

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Marzo - Aprile 2018

Fallimento e rapporto di lavoro: il curatore può licenziare ma nel rispetto della disciplina ordinaria.

Nota a Corte di Cassazione, sez. Lavoro, 23 marzo 2018, n. 7308

YLENIA ZAIRA ALFANO

Sulla motivazione del decreto di convalida del sequestro probatorio: la parola torna alle Sezioni Unite.

Nota a Corte di Cassazione, sez. III Penale, ord. 25 gennaio 2018, n. 3677

EMANUELE SYLOS LABINI

Appalti intelligenti, sostenibili e inclusivi

OLGA RUSSO

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

marzo - aprile 2018

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 11 - Numero 2 - Marzo/Aprile 2018

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 Srl con socio unico - Via Medina 5 - 80133 Napoli

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Francesco Albertini, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Francesco Cossu, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Francesca Galgano, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzeiti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfredi, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nistri, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Lucia Calvosa, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Erik Furno, Manlio Ingrosso, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesaurò

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Marco Esposito, 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, Antonio De Simone, Fabrizio Granata, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzeiti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nistri, Alessia Palladino, 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 *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore.

A tale scopo la direzione della Rivista 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

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Grafica Tuccillo - maggio 2018

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

AUSPICI PER IL NUOVO GOVERNO	197
di Roberto Dante Cogliandro	

Diritto e procedura civile

SINDACATO E LIMITI DEL GIUDICE SULLA FATTIBILITÀ DELLA PROPOSTA CONCORDATARIA: RELAZIONE TRA CONCORDATO PREVENTIVO E FALLIMENTO ALLA LUCE DEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE	200
di Nicola D'Agnese	
L'USURA BANCARIA NELL'INCESSANTE DIATRIBA TRA INTERPRETAZIONE AUTENTICA E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE	210
di Silvia Del Monaco	
LA REPRIMENDA DELLA CONSULTA SULLA TRASPARENZA DELLE LEGISLAZIONE CONTABILE, NELLA VERIFICA DI COSTITUZIONALITÀ DELLA LEGGE RINFORZATA SUGLI EQUILIBRI DI BILANCIO. <i>Nota a Corte costituzionale 29 novembre 2017 n. 247</i>	218
di Pelino Santoro	
FALLIMENTO E RAPPORTO DI LAVORO: IL CURATORE PUÒ LICENZIARE MA NEL RISPETTO DELLA DISCIPLINA ORDINARIA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 23 marzo 2018, n. 7308</i>	237
di Ylenia Zaira Alfano	
SULLE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO EX ART. 696-BIS C.P.C. <i>Nota a Tribunale di Torre Annunziata, Sezione II civile, 18 aprile 2018, R.G. n. 867/18</i>	241
di Pietro Sorrentino	
SULLA VALIDITÀ DEL CONTRATTO QUADRO FINANZIARIO O BANCARIO MUNITO DELLA FIRMA DEL SOLO CLIENTE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 16 gennaio 2018, n. 898</i>	245
di Ugo Maria Chirico	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	253
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	255
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	

Diritto e procedura penale

L'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 590-SEXIES C.P. "OLTRE" IL DETTATO NORMATIVO: OPERA NECESSITATA O INVASIONE GIURISPRUDENZIALE? <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite Penali, 21 dicembre 2017, n. 8770</i>	260
di Rosalba Cornacchia	
IMPUTAZIONE COATTA E PROVVEDIMENTO ABNORME: L'AMMISSIBILITÀ DELL'IMPUGNAZIONE DA PARTE DELL'IMPUTATO AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 1938, 12 ottobre 2017, n. 25387/2017</i>	282
di Erica Vicentini	
SULLA MOTIVAZIONE DEL DECRETO DI CONVALIDA DEL SEQUESTRO PROBATORIO: LA PAROLA TORNA ALLE SEZIONI UNITE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, ord. 25 gennaio 2018, n. 3677</i>	288
di Emanuele Sylos Labini	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	301
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	305
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	308
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

APPALTI INTELLIGENTI, SOSTENIBILI E INCLUSIVI di Olga Russo	314
L'IMPRATICABILITÀ DEL CONCETTO DI GIURISDIZIONE "DINAMICA". <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 29 dicembre 2017, n. 31226</i> di Francesco Langella	329
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE <i>(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)</i> a cura di Almerina Bove	333

Diritto tributario

LA TASSAZIONE DELL'IVA NELL'AMBITO INTERNAZIONALE: ELEMENTO DI FRODI, E FUTURI SVILUPPI SULLA STRATEGIA DI QUESTO TRIBUTATO INDIRETTO di Simone Mallardo	338
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE a cura di Maria Pia Nastri	343

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA a cura di Celeste Pesce, Francesco Romanelli	346
---	-----

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Medici specializzandi: nessuna remunerazione se l'inizio della formazione è antecedente al primo gennaio 1983. di Elia Scafuri	352
---	-----

DIRITTO PENALE

La competenza territoriale nel delitto di estorsione a mezzo ricarica di una carta postepay. di Giacomo Romano	358
--	-----

DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'impugnazione della revoca della patente di guida ex art. 120 C.d.s.: il riparto di giurisdizione a seguito della sentenza n. 22/2018 della Corte costituzionale. di Francesco Di Sabato	362
--	-----

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RISERVA DI CODICE di Roberta D'Onofrio	366
IL <i>WHISTLEBLOWING</i> E LA LEGGE 179/2017 di Alessandro Maria Solivetti	389
ASPETTI PENALISTICI DELLA RIFORMA LORENZIN di Silvia Forestieri	395

Recensioni

LUCA LONGHI, STUDIO SULLA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEI MAGISTRATI Napoli, 2017 di Giuseppe Palma	404
---	-----

INDICE DELLE SENTENZE	406
-----------------------------	-----

Roberto Dante Cogliandro
Notaio

Editoriale

Auspici per il nuovo governo

Il 4 marzo 2018 ha segnato l'ingresso del nuovo governo italiano.

L'espressione più ricorrente è quella di cambiamento come confermato nel discorso del Presidente del Consiglio dei Ministri che ha sottolineato come in Italia spiri "un vento di grande cambiamento che il nuovo governo accoglierà e seguirà con un metodo fondato su tre pilastri: l'ascolto; l'esecuzione e il controllo."

Il tema che sta più a cuore al mondo del diritto e che si vorrebbe vedere travolto da tale vento è di certo quello delle politiche giudiziarie e di razionalizzazione della giustizia.

Una revisione di questa tematica è l'auspicio che ogni buon giurista può sperare di vedere realizzato dall'attuale governo e ciò in modo indipendente da ogni prospettiva critica.

Ci si augura quindi che il Governo, che al suo insediamento ha pronunciato nobili e convincenti parole, persegua con determinazione l'impegno di mettere mano ai tanti cancri e patologie che attanagliano il sistema giustizia e che ostacolano la crescita prima ancora che giuridica, civile, sociale, culturale ed economica del Paese.

Si auspicano interventi significativi di riforma che abbiano quale obiettivo quello dell'efficienza del sistema giudiziario che figura tra le principali condizioni istituzionali che concorrono