ha evidentemente voluto arginare il fenomeno delle ordinanze (complete di motivazione) depositate dopo molto tempo rispetto alla decisione, situazione sicuramente patologica (ma non è dato sapere quanto diffusa) che si è venuta a creare dopo che le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno dato all'art. 309 co. 10 c.p.p. la lettura secondo cui per "decisione" non deve intendersi l'ordinanza (completa di motivazione) ma la pronuncia del dispositivo[21].

È questa una disposizione che verosimilmente inciderà molto sul modo di lavorare dei giudici del riesame, i quali, spesso gravati da numerose decisioni assunte contestualmente in un'unica udienza, non potranno correre il rischio di depositare in ritardo e comunque oltre i termini le varie ordinanze e dovranno anche rimodulare le forme di redazione dei provvedimenti, conformandoli alle pronunce assunte in secondo grado (e tali sono le ordinanze emesse dal collegio di riesame, che è a tutti gli effetti l'autorità giudiziaria che decide sull'impugnazione) nelle quali, premessa una breve esposizione in fatto (che potrà essere fatta anche per *relationem*), sarà forse necessario motivare adeguatamente (e direttamente) sui rilievi e le eccezioni sollevate (e per altro ciò è reso anche possibile dalla circostanza che il vizio di "autonoma valutazione" non investe anche le ordinanze pronunciate dal tribunale del riesame).

Ciò che lascia tuttavia perplessi è il divieto di rinnovare l'ordinanza (che in passato, qualora ricorreva un vizio d'inefficacia, non era contemplato, ben potendo l'ordinanza essere riemessa) e l'eccezione alla regola testé indicata, ossia la possibilità che per "eccezionali esigenze cautelari specificatamente motivate" essa possa essere rinnovata.

A questo punto viene da chiedersi perché solo le eccezionali esigenze cautelari possano fondare la possibilità di rinnovazione e non anche l'estrema gravità indiziaria e viene poi da domandarsi se le eccezionali esigenze cautelari debbano essere specificamente motivate prima dell'emissione del titolo (poi caducato) o all'atto della sua rinnovazione (come sembra più probabile), ma soprattutto risulta alquanto problematico distinguere tra esigenze cautelari su cui tanto il p.m. quanto il g.i.p. avranno motivato ed "eccezionali" esigenze cautelari da motivare "specificatamente".

In altri termini se le esigenze cautelari – che oggi, quando servono ad arginare, come nella maggioranza dei casi, il pericolo di reiterazione nel reato, devono per altro essere concrete ed attuali – sono state ritenute sussistenti, esse saranno implicitamente anche eccezionali e dunque idonee a fondare la rinnovazione, a meno di non immaginare che, nelle more tra l'emissione del titolo e il decorso del termine, sia intervenuto un *quid novi* (la scoperta che a ridosso dell'arresto abbia commesso un altro fatto della stessa indole?) che abbia reso quelle esigenze "eccezionali".

In ogni caso è proprio il richiamo in generale all'eccezionalità delle esigenze a suscitare forti perplessità e ciò spiega perché, a pochi giorni dall'entrata in vigore della normativa, si è già ritenuto di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, perché voglia dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 309 co. 10 del

[21] È infatti dalla decisione delle Sezioni Unite del 1998 che si è affermato il principio di diritto – uniforme e costante – secondo cui «Ai fini della perdita di efficacia del provvedimento che dispone la misura coercitiva personale per omessa decisione del tribunale sulla richiesta di riesame entro il decimo giorno dalla ricezione degli atti, deve farsi riferimento alla data di deliberazione, il cui documento sia stato depositato in cancelleria, e non alla data di deposito dell'ordinanza, completa di tutti i suoi elementi, e quindi anche della motivazione, che deve essere depositata entro cinque giorni dalla deliberazione, a norma dell'art. 128 cod. proc. pen. L'eventuale inosservanza di tale ultimo termine, quantunque sfornita di sanzione processuale, espone i magistrati a responsabilità civile e disciplinare, oltre che, all'occorrenza, pena» (cfr. sez. un., sentenza n. 11 del 25/03/1998Cc. - dep. 02/06/1998- Rv. 210607).

codice di procedura penale nella parte in cui prevede che l'ordinanza che dispone una misura coercitiva – diversa dalla custodia in carcere – che abbia perso efficacia non possa essere reiterata salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, principio di eguaglianza sostanziale, del principio di ragionevolezza, dell'art. 101, comma 2 e dell'art. 104, comma 1, della Costituzione[22].

Infine, i riesami reali, per i quali è restato il richiamo operato dall'art. 324 co. 7 c.p.p. al comma 10 dell'art. 309 c.p.p.

Anche in questo caso, come del resto per il richiamo al comma 9 dell'art. 309 c.p.p., suscita perplessità l'automatica applicazione della novella ai riesami reali, vuoi per il riferimento nel corpo della disposizione al "numero degli arrestati" (che dunque presuppone esclusivamente l'esistenza di una misura cautelare personale), vuoi perché, come per altro già sottolineato[23], le Sezioni unite si erano arrestate, con una recente pronuncia[24], nel senso di ritenere l'inapplicabilità, ai riesami reali, del termine per la trasmissione degli atti e della relativa sanzione di inefficacia di cui ai commi quinto e decimo dell'art. 309 e ciò in ragione della natura recettizia, e non formale, del rinvio dell'art. 324 ai commi 9 e 10 dell'art. 309 c.p.p.

3. L'appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali

La novella legislativa ha solo parzialmente modificato il procedimento di appello. L'unica disposizione che è stata interessata dalla riforma ha riguardato il termine per il deposito della decisione, che ricalca (apparentemente) quello del riesame.

Al più generale (e preesistente) termine per la decisione, che resta quello dei venti giorni dalla ricezione degli atti, è stato aggiunto un inciso che impone al tribunale di depositare l'ordinanza in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione, salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati e la gravità delle imputazioni, trattandosi di ipotesi in cui il giudice può indicare nel dispositivo un termine più lungo non eccedente comunque il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione.

Se la novella non differisce (apparentemente) da quella prevista per il riesame, diversi sono però gli effetti: nel caso della procedura di riesame, in virtù del richiamo contenuto al comma 10 dell'articolo 309 c.p.p., l'omessa osservanza dei termini dà luogo alla sanzione dell'inefficacia, con l'ulteriore grave corollario, fatta salva la sussistenza di eccezionali esigenze cautelari specificatamente motivate, del divieto di rinnovazione. Per converso, nel caso delle procedure di appello i termini restano, come in passato, ordinatori, proprio perché non è prevista alcuna sanzione nel caso di una loro inosservanza ed anzi, paradossalmente, al termine ordinatorio dei venti giorni, se n'è oggi aggiunto un altro (di trenta o di quarantacinque giorni) che decorrere dalla decisione, quando essa viene esternata attraverso il deposito in cancelleria del (solo) dispositivo.

Un breve cenno all'appello reale: il legislatore non ha modificato l'art. 322 c.p.p. che disciplina l'appello contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo e contro il decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero, per il quale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'art. 310 c.p.p.

Ebbene, non si ritiene vi siano difficoltà ad estendere anche all'appello reale i termini per il deposito della ordinanza decisoria[25].

4. L'annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione

L'unica disposizione relativa al ricorso in cassazione che è stata oggetto di modifica riguarda l'ipotesi di annullamento con rinvio ed essa è del tutto nuova rispetto al sistema previgente.

Quando infatti interveniva un annullamento con rinvio da parte della Suprema Corte, l'orientamento era quello di ritenere che non fosse applicabile la disposizione di cui al decimo comma dell'art 309 c.p.p., che prevede la cessazione dell'efficacia della misura coercitiva se la decisione del Tribunale del riesame non interviene nel termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti, trattandosi di una disposizione non richiamata dall'art. 311 c.p.p. e comunque dettata solo per la fase iniziale del procedimento di riesame, tenuto per altro conto che sarebbe incongrua l'esigenza dell'osservanza del termine perentorio, dopo la fase di legittimità, caratterizzata dalla presenza di termini meramente ordinatori[26]. Di qui il passo a ritenere infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 309, co. 10 c.p.p. in relazione agli artt. 3, 13 e 111 della Costituzione, nella parte in cui non prevede la perdita di efficacia della misura coercitiva nel caso in cui, dopo la decisione di annullamento da parte della Cassazione, il Tribunale del riesame in sede di rinvio non decida nel termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti, è stato inevitabile[27].

[22] In questo senso Trib. Nola, sez. GIP, ord. 28 maggio 2015, Giud. Sepe in *www.penalecontemporaneo.it,* 23 luglio 2015 con nota di Giulia Angiolini. L'ordinanza contiene una serie di osservazioni, anche sistematiche, sul significato da poter dare alle eccezionali esigenze.

[23] In questo senso P. Borrelli, *cit.* e Relazione dell'Ufficio del massimario cit.

[24] Sez. un., 28 marzo 2013, n. 26268, Cavalli, Rv. 25581-4.

[25] In questo senso anche la relazione dell'ufficio del Massimario cit.

[26] Sez. 5ª, sentenza n. 5652 del 23/11/1999Cc. (dep. 14/01/2000) Rv. 215788.

[27] Sez. 5ª, sentenza n. 652 del 23/11/1999Cc. (dep. 14/01/2000) Rv. 215789 e quindi di recente sez. 1ª, n. 30344 del 14/06/2013 -

Dunque, fino alla novella legislativa, il giudizio di rinvio svoltosi innanzi al tribunale del riesame, dopo l'annullamento della cassazione, non conosceva termini e men che mai termini perentori.

Il legislatore ha inteso invece dare dei termini, perentori, anche per questa fase, stabilendo che la decisione del tribunale del riesame deve intervenire entro dieci giorni dalla ricezione degli atti e che la successiva ordinanza deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione, senza che si abbia la possibilità di indicare un termine ulteriore. Ove i termini non vengano osservati, l'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva perde efficacia, eccezion fatta per i casi in cui l'esecuzione sia sospesa per il decorso del termine di cui all'art. 310 u.c. c.p.p., e vige altresì il divieto di rinnovo, salvo che sussistano eccezionali esigenze cautelari specificatamente motivate.

Il nuovo regime riguarda però la sola ipotesi in cui l'annullamento investa un'ordinanza che ha disposto o confermato la misura coercitiva ai sensi dell'art. 309 co. 9 c.p.p., essendo stati lasciati fuori i casi di annullamento con rinvio di ordinanza emessa dal tribunale del riesame che abbia annullato, in sede di riesame, la misura coercitiva e tutte le ordinanze (sia di rigetto, ma anche di accoglimento dell'appello del p.m.) pronunciate dal tribunale in sede di appello. Tale esclusione, verosimilmente, si spiega per il fatto che nel primo caso (ossia nell'ipotesi in cui il tribunale del riesame abbia annullato l'ordinanza cautelare) ed anche nel caso dell'ordinanza che abbia rigettato l'appello del p.m. l'interessato non è sottoposto a misura cautelare, perché scarcerato o perché mai applicatagli, e dunque alcuna sanzione d'inefficacia è irrogabile; nel secondo caso, ossia nel caso di ordinanza che abbia accolto l'appello del p.m., l'esclusione si spiega per il fatto che l'esecuzione delle decisione con la quale è stata disposta una misura cautelare, è sospesa, a norma dell'art. 310 u.c. c.p.p., fino a che la decisione non sia divenuta definitiva.

Quanto poi all'eccezionalità delle esigenze ed all'obbligo di specifica motivazione si rinvia a quanto in precedenza analizzato.

Infine, l'impugnazione reale: il legislatore non ha inteso modificare l'art. 325 c.p.p. che disciplina il ricorso per cassazione contro le ordinanze emesse a norma degli artt. 322-*bis* e 324 c.p.p., in relazione al quale si applicano le disposizioni di cui all'art. 311 co. 3 e 4 c.p.p. e non anche il nuovo comma 5-*bis*. Deve dunque ritenersi che in caso di annullamento con rinvio di ordinanza che abbia imposto il vincolo reale, non sussistano termini perentori per la sua decisione.

dep. 15/07/2013, Kirro Zhura e altri, Rv. 256798.

5. Norme di riferimento

LEGGE 16 aprile 2015, n. 47

Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità. (15G00061) *(GU n.94 del 23-4-2015)*

Entrata in vigore: 08/05/2015

Art. 11

1. Al primo periodo del comma 6 dell'articolo 309 del codice di procedura penale sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e l'imputato può chiedere di comparire personalmente».

2. Al comma 8-*bis* dell'articolo 309 del codice di procedura penale è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente».

3. Al comma 9 dell'articolo 309 del codice di procedura penale è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa».

4. All'articolo 309 del codice di procedura penale, dopo il comma 9 è inserito il seguente:

«9-*bis*. Su richiesta formulata personalmente dall'imputato entro due giorni dalla notificazione dell'avviso, il tribunale differisce la data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni se vi siano giustificati motivi. In tal caso il termine per la decisione e quello per il deposito dell'ordinanza sono prorogati nella stessa misura».

5. Il comma 10 dell'articolo 309 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«10. Se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata. L'ordinanza del tribunale deve essere depositata in cancelleria entro trenta giorni dalla decisione salvi i casi in cui la stesura della motivazione sia particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni. In tali casi, il giudice può disporre per il deposito un termine più lungo, comunque non eccedente il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione».

6. Al comma 7 dell'articolo 324 del codice di procedura penale, le parole: «articolo 309 commi 9» sono sostituite dalle seguenti: «articolo 309, commi 9, 9-*bis*».

Gennaro Iacone
Presidente della Sezione lavoro del Tribunale di Napoli Nord-Aversa

NASPI, la nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego tra le novità del d.lgs. n. 22/2015

Con la riforma in commento il legislatore ha modificato i requisiti per l'accesso alla nuova prestazione per la disoccupazione involontaria: allo stesso tempo la misura e la durata della prestazione è strettamente legata alla storia contributiva dei soggetti interessati.

sommario

1. La nozione ed il campo di applicazione della Naspi. – **2.** I requisiti. – **3.** La disciplina. – **4.** Gli eventi modificativi del rapporto. - **5.** Gli eventi estintivi del rapporto. – **6.** La contribuzione figurativa. – **7.** La nozione e l'ambito di applicazione dell'Asdi. – **8.** I requisiti e la disciplina. – **9.** La nozione e l'ambito di applicazione della Dis-coll. – **10.** I requisiti e la disciplina. – **11.** Il contratto di ricollocazione.

1. La nozione e l'ambito di applicazione della Naspi

Il d.lgs. n. 22/2015 ha istituito a decorrere dal 1° maggio 2015 la nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego che sostituisce la prestazione dell'assicurazione sociale per l'impiego e la c.d. Mini Aspi, di cui all'art. 2 della legge n. 92/2012 per i nuovi eventi di disoccupazione involontaria a partire dal 1° maggio 2015 al fine di sostenere il reddito dei lavoratori disoccupati.

Sono destinatari della nuova prestazione di disoccupazione tutti i lavoratori dipendenti con esplicita esclusione dei dipendenti a tempo indeterminato della pubblica amministrazione e degli operai agricoli a tempo determinato o indeterminato, destinatari della disoccupazione agricola di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 22/2015. Nella nozione sono quindi inclusi gli apprendisti, i soci di cooperativa con contratto di lavoro subordinato, il personale dipendente artistico, teatrale e cinematografico, nonché i dipendenti delle pubbliche a amministrazioni con contratto a tempo determinato e gli impiegati del settore agricolo.

2. I requisiti

Per poter godere della nuova prestazione, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 2/2015, i lavoratori devono essere disoccupati involontari e devono avere acquisito la stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 1 comma 2 lettera c) del d.lgs. n. 181/2000; devono avere 13 settimane di contribuzione nei 4 anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione involontaria nonché 30 giorni di lavoro effettivo nei 12 mesi precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione. Il concetto di involontarietà esclude l'ipotesi delle dimissioni spontanee o di risoluzione consensuale del rapporto, atteso che in tali casi lo stato di disoccupazione è frutto di una libera scelta del lavoratore, mentre al contrario la disoccupazione è subita dal lavoratore ai fini del riconoscimento della presente prestazione. Si ritiene che la Naspi debba essere riconosciuta sia per i licenziamenti economici che per quelli disciplinari, e cioè per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo. Anche le dimissioni per giusta causa integrano il requisito in parola in ottemperanza alla giurisprudenza costituzionale[1], in quanto si tratta per il lavoratore di evitare atti o fatti che non consentono neanche provvisoriamente la prosecuzione del rapporto: ci si riferisce ad titolo di esempio al c.d. mobbing[2], al comportamento ingiurioso posto in essere dal superiore gerarchico nei confronti del dipendente[3], allo spostamento del lavoratore da un sede ad un'altra senza la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 2013 c.c.[4]. La risoluzione consensuale del rapporto di lavoro nell'ambito della procedura di conciliazione di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966 integra il predetto requisito in quanto la procedura conciliativa è necessariamente propedeutica al licenziamento per giustificato motivo oggettivo oggettivo, per cui si tratta di una vera e propria transazione al fine di evitare l'alea del giudizio di impugnazione del recesso datoriale. Si ritiene che anche l'accordo intervenuto in sede di conciliazione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015 dia diritto alla Naspi, atteso che anche in tale ipotesi non viene a modificarsi la tipologia di recesso, che resta pur sempre un licenziamento, cioè un atto unilaterale da cui discende una evidente situazione di disoccupazione involontaria.

Lo stato di disoccupazione si ottiene con la presentazione del lavoratore presso il servizio competente nell'ambito del territorio del domicilio dello stesso e la sottoscrizione di una dichiarazione di immediata disponibilità allo svolgimento di un'attività lavorativa oltre che dell'attestazione dell'eventuale attività lavo-

[1] Corte Cost. n. 269/2002.
[2] Cass., sez. lav., n. 143/2000.
[3] Cass. n. 5977/1985.
[4] Cass. n. 1074/1999.

rativa precedentemente svolta. Tale dichiarazione per l'Aspi poteva essere direttamente consegnata all'INPS ai sensi dell'art. 4 comma 38 della legge n. 92/2012. Si ritiene che tale disposizione sia applicabile anche alla Naspi per analogia.

Con riferimento ai requisiti contributivi, si deve rilevare che il principale obiettivo dei principi della legge delega di cui all'art.1 comma 2 lettera b) punto 1) della legge n. 183/2014 è la razionalizzazione e l'unificazione dei "trattamenti ordinari" e dei "trattamenti brevi", e tale obiettivo è stato raggiunto con l'istituzione di una sola indennità, i cui requisiti contributivi devono essere meno stringenti rispetto a quelli previsti per l'indennità di disoccupazione a requisiti ordinari di cui all'art. 2 della legge n. 92/2012 per ricomprendere anche i lavoratori disoccupati precedentemente destinatari della mini Aspi e ancora prima dell'indennità di disoccupazione a requisiti ridotti. Con questo obiettivo, non soltanto non sono più richiesti i 2 anni di anzianità assicurativa e le 52 settimane di contribuzione nei 2 anni precedenti la disoccupazione, ma la contribuzione richiesta per l'accesso alla nuova prestazione di disoccupazione è inferiore anche alle 13 settimane di contribuzione nell'ultimo anno che erano previsti per beneficiare della mini Aspi.

3. La disciplina

L'importo della prestazione ha come retribuzione di riferimento quella complessiva imponibile ai fini previdenziali degli ultimi 4 anni. Questo totale è diviso per il numero di settimane di contribuzione relative a tale retribuzione, ricavando in tale modo la retribuzione media settimanale. Essa è moltiplicata per il numero 4,33 per ottenere la retribuzione media mensile di riferimento per il calcolo dell'indennità. Quindi l'importo dell'indennità di disoccupazione corrisponde al 75% della retribuzione di riferimento fino ad euro 1.195,00 della retribuzione di riferimento (2015); al 75% della retribuzione di riferimento più il 25% per la parte eccedente per una retribuzione di riferimento superiore a d euro 1.195,00 (2015). L'ammontare della indennità calcolato inizialmente secondo quanto indicato non rimane costante per l'intero periodo del godimento della prestazione. Al contrario esso subisce una riduzione progressiva con l'obiettivo di disincentivare il beneficiario a permanere nel sistema dell'assicurazione contro la disoccupazione ed incentivarlo alla ricerca attiva di una nuova occupazione. Il meccanismo della riduzione progressiva dell'indennità un decremento del 3% per cento ogni mese a decorrere dal quarto mese (art. 4 comma 3 d.lgs. n. 22/2015).

In conformità al principio indicato nella legge delega di collegare la durata della prestazione "alla storia contributiva dei lavoratori" di cui all'art. 1 comma 1 e l'art. 1 comma 2 lettera b), punto 1) della legge n. 183/2014, la durata del godimento dell'indennità non è più individuata come in passato, in un numero di mesi predefinito previsto per i lavoratori più anziani, ma è calcolata per ogni singoli beneficiario e proporzionata ai contributi sociali versati. La nuova prestazione di disoccupazione è erogata per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi 4 anni (art. 5 d.lgs. 22/2015). Non vengono computati nel calcolo delle settimane di contribuzione i periodi già considerati per l'erogazione di altre prestazioni di disoccupazione. Il lavoratore con 4 anni di contributi avrà quindi diritto a 104 settimane di indennità. Tuttavia, a decorrere dal 2017, è fissato un tetto massimo alle settimane di diritto all'indennità, individuato in 78 settimane (un anno e mezzo).

La domanda di riconoscimento della prestazione di sostegno al reddito deve essere presentata all'INPS entro 68 giorni dalla data dell'evento di disoccupazione e cioè dalla data di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, pena la decadenza del diritto (art. 6 comma primo del d.lgs. n. 22/2015). La decorrenza del diritto è in ogni caso fissata non prima di otto giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro oppure, superato questo termine, dal primo giorno successivo la presentazione della domanda (art. 6 comma 2 d.lgs. n. 22/2015).

L'art. 7 comma 1 del d.lgs. n. 22/2015 specifica che la nuova prestazione di disoccupazione è condizionata alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa e ai percorsi di riqualificazione professionale proposti dai servizi competenti in base all'art.1 comma 2 lettera g) del d.lgs. n. 181/2000. Inoltre altre misure di attivazione, volte a condizionare l'indennità di disoccupazione alla ricerca attiva di un'occupazione e al reinserimento nel tessuto produttivo, potranno essere definite dal decreto legislativo volto a riordinare la normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive, come previsto dall'art. 1 comma 3 della legge n. 183/2014 (art. 7 comma 2 d.lgs. n. 22/2015). Le condizioni e le modalità di attuazione delle disposizioni in materia di condizionalità e le relative sanzioni sono disciplinate con decreto non regolamentare del Ministero del lavoro (art. 7 comma 3 d.lgs. n. 22/2015).

4. Le vicende modificative del rapporto

Alla pari di quanto previsto già per l'Aspi, anche per la Naspi si conferma la possibilità di ricevere il sussidio in un'unica soluzione per avviare un'attività autonoma professionale o imprenditoriale, ovvero per associarsi in cooperativa (art. 8). Può anche trattarsi di un'anticipazione ragguagliata al sussidio residuale, nel senso che l'attività può essere intrapresa anche dopo aver già percepito alcune rate di Naspi, nel qual caso il soggetto richiedente ha diritto a percepire in un'unica soluzione le mensilità mancanti. La domanda va presentata entro 30 giorni dall'inizio dell'attività lavorativa. Deve essere altresì ricordato che una volta ottenuta l'anticipazione, il percettore dovesse instaurare un rap-

porto subordinato nel virtuale periodo di decorrenza della Naspi, anticipata, egli sarebbe costretto a restituire l'intero importo ottenuto.

L'anticipazione può essere ottenuta anche da chi volesse sottoscrivere quote di capitale sociale di una società cooperativa (art. 8 comma 3 del d.lgs. n. 22/2015). Il successivo comma 4 dispone che l'anticipazione così ottenuta non deve essere restituita solo nel caso in cui il soggetto socio stipuli con la stessa un contratto di lavoro di tipo "subordinato" ai sensi dell'art. 1 comma 3 della legge n. 142/2001.

La Naspi può essere conservata anche nel caso di conclusione di un contratto di lavoro subordinato a termine di sei mesi (in tale caso la prestazione è sospesa solo d'ufficio per la durata del rapporto) ovvero di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato che il cui reddito annuale sia inferiore al reddito minimo escluso da imposizione fiscale a condizione che entro 30 giorni comunichi all'INPS l'inizio del rapporto con il reddito annuo previsto.

Il soggetto può intraprendere durante il rapporto di fruizione della Naspi un'attività di lavoro autonomo o di impresa individuale, dalla quale ricava un reddito inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione; nel quale caso esso soggetto deve informare l'INPS entro un mese dall'inizio dell'attività con l'indicazione del reddito annuo previsto. La Naspi è quindi ridotta di un importo pari all'80% del reddito previsto, rapportato al periodo di tempo intercorrente tra la data di inizio dell'attività e la data in cui termina il periodo di godimento dell'indennità o, se antecedente, la fine dell'anno.

La stessa facoltà è prevista per il lavoratore, titolare di due o più rapporti di lavoro subordinato a tempo parziale che cessi da uno dei detti rapporti a seguito di licenziamento, dimissioni per giusta causa o di risoluzione consensuale del rapporto intervenuta nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604, come modificato dall'articolo 1, comma 40, della legge n. 92 del 2012. La norma implicitamente ma altrettanto chiaramente esclude la possibilità di riconoscere la Naspi all'esito della procedura conciliativa di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015.

5. Le vicende estintive del rapporto

Le vicende estintive del rapporto possono essere raggruppate in due categorie. La prima è rappresentata dalla fruizione della prestazione per intero oppure la sua liquidazione anticipata per l'autoimprenditorialità. La seconda concerne la decadenza la quale è stata codificata per le seguenti ipotesi: a) perdita della stato di disoccupazione; b) violazione delle regole della condizionalità di cui al d.lgs. n. 22/2015; c) l'inizio di un'attività lavorativa subordinata senza l'effettuazione della prevista comunicazione del lavoratore all'Inps di cui al comma 1 dell'art. 10 del d.lgs. n. 22/2015; e) raggiungimento dei requisiti del pensionamento di vecchiaia o anticipato; f) l'acquisizione del diritto all'assegno ordinario di invalidità di cui alla legge n. 222/1984 a meno che il lavoratore non opti per l'assegno Naspi. Il riconoscimento della prestazione della pensione di inabilità ovvero dell'assegno di accompagnamento della stessa legge (aggiungo anche delle prestazione di assistenza) non costituiscono elementi di decadenza dal diritto all'assegno di disoccupazione. Con riferimento alla prima ipotesi della decadenza occorre aggiungere che le condizioni di conservazione, sospensione e perdita dello stato di disoccupazione sono disciplinate dall'art. 4 del d.lgs. n. 181/2000. Si determina la perdita dello stato di disoccupazione in caso di mancata presentazione, senza giustificato motivo, alla convocazione del servizio competente nell'ambito dell'erogazione di misure di politica attiva per il lavoro (art. 4 comma 1 lettera b) d.lgs. n. 181/2000) oppure il rifiuto di una congrua offerta di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro in somministrazione, a prescindere dalla durata (art. 4 comma 1 lettera c) del d.lgs. n. 181/2000).

6. La contribuzione figurativa

Secondo quanto dispone l'art. 12 del decreto delegato, il periodo di godimento della Naspi sarà coperto da contribuzione figurativa. L'ammontare di detta contribuzione sarà pari alla retribuzione presa a base per la liquidazione della prestazione. La somma massima accreditabile a tale titolo non potrà essere superiore a 1,4 volte l'importo massimo mensile della Naspi che è pari ad euro 1.300,00 mensili, rivalutabili annualmente. Le retribuzioni computate nei limiti di cui al comma 1 del citato art. 12, rivalutate fino alla data di decorrenza della pensione, non sono prese in considerazione per la determinazione della retribuzione pensionabile qualora siano di importo inferiore alla predetta retribuzione media pensionabile ottenuta non considerando tali retribuzioni. Si sterilizza quindi il periodo di accredito figurativo in pendenza di Naspi media pensionabile se questo dovesse abbassare la retribuzione media pensionabile anche se, qualora si fosse lasciata la possibilità di considerare, senza limiti all'accredito, la retribuzione media percepita *tout court,* il parametro medio pensionabile avrebbe potuto anche aumentare. Rimane salvo il computo dell'anzianità contributiva relativa ai periodi eventualmente non considerati nella determinazione della retribuzione pensionabile ai fini dell'applicazione dell'art. 24 comma 2 del d.l. 06 dicembre 2011 n. 201 conv. con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011 n. 214. Nel caso di percezione della Naspi in un'unica soluzione vi è la perdita della contribuzione figurativa ai fini pensionistici e del diritto agli assegni per il nucleo familiare. La prima perdita si giustifica con il fatto che se il lavoratore si mette in

proprio, la contribuzione in linea di massima la inizierà a versare nel regime assicurativo di appartenenza (ad esempio artigiani, commercianti, gestione separata di cui alla legge n. 335/1995).

7. La nozione e l'ambito di applicazione dell'Asdi

Il d.lgs. n. 22/2015 all'art. 16 istituisce a decorrere dal 1° maggio 2015 e in via sperimentale per il 2015, l'assegno di disoccupazione Si tratta di una prestazione di sostegno al reddito in caso di disoccupazione che non rientra nel sistema dell'Assicurazione sociale per l'impiego ma consiste invece in una prestazione assistenziale, finanziata dalla fiscalità generale attraverso uno specifico fondo. I destinatari della prestazione sono i soggetti che, senza essere incorse in decadenze nella fruizione della Naspi, si continuano a trovare in condizioni di bisogno, che sarà definita in termini di ISEE, da un decreto non regolamentare del Ministero del lavoro, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze (art. 16, c. 6 cit.). Trattandosi di uno strumento sperimentale e con una dotazione limitata, si prevede di dare precedenza nella destinazione di tale prestazione ai lavoratori disoccupati appartenenti a nuclei familiari con minorenni e secondariamente ai lavoratori vicini al pensionamento.

8. I requisiti e la disciplina

L'erogazione dell'assegno di disoccupazione è prevista per una durata massima di sei mesi. L'ammontare è stabilito nel 75% dell'importo dell'ultima prestazione di disoccupazione. Tuttavia l'importo dell'assegno non può essere superiore alla misura dell'assegno sociale di cui all'art.3 comma 6, della legge n. 335/1995, che per il 2015 è di euro 448,52 (art. 16 comma 3, del d.lgs. n. 22/2015). Anche per l'assegno di disoccupazione è prevista una c.d. "condizionalità" a misura di attivazione del beneficiario. In questo caso si richiede l'adesione ad un progetto personalizzato redatto dai servizi competenti, che deve contenere obblighi specifici di ricerca attiva di un lavoro, di disponibilità alla partecipazione ad iniziative di orientamento e formazione, di accettazione di adeguate proposte di lavoro. Un inadempimento a tale obblighi costituisce causa di decadenza dalla prestazione. Sia le modalità specifiche di erogazione dell'assegno di disoccupazione che la redazione del progetto personalizzato saranno regolati da decreto non regolamentari del Ministero del lavoro. Per incentivare il ritorno anche graduale al lavoro dell'assistito è stata stabilita la possibilità anche del cumulo parziale tra l'assegno di disoccupazione ed il reddito derivante da una nuova occupazione, da regolare anche in questo caso con decreto (art. 16 comma 4 del d.lgs. n. 22/2015).

9. Nozione del ambito di applicazione della Dis-Coll.

Il D.lgs. n. 22/2015, all'art. 15, introduce nell'ordinamento giuridico una nuova prestazione di tutela del reddito per i collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, dando così attuazione specifica alla delega contenuta nell'art.1 comma 2, lettera b), punto 3, della legge n. 183/2014. Si tratta di una misura sperimentale per l'anno 2015, poiché si prevede il superamento della tipologia contrattuale del lavoro a progetto, ma non delle collaborazioni coordinate e continuative. Gli aventi diritto sono i collaboratori coordinati e continuativi, anche nella modalità del lavoro a progetto, iscritti in via esclusiva alla gestione separata presso l'INPS con esclusione dei sindaci e degli amministratori di società. In più i collaboratori non devono essere in pensione e devono essere privi di partita IVA (art. 15 comma 1 d.lgs. n. 22/2015).

10. I requisiti e la disciplina

Per beneficiare dell'indennità è individuato come presupposto la perdita involontaria del lavoro (art. 15 comma 1 d.lgs. n. 22/2015), escludendo pertanto l'accesso alla prestazione nel caso di recesso del lavoratore dal contratto di collaborazione. Inoltre è richiesto il possesso dello stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 1 comma 2 lettera c) del d.lgs. n.181/2000 al momento della presentazione della domanda di indennità (art. 15 comma lettera a) cit.). Il soggetto interessato deve quindi rendersi disponibile a conseguire anche un impiego subordinato privato. Vi è anche il requisito contributivo, che consiste nell'avere versato almeno 3 mesi di contribuzione nel periodo tra il 1° gennaio dell'anno solare precedente quello dell'evento di cessazione dal lavoro e l'evento stesso e, nell'anno solare dell'evento di cessazione dal lavoro, l'avere versato almeno un mese di contribuzione oppure avere un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa di durata pari almeno ad un mese e che abbia dato luogo a un reddito almeno pari alla metà dell'importo che dà all'accredito di un mese di contribuzione (art. 15 comma 2 d.lgs. n. 22/2015). In analogia alla prestazione di disoccupazione per i lavoratori subordinati, per definire l'ammontare dell'indennità è necessario determinare il reddito di riferimento, calcolato dividendo il reddito totale imponibile ai fini previdenziali risultante dai versamenti contributivi effettuati e relativo ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa dell'anno di cessazione dal lavoro e dell'anno solare precedente per il numero di mesi di contribuzione o frazione di essi (art. 15 comma 3 d.lgs. n. 22/2015). L'importo dell'indennità corrisponde al 75% del reddito medio mensile come sopra determinato nei casi in cui tale reddito di riferimento sia pari o inferiore nel 2015 ad euro 1.195,00. Se il reddito di riferimento è superiore ad euro 1.195,00, il 75% di tale importo è incrementato del 25% della parte che eccede i 1.195,00. Come per la Naspi, anche in questo caso l'indennità mensile non può superare l'importo di euro 1.300,00 nel 2015. Analogamente con quanto previsto per la

Naspi è prevista una riduzione progressiva dell'importo della prestazione, e cioè il 3% dell'indennità ogni mese a decorrere dal 4° mese di godimento dell'indennità (art. 15 comma 5 d.lgs. n. 22/2015). La durata del beneficio è parametrata "alla storia contributiva dei lavoratori", come previsto dalla legge delega (art. 1 comma 1 della legge n. 183/2014). La corresponsione dell'indennità di disoccupazione è quindi prevista per un numero di mensilità pari alla metà delle mensilità di contribuzione relative al periodo di riferimento ovvero tra il 1° gennaio dell'anno solare precedente quello dell'evento di cessazione dal lavoro e l'evento stesso. La durata massima è di sei mesi (art. 15 comma 6 d.lgs. n. 22/2015). Come per la Naspi la domanda deve essere presentata a pena di decadenza all'INPS entro 68 giorni dalla cessazione dal rapporto (art.15 comma 8 d.lgs. n. 22/2015) e vi è anche per questa prestazione un c.d. periodo di carenza di 7 giorni, per cui il diritto alla prestazione decorre non prima dell'ottavo giorno dalla cessazione del rapporto ovvero dal primo giorno successivo alla data di presentazione della domanda amministrativa. A differenza della Naspi non è previsto l'accreditamento di contributi figurativi (art. 15 comma 7 d.lgs. n. 22/2015). L'indennità di disoccupazione per i collaboratori coordinati e continuativi è erogata, ai collaboratori che abbiano diritto, per gli eventi di disoccupazione che si verificano tra il 1° gennaio ed il 31 dicembre 2015. L'erogazione della Dis-Coll è condizionata al permanere dello stato di disoccupazione nonché alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa ed ai percorsi di riqualificazione professionale proposti dai servizi competenti. Se il beneficiario della provvidenza trova una nuova occupazione con contratto di lavoro subordinato, la prestazione è sospesa d'ufficio, sulla base delle comunicazioni obbligatorie di avviamento, fino ad un massimo di cinque giorni. Al termine del periodo di sospensione inferiore a cinque giorni, l'indennità riprende a decorrere dal momento in cui è cessata. Anche se la norma non lo dice espressamente (cfr. art. 15 commi 11 e 12 cit.), se la durata del rapporto supera l'indicato arco temporale di cinque giorni, la prestazione non viene più corrisposta. In caso invece di conseguimento di un lavoro autonomo. In siffatti casi, se dal nuovo lavoro deriva un reddito inferiore al limite previsto per la conservazione dello stato di disoccupazione, il fruitore della prestazione deve informare l'INPS entro un mese dall'inizio della nuova attività e comunicare allo stesso Ente il reddito annuo che prevede di trarne. La dis-coll è ridotta di un importo pari all'80% del reddito previsto rapportato all'arco temporale intercorrente tra la data di inizio della nuova attività e la data in cui termina il periodo di godimento della stessa Dis-coll o, se antecedente, la fine dell'anno in corso salvo conguaglio in sede di verifica fiscale.

11. Il contratto di ricollocazione

Ai sensi del comma 2 dell'art. 17 del d.lgs. n. 22/2015 potranno accedere a tale strumento i soggetti in stato di disoccupazione ai sensi dell'art. 1 comma 2 lettera c) del D.lgs. n. 181/2000; tale nozione è già stata specificata in precedenza e si rinvia al tale proposito alla trattazione della Naspi. Unica condizione richiesta per la prestazione in esame è che il soggetto disoccupato effettui la procedura di definizione del profilo personale di occupabilità ai sensi del decreto legislativo di cui all'art.1 comma 4 della legge 10 dicembre 2014 n. 183 in materia di politiche attive per l'impiego. Una volta definito il profilo lavorativo del disoccupato (le cui modalità devono ancora essere definite da atto regolamentare) il soggetto interessato riceverà una dote individuale di ricollocazione spendibile presso i soggetti accreditati tramite voucher. L'ammontare del voucher è proporzionato alla tipologia del profilo personale di occupabilità del lavoratore; più sarà difficile l'occupazione, più sarà alto l'importo del voucher. Il contratto di servizio di assistenza intensiva consiste nel diritto soggettivo ad una assistenza appropriata nella ricerca della nuova occupazione, programmata, strutturata e gestita secondo le migliori tecniche del settore, da parte del soggetto accreditato; nell'obbligo del soggetto di rendersi parte attiva rispetto alle iniziative proposte dal soggetto accreditato e nell'obbligo del soggetto a partecipare alle iniziative di ricerca, di addestramento, formazione o riqualificazione professionale mirate a sbocchi occupazionali coerenti con il fabbisogno espresso dal mercato del lavoro, organizzate e predisposte dal soggetto accreditato. Il soggetto accreditato ha diritto ad incassare il voucher solamente una volta ottenuto il risultato atteso, conformemente a quanto stabilito dal decreto legislativo di cui all'articolo 1 comma 4 della legge n. 183/2014. La legge delega infatti prevede espressamente il riconoscimento all'erogazione di una remunerazione a fronte dell'effettivo inserimento del lavoratore almeno per un congruo periodo. Il soggetto disoccupato decade dalla dote individuale nel caso di mancata partecipazione alle iniziative previste al comma 4 lettera b) e c), nel caso di rifiuto ingiustificato di una congrua offerta di lavoro, ai sensi dell'art. 4 comma 1 lettera c) del d.lgs. n. 181/2000 pervenuta in seguito all'attività di accompagnamento attivo al lavoro e nel caso di perdita dello stato di disoccupazione.

Guglielmo Cinque
Consigliere della Sezione lavoro della Corte di Appello di Napoli

L'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23

sommario

1. Natura giuridica. – **2.** Ambito operativo soggettivo ed oggettivo. – **3.** Differenze con altri istituti similari. – **4.** Riflessioni conclusive.

1. Natura giuridica

L'art. 6 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (pubblicato sulla G.U. n. 54 del 6 marzo 2015 con entrata in vigore dal 7.3.2015) ha introdotto un nuovo istituto finalizzato a ridurre il contenzioso che può interessare i licenziamenti di lavoratori neo assunti con contratto a tutele crescenti: l'offerta di conciliazione.

Essa consiste, in sostanza, nella offerta che il datore di lavoro può formulare al dipendente, in ipotesi di licenziamento, di una indennità pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio (in misura comunque non inferiore a 2 mensilità e non superiori a 18) e la somma, corrisposta necessariamente con assegno circolare, non costituisce reddito imponibile ai fini IRPEF e non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La relativa accettazione comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione, anche se proposta.

Prima, però, di analizzare nello specifico la disciplina normativa di tale istituto è necessario sottolineare alcuni punti che evidenziano alcune improprietà sia terminologiche che riguardanti la natura giuridica della fattispecie in esame.

Invero la conciliazione, in genere, è caratterizzata dall'intervento di un terzo, che ha il compito di favorire l'accordo delle parti; accordo che comunque è il risultato della loro volontà ed è ad esse imputabile a prescindere da ogni intervento di estranei.

Il terzo (conciliatore) può sottoporre una proposta che può essere accettata o meno, previa valutazione delle rispettive ragioni, ma anche degli interessi sottostanti; in quest'ultimo caso la proposta è fondata più su elementi di opportunità che non su profili di diritto, come potrebbe, invece, ravvisarsi nella prima ipotesi.

La conciliazione, in ogni caso, comporta un accordo di natura sostanziale che può contenere una transazione, una rinunzia, un riconoscimento o un qualsiasi altro negozio e che richiede un bilanciamento di rischi e di benefici anche in tempi brevi in relazione ad una soluzione eteronoma.

Riassunto in modo succinto ed estremamente semplicistico il concetto di conciliazione, non possono non rilevarsi alcune anomalie nel caso de quo.

Si parla, infatti, nell'istituto previsto dall'art. 6 del d.lgs. citato, di offerta di conciliazione ma tale proposta, tuttavia, non comporta alcun margine di intervento, per il terzo o per le parti, sotto il profilo contenutistico se non quello di accettare la soluzione prospettata che viene, però, determinata per legge.

In concreto può dirsi che, con riferimento all'alea dell'esito di un futuro giudizio, il datore di lavoro può optare di evitare una vertenza giudiziaria mediante il pagamento di una somma quantificata dal legislatore, con tutti i benefici connessi, ed il dipendente può scegliere di accettare tale importo rinunciando all'impugnazione del licenziamento.

Il ruolo del conciliatore è, quindi, limitato solo a prospettare elementi, al lavoratore, per convincere quest'ultimo ad accettare la proposta ma senza alcun potere né in ordine alla possibilità di favorire tale soluzione (perché l'iniziativa è devoluta alla esclusiva volontà del datore) né di incidere sul suo contenuto (essendo questo predeterminato e separato da ogni valutazione sugli effettivi interessi in gioco).

Ed allora più che di un'offerta di conciliazione, l'istituto si presenta e può essere qualificato come l'esercizio di un diritto di opzione rivolto alla definizione di una futura controversia, relativa all'adottato licenziamento, con un contenuto tipizzato dal legislatore comportante, per entrambe le parti, il superamento dell'alea di una soluzione eteronoma giurisdizionale e la concessione di benefici fiscali unitamente alla possibilità di monetizzare immediatamente, per il lavoratore, il corrispettivo per il subito recesso.

Il concetto di opzione deve, naturalmente, essere rapportato non alla natura del diritto esercitato, bensì all'istituto della proposta irrevocabile quale atto unilaterale del datore di lavoro.

Il d.lgs. n. 23/2015 non prevede, infatti, la possibilità di revocare la proposta del datore che rimane ferma, fino alla scadenza del termine assegnato al lavoratore per aderire non in virtù del generale principio di vincolatività dei contratti, ma per il particolare impegno del concedente a non modificare la sua dichiarazione.

Inoltre, non può dirsi che la offerta di conciliazione conservi la sua efficacia, come tutte le proposte irrevo-

cabili, anche a seguito del decesso o della sopravvenuta incapacità del dichiarante in quanto è pur sempre necessaria l'accettazione dell'assegno nelle sedi protette che richiede la compresenza delle due controparti: ciò a riprova della singolarità dell'istituto e della sua difficile classificazione.

In conclusione, pertanto, la procedura dell'offerta di conciliazione può essere definita come una fattispecie procedimentale complessa in cui i termini adottati (offerta e conciliazione) non si attagliano, secondo il normale significato tecnico-giuridico, agli ordinari istituti di diritto sostanziale e processuale vigenti nel nostro ordinamento rappresentando, invece, l'esercizio di un diritto potestativo cui segue, all'esito di un iter ben determinato sotto l'aspetto spazio-temporale, l'adesione mediante un comportamento concludente (accettazione assegno) della controparte.

2. Ambito operativo soggettivo ed oggettivo

L'istituto della offerta di conciliazione di cui all'art. 6 d.lgs. n. 23/2015 si applica in caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1 dello stesso decreto.

Tali lavoratori sono quelli che rivestono la qualifica operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto e, cioè, dal 7 marzo 2015.

Sotto l'aspetto soggettivo sono, quindi, esclusi la categoria dei dirigenti e tutti i dipendenti del pubblico impiego.

Il richiamo generico all'articolo 1 rende plausibile l'interpretazione che i destinatari della disposizione in parola siano anche coloro per i quali si sia verificata l'ipotesi di conversione, successivamente all'entrata in vigore del provvedimento legislativo, di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato (art. 1 comma 2).

Ne consegue che, nei casi di declaratoria avvenuta dal 7 marzo 2015 con sentenza di conversione di un contratto a termine o di apprendistato in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, si applicano non solo le nuove disposizioni di cui al decreto richiamato ma anche l'istituto dell'offerta di conciliazione.

Quanto al profilo oggettivo, va evidenziato che l'istituto si applica sia ai licenziamenti economici che a quelli disciplinari.

La motivazione che sorregge il recesso è irrilevante, a differenza di come si vedrà in seguito per la conciliazione obbligatoria prevista dalla legge Fornero per tutti i datori di lavoro (con più di 15 dipendenti) che intendessero effettuare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Il meccanismo operativo è articolato nei seguenti termini.

L'offerta va presentata dal datore di lavoro entro 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento e, cioè, entro il termine assegnato al lavoratore per impugnare stragiudizialmente il recesso.

Detta offerta si concreta mediante la consegna di un assegno circolare riportante un importo pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a due e non superiore a 15 mensilità.

L'accettazione dell'assegno da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta.

La somma oggetto dell'assegno non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale.

Tale fattispecie procedimentale si deve perfezionare in una delle sedi protette, previste dall'articolo 2113, 4° comma, cc o dall'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 e, cioè, presso le associazioni sindacali, le direzioni territoriali del lavoro, i collegi di conciliazione e arbitrato o presso le commissioni di certificazione.

Alcune brevi considerazioni vanno puntualizzate in merito alla suddetta disciplina.

Il *tempus deliberandi*, per il datore di lavoro, per avanzare la offerta è soggetta ad un termine spirato il quale decade dalla possibilità di formularla.

Evidentemente detto termine risponde sia ad esigenze di *"discovery"*, per far sì che la parte datoriale chiarisca subito la sua intenzione di conciliare la vertenza, sia ad esigenze di economia processuale per evitare, cioè, che la offerta possa essere proposta in relazione ad un giudizio già istruito e pronto per la decisione, vanificando, così, tempi ed energie profuse nel processo (per esempio costi per escutere testi sottratti ai loro impegni lavorativi ovvero per espletare una ctu contabile, *etc*).

Il pagamento dell'importo oggetto dell'offerta deve avvenire, poi, solo con assegno circolare e non con altre forme di pagamento (assegno bancario, bonifico, contanti se ammessi, ovvero in modo rateale).

Si è voluto, così, garantire il lavoratore da ogni possibile problema di riscossione sia con riferimento alle modalità che alla corresponsione della somma prevista nella sua interezza.

Il parametro per calcolare l'importo dovuto è stato fatto con riguardo alla retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, superando in tal modo, i problemi derivanti dall'altro richiamo, previsto sempre in materia di licenziamento, costituito dalla retribuzione globale di fatto goduta al momento del recesso, che aveva richiesto in più occasioni l'intervento interpretativo della Suprema Corte di Cassazione.

L'accettazione dell'assegno, nelle sedi sopra indicate, costituisce un comportamento concludente comportando l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione.

La fattispecie complessa procedimentale richiede, inoltre, una ulteriore comunicazione da effettuarsi da parte del datore di lavoro entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto nella quale va indicata l'avvenuta ovvero la non avvenuta conciliazione e la cui omissione è assoggettata alla medesima sanzione prevista per l'omissione della comunicazione prevista dall'art. 4 bis del d.lgs. 181/2000.

È possibile che, in sede di valutazione dell'offerta di conciliazione, si addivenga ad una globale definizione di tutti i punti controversi relativi al rapporto di lavoro, per esempio, su eventuali rivendicazioni in merito a differenze retributive, o per la restituzione di somme indebitamente percepite dal lavoratore a qualsiasi titolo.

In tal caso, però, non scatta l'esenzione fiscale e contributiva che concernerà, invece, solo la somma offerta dal datore di lavoro per l'indennità per il licenziamento.

Tutti gli altri importi, compresi quelli erogati anche per il medesimo titolo (qualora per esempio l'indennità di licenziamento sia stata calcolata per una anzianità superiore a quella prevista dalla legge), saranno soggetti alla ordinaria imposizione fiscale.

La possibilità della definizione complessiva di tutte le vicende è compatibile con gli ambiti individuati dalla legge per valutare l'offerta di conciliazione.

Nelle sedi protette, infatti, si svolgono tutte le procedure di rinunzie e transazioni che riguardano qualsiasi diritto e obbligazione afferente il rapporto di lavoro in ogni suo aspetto e, pertanto, anche i momenti (iniziale ed intermedio) possono essere esaminati unitamente a quello finale.

3. Differenze con altri istituti similari

L'istituto dell'offerta di conciliazione si aggiunge alle altre forme di conciliazione previste dalla normativa gius-lavoristica di cui è opportuno, per meglio cogliere le differenze, riportare le relative disposizioni.

L'originario art. 7 della legge n. 604/1966 prevedeva che: «Quando il prestatore di lavoro non possa avvalersi della procedura prevista dai contratti collettivi o dagli accordi aziendali, può promuovere, entro venti giorni dalla comunicazione del licenziamento ovvero dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento, il tentativo di conciliazione presso l'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione. Le parti possono farsi assistere dalle associazioni sindacali a cui sono iscritte o alle quali conferiscono mandato. Il relativo verbale di conciliazione, in copia autenticata dal Direttore dell'Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, acquista forza i titolo esecutivo con decreto del pretore…».

Con la legge n. 92/2012 il suddetto articolo è stato sostituito dalla seguente disposizione: «1. Ferma l'applicabilità, per il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge, qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore.

2. Nella comunicazione di cui al comma 1, il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato.

3. La Direzione territoriale del lavoro trasmette la convocazione al datore di lavoro e al lavoratore nel termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta: l'incontro si svolge dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 del codice di procedura civile.

4. La comunicazione contenente l'invito si considera validamente effettuata quando è recapitata al domicilio del lavoratore indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio formalmente comunicato dal lavoratore al datore di lavoro, ovvero è consegnata al lavoratore che ne sottoscrive copia per ricevuta.

5. Le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro.

6. La procedura di cui al presente articolo non trova applicazione in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto di cui all'articolo 2110 del codice civile, nonché per i licenziamenti e le interruzioni del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di cui all'articolo 2, comma 34, della legge 28 giugno 2012, n. 92. La stessa procedura, durante la quale le parti, con la partecipazione attiva della commissione di cui al comma 3, procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso, si conclude entro venti giorni dal momento in cui la Direzione territoriale del lavoro ha trasmesso la convocazione per l'incontro, fatta salva l'ipotesi in cui le parti, di comune avviso, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo. Se fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine di cui al comma 3, il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore. La mancata presentazione di una o entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 116 del codice di procedura civile.

7. Se la conciliazione ha esito positivo e prevede la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, si

applicano le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpI) e può essere previsto, al fine di favorirne la ricollocazione professionale, l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a), c) ed e), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

8. Il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile. 9. In caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro di cui al comma 3, la procedura può essere sospesa per un massimo di quindici giorni».

Come emerge dalla lettura della norma tale conciliazione ha un ambito applicativo ridotto, nel senso che si applica solo ai casi di licenziamento per giustificato motivo di lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del Jobs Act e nelle aziende con più di 15 dipendenti.

La procedura si svolge presso la Direzione Territoriale del Lavoro ed è, inoltre, obbligatoria.

Deve essere attivata dal datore di lavoro e non dal prestatore.

La richiesta di conciliazione può concludersi in modo positivo, con accordo tra le parti, o con la comunicazione di licenziamento.

Nell'ipotesi di risoluzione consensuale del rapporto, al lavoratore spetta comunque l'ASPI ed eventuali incentivi all'esodo sono esenti da contributi e soggetti a tassazione separata.

L'altro istituto finalizzato alla conciliazione è, invece, quello previsto dall'art. 410 cpc come modificato dall'art. 30 della legge 4 Novembre 2010 n. 183, divenuto facoltativo proprio a seguito della novella legislativa.

La norma statuisce che: «Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 può promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, un previo tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413.

La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza.

Le commissioni di conciliazione sono istituite presso la Direzione provinciale del lavoro. La commissione è composta dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo, in qualità di presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale.

Le commissioni, quando se ne ravvisi la necessità, affidano il tentativo di conciliazione a proprie sottocommissioni, presiedute dal direttore della Direzione provinciale del lavoro o da un suo delegato, che rispecchino la composizione prevista dal terzo comma.

In ogni caso per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante dei datori di lavoro e almeno un rappresentante dei lavoratori.

La richiesta del tentativo di conciliazione, sottoscritta dall'istante, è consegnata o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Copia della richiesta del tentativo di conciliazione deve essere consegnata o spedita con raccomandata con ricevuta di ritorno a cura della stessa parte istante alla controparte... .

... Se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, deposita presso la commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzionale. Ove ciò non avvenga, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria. Entro i dieci giorni successivi al deposito, la commissione fissa la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, che deve essere tenuto entro i successivi trenta giorni. Dinanzi alla commissione il lavoratore può farsi assistere anche da un'organizzazione cui aderisce o conferisce mandato.

La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave».

L'ambito applicativo della disposizione concerne, quindi, qualsiasi controversia di lavoro.

La conciliazione si svolge presso la Direzione Territoriale del Lavoro o presso le sedi previste dal CCNL.

Può essere richiesta da una delle parti in lite e, cioè, dal datore di lavoro o dal lavoratore.

L'esito può essere o un accordo ovvero la prosecuzione della lite in giudizio o in sede arbitrale.

Non sono previsti incentivi economici specifici.

Come è agevole rilevare la differenza concreta e fondamentale tra i predetti istituti e la offerta di conciliazione è rappresentata dal fatto che il contenuto del futuro accordo è, nei primi due casi, lasciato alla libera pattuizione delle parti mentre, nell'ipotesi di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, è vincolato dalla legge.

Sia il datore di lavoro che il prestatore possono, quindi, solo decidere, rispettivamente, se intraprendere o aderire alla definizione stragiudiziale, ma non anche stabilirne l'effettiva portata e consistenza che il

legislatore ha tipizzato escludendo la possibilità alle parti di potere interferire sul punto.

4. Riflessioni conclusive

Concludendo queste brevi considerazioni, non possono non sottolinearsi due osservazioni che sono di ausilio per una migliore comprensione della ratio dell'istituto in questione.

La prima attiene al fatto che il legislatore, anche in questo caso come in altre occasioni, si è mosso, in un'ottica deflattiva del contenzioso civile, onde evitare l'instaurazione di nuovi processi.

E nella scelta tra il rendere più oneroso l'accesso al ricorso giurisdizionale e quello di presentare più vantaggioso un eventuale accordo stragiudiziale preventivo, ha preferito questa seconda via, prevedendo benefici economici e certezza contenutistica per l'accordo stesso.

La seconda riguarda, invece, una caratteristica ravvisabile in tutte le disposizioni del Jobs Act e, precisamente, l'attribuzione di una minore rilevanza deliberativa e partecipativa all'autonomia contrattuale collettiva favorendo, di contro, soluzioni valevoli per tutti ma tipizzate, legislativamente, senza alcuna possibilità di incidere su di esse.

Anche in questa ipotesi il vantaggio della omogeneità dei criteri per giungere ad una definizione stragiudiziale di una controversia deve essere rapportata, però, con le difficoltà fisiologiche che un tassativo assetto di interessi, sganciato dalla particolarità dell'ambito territoriale in cui si inserisce, possa determinare alle concrete esigenze delle parti.

Norma di legge commentata:

ART. 6

Offerta di conciliazione

1. In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, e successive modificazioni, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. Le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario.

2. Alle minori entrate derivanti dal comma 1 valutate in 2 milioni di euro per l'anno 2015, 7,9 milioni di euro per l'anno 2016, 13,8 milioni di euro per l'anno 2017, 17,5 milioni di euro per l'anno 2018, 21,2 milioni di euro per l'anno 2019, 24,4 milioni di euro per l'anno 2020, 27,6 milioni di euro per l'anno 2021, 30,8 milioni di euro per l'anno 2022, 34,0 milioni di euro per l'anno 2023 e 37,2 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2024 si provvede mediante corrispondente riduzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 107, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.

3. Il sistema permanente di monitoraggio e valutazione istituito a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 28 giugno 2012, n. 92, assicura il monitoraggio sull'attuazione della presente disposizione. A tal fine l comunicazione obbligatoria telematica di cessazione del rapporto di cui all'articolo 4 bis del decreto legislativo 21 aprile 2000 n. 181, e successive modificazioni, è integrata da una ulteriore comunicazione, da effettuarsi da parte del datore di lavoro entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto, nella quale deve essere indicata l'avvenuta ovvero la non avvenuta conciliazione di cui al comma 1 e la cui omissione è assoggettata alla medesima sanzione prevista per l'omissione della comunicazione di cui al predetto articolo 4 bis. Il modello di trasmissione della comunicazione obbligatoria è conseguentemente riformulato. Alle attività di cui al presente comma si provvede con le risorse mane, strumentali e finanziare disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Recensioni

Eros e jus 280
di Stefania Stefanelli

Stefania Stefanelli
Professore aggregato di diritto privato nell'Università di Perugia

Eros e jus
di Antonio Palazzo, Mimesis, 2015

Giurista di grande cultura e spiccata sensibilità, Antonio Palazzo conferma col volume appena dato alle stampe per la collana di studi sull'identità di genere e l'orientamento sessuale, diretta da Francesco Bilotta, la vocazione scientifica che ne contraddistingue gli studi, fin dalla prima monografia dedicata, quando il legislatore conosceva ancora "figli adulterini", alla "Filiazione fuori del matrimonio" (Giuffré, 1965).

Abbiamo dovuto attendere il lento trascorrere di oltre mezzo secolo per leggere, nel testo dell'art. 315 novellato con l. 219/2012 e d.lgs. 154/2013, che «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico»: l'unico approdo coerente col dettato dell'art. 30, comma 1, Cost. che quel volume segnalava, inascoltato anche dalla riforma del 1975.

C'è da augurarsi che non si debba domandare ulteriore clemenza allo scorrere degli anni per vedere tradotti in precetti normativi coerenti i risultati di questa ultima fatica dell'Autore, che si confronta col tema, di grande attualità, della regolamentazione delle unioni omosessuali con l'equilibrio e l'obiettività che sembrano difettare al vivace dibattito politico in materia.

Non è, certo, consentito trascurare il monito contenuto nella decisione n. 138 del 2010 con cui la Consulta segnalava che «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni … Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione delle coppie coniugate e quella delle coppie omosessuali, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». Lo segnala l'Autore, nell'*incipit*, a quanti possano dubitare dell'urgenza di fornire all'interprete ed al legislatore i fondamenti scientifici per una regolamentazione della capacità di amare, che esiste, immutata nella sostanza a prescindere dalla persona dell'amato, in ogni persona umana.

Tantomeno può cadere inascoltata la condanna della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, caso, Oliari e altri c. Italia, per il mancato riconoscimento dei diritti fondamentali delle coppie dello stesso sesso.

La trattazione si premura subito di sgombrare il campo da frettolose obiezioni rispetto al segnalato principio unificatore attraverso una sapiente ricostruzione dei risultati della psicologia analitica che, a partire da S. Freud, negava che potesse ritenersi "degenerazione" o "malattia" l'omosessualità, trascorre per gli studi di C.G. Jung sulla libido, per giungere con gli autori più recenti a definirla quale uno dei possibili esiti di un percorso di vita normale e comune, ed a reclamare per tutti "diritti e doveri in ogni contesto in cui si concretizzano bisogni, affetti, valori" (con riferimento a P. Rigliano, *Amori senza scandalo*, Feltrinelli, 2001).

Sono questi concetti unificanti di normalità di specie e capacità di amare a sostenere l'indagine giuridica circa la regolamentazione giuridica del matrimonio, che il volume propone in esito alla ricostruzione della tendenza dello Stato ad invadere la sfera umana dei sentimenti ed a tutelare l'intimità, rintracciata negli scritti di Foucault sui meccanismi della repressione, nell'affermazione della potestà statale a disciplinare il matrimonio che il *Code Napoleon* consacrava «sacramento civile", e diventava necessità etica in Hegel, essenziale rispetto alla necessità di tutelare i membri della famiglia quando, venuto meno l'affetto, il vincolo è in procinto di sciogliersi.

L'attenzione al panorama delle discipline vigenti negli altri Stati dell'Unione Europea – la *Civil Partnership* anglosassone, la *Partnerskab* degli ordinamenti scandinavi, la *Lebenspartnerschaften* tedesca, il matrimonio olandese e spagnolo, i *PACS* francesi – evidenza risposte diversificate, e variamente dipendenti da condizionamenti ed eredità storiche, alle quali l'Autore oppone la propria, incentrata sulla capacità di amare, che distingue le coppie che non l'abbiano ancora raggiunta, alle quali si adattano le unioni registrate, e quelle che, alla prova del tempo e della decisione comune di crescere dei figli, sono ammesse al matrimonio.

Di omoaffettività discute, col volume, la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 8097 del 21 aprile 2015) in materia di matrimonio tra persone, di sesso diverso al tempo della costituzione del vincolo, che finiscono per avere lo stesso sesso in conseguenza del mutamento di quello di uno degli sposi, e ribadisce la la protezione costituzionale di queste coppie, sancendo "uno statuto di diritti e doveri conseguenti alla stabilità della scelta affettiva effettuata ed alla creazione

di un nucleo familiare in senso stretto" che osta all'imposizione del divorzio.

Persone, dunque, uomini e donne i cui diritti fondamentali trovano tutela non tanto e non solo nella formula dell'art. 2 Cost., compatibile con una tutela differenziata delle formazioni sociali estranee al paradigma familiare presupposto dai costituenti, agli art. 29 e 31, ma soprattutto nel canone di eguaglianza e pari trattamento di cui all'art. 3, che si "fonda sulla pari dignità dei cittadini, rispettandone la diversità", espressione che "passa prima nell'ordine le qualità dei soggetti delle specie sessuali nella categoria «cittadini»" (p. 17).

Sa bene, l'Autore, che – alla pari di quei figli, chiamati dal codice civile a scontare il difetto dell'adulterio che li ha messi al mondo, dei cui diritti tracciò per primo lo statuto fondamentale in termini di effettiva e sostanziale parificazione – che "non basta a queste coppie il riconoscimento costituzionale di essere una formazione sociale degna di tutela perché hanno bisogno di quello della legge ordinaria, che regoli il rapporto interno per le vicende cui va incontro durante la sua durata e lo renda noto all'esterno nei rap-porti con terzi e con le istituzioni pubbliche" (p. 18).

Luogo di attuazione del diritto è l'art. 3 Cost. (p. 57), "che sembra ignorare le categorie tradizionali: parla dell'*uomo*, della sua *personalità* … insomma della *persona umana*, della sua *dignità* ed il suo *sviluppo*", ed è questo il pilastro su cui il volume costruisce lo statuto differenziato delle coppie stabili da quelle che non hanno ancora raggiunto la capacità di amare, mentre rifiuta la distinzione fondata sull'orientamento sessuale. Per le prime soltanto è legittimo prevedere la durata a tempo indeterminato e l'apertura alla filiazione, eventualmente attraverso le forme della procreazione assistita o dell'adozione.

Il quadro si completa procedendo all'analisi delle decisioni delle corti di merito nazionali in materia di *step child adoption* ed affidamento al genitore sociale, convivente omosessuale della madre biologica, e di quelle della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, contrarie ai divieti legislativi di adozione da parte dei *single*, per distinguere queste coppie, pienamente capaci di costruire un rapporto affettivo maturo e di offrire ai bambini adottati un ambiente di sviluppo sereno e cure in tutto parificare a quelle dedicate da genitori di sesso diverso – come dimostrano gli studi scientifici più recenti, sapientemente presentati all'attenzione del lettore – da quelle i cui bisogni possono trovare adeguata regolamentazione attraverso strumenti di diritto privato, come può essere il *trust* istituito in favore del compagno, dei figli e dell'ascendente, o il contratto di convivenza di cui al progetto di legge preparato dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2013.

Anche rispetto alla tutela reclamata per il caso di morte del convivente, alle coppie che non abbiano raggiunto il grado di maturità necessario per contrarre matrimonio il volume propone gli strumenti contrattuali alternativi al testamento della cui sistematica i cui l'Autore è maestro, per aver delineato le caratteristiche che fanno del negozio *trans mortem* una valida alternativa al testamento. Tali la previsione della morte quale condizione per il prodursi degli effetti negoziali, che possono in parte essere anticipati; l'uscita dei beni dal patrimonio del disponente prima dell'apertura della successione; la conservazione dello *ius poenitendi* caratteristico dell'atto di ultima volontà.

Dall'attenta lettura di questo agile quanto elegante volume derivano non solo, come suggerisce la quarta di copertina, indicazioni normative al legislatore per regolamentare le vicende dei rapporti personali e patrimoniali delle coppie omosessuali sia nella convivenza che nel matrimonio, ma altrettanti stimoli agli interpreti a superare gli angusti confini di un dibattito che trascorre dalle aule rappresentative alla società civile troppo spesso orfano dei fondamenti psico-analitici e giuridici che la cultura di questo Maestro restituisce, nella loro cristallina purezza.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE
Cass. civ., sez. V, 08.09.2015, n. 17815 s.m.
Cass. civ., sez. un., 08.09.2015, n. 17742 s.m
Cass. civ., sez. VI, ord., 02.09.2015, n. 17480 s.m.
Cass. civ., sez. III, 27.08.2015, n. 17240 s.m.
Cass. civ., sez. lav., 10.08.2015, n. 16662 s.m.
Cass. civ., sez. lav., 31.07.2015, n. 16265 s.m.
Cass. civ., sez. un., ord. 22.07.2015, n. 15354 s.m.
Cass. civ., sez. un., 22.07.2015, n. 15350 s.m.
Cass. civ., sez. III, 30.06.2015 n. 13328 (con nota di Sorrentino)
Cass. civ., sez. un., 15.06.2015 n. 12307 (con nota di Alfano)

TRIBUNALE
Trib. Napoli, 03.09.2014, n.11737, Giud. A. Napolitano s.m.
Trib. Isernia, 28.07.2015, n. 696, Giud. E. Vassallo s.m.
Trib. Trani, 15.07.2015, n. 1423, Giud. M. Sardone s.m.
Trib. Pistoia, 02.07.2015, Giud. C. Carvisiglia s.m.
Trib. Milano, 27.06.2015, n. 7987, Giud. F. Rolfi s.m.
Trib. Mantova, 25.06.2015, n. 651, Giud. M. Benatti s.m.
Trib. Torino, 20.06.2015, Giud. E. Astuni s.m.
Trib. Napoli, 16.06.2015, n. 8903, Giud. L. Stravino s.m.
Trib. Napoli, sez. XII, 01.06.2015, n. 9440, Giud. Gatti (con nota di Micillo)

Diritto e procedura penale

Cass. pen., sez. un., 26.06.2015, n. 32243 (con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez. IV, 28.05.2015, n. 24866 s.m.
Cass. pen., sez. IV, 21.05.2015, n. 24861 s.m.
Cass. pen., sez. III, 14.05.2015, n. 24372 s.m.
Cass. pen., sez. IV, 28.04.2015, n. 24820 s.m.
Cass. pen., sez. IV, 22.04.2015, n. 24455 s.m.
Cass. pen., sez. I, 09.04.2015, n. 24402 s.m.
Cass. pen., sez. un., 26.03.2015, n. 24630 s.m.
Cass. pen., sez. un., 23.03.2015, n. 24630 (con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez. IV, 19.03.2015, n. 24452 s.m.
Cass. pen., sez. IV, 12.03.2015, n. 24478 s.m.
Cass. pen., sez. IV, 03.03.2015, n. 24648 s.m.
Cass. pen., sez. un., 26.02.2015, n. 29316 (con nota di Pignatelli)
Cass. pen., sez. IV, 27.01.2015, n. 24222 s.m.

TRIBUNALE
Trib. Napoli, sez. Riesame, ord. 24.08.2015, n. 3880 s.m.
Trib. Nola, coll. A), 25.06.2015, n. 1953 s.m.
Trib. Nola, coll. C), 04.06.2015, n. 1732 s.m.
Trib. Nola, coll. D), 11.05.2015, n. 1483 s.m.
Trib. Nola, coll. C), 16.04.2015, n. 1175 s.m.
Trib. Nola, coll. A), 16.04.2015, n. 1200 s.m.
Trib. Napoli, sez. Riesame, ord., 26.03.2015, n. 318 s.m.

CORTE DI APPELLO
App. Napoli, sez. VI, 03.06.2015, n. 4665 s.m.
App. Napoli, sez. VII, 06.05.2015, n. 3326 s.m.
App. Napoli, sez. V, 13.03.2015, n. 1992 s.m.

G.I.P./ G.U.P
Trib. Perugia, G.u.p., 15.04.2015, n. 432 s.m.

Diritto Amministrativo

CONSIGLIO DI STATO
Cons. Stato, sez. V, 20.08.2015, n. 3956 s.m.
Cons. Stato, sez. VI, 14.08.2015, n. 3935 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 04.08.2015, n. 3846 s.m.
Cons. Stato, sez. VI, 07.08.2015, n. 3910 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 07.08.2015, n. 3884 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 03.08.2015, n. 3819 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 01.08.2015, n. 3772 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 01.08.2015, n. 3769 s.m.

Diritto Tributario

CORTE COSTITUZIONALE
Corte cost., 12.03.2014, n. 80 (con nota di Cesaro)

CASSAZIONE
Cass., sez. V, 26.08.2015, n. 17175 s.m.
Cass., sez. V, 29.07.2015, n. 16036 s.m.
Cass., sez. V, 29.07.2015, n. 16109 s.m.
Cass., sez. V, 08.07.2015, n. 14226 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA
C.G.U.E., 02.07.2015, C-334/14, *Nathalie De Fruytier* s.m.
C.G.U.E., 09.07.2015, C-183/14, *Salomie e Oltean* s.m.

Diritto Internazionale e dell'Unione Europea

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI
C.E.D.U., *Affaire Peruzzi c. Italie*, ricorso n. 39294/09, sentenza depositata il 30.06.2015 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA
C.G.U.E., Terza Sezione, 16.07.2015, causa C-379/14, *TOP Logistics BV e a.*
C.G.U.E., Quarta Sezione, 21.05.2015, causa C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret SA, con l'intervento di: Evonik Degussa GmbH, Chemoxal SA, Edison SpA*

Giapeto Editore

Modulo di abbonamento

Gazzetta FORENSE

Luglio – Agosto 2014

rivista bimestrale
di diritto
- commerciale
- tributario
- civile
- penale
- amministrativo
- internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico a dieci anni dal *caso Napoli*
FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale
ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione delle cause di esclusione nella disciplina dei contratti pubblici
FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

sei numeri della rivista comodamente a casa tua

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 18 89 39

DATI DEL DESTINATARIO ○ nuovo abbonamento ○ rinnovo l'abbonamento

cognome _____ nome _____

indirizzo _____ nr. _____ cap _____

città _____ prov _____ tel. _____

☐ Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie› Giapeto Editore Surl
Banca Popolare dell'Emilia Romagna
IBAN IT 26 H 05387 03402 000001424910

compila questo coupon e spediscilo, insieme alla ricevuta del pagamento
✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli
🖷 **via fax** inviandoli allo 081 015 39 40
@ **per email** a: info@giapeto.it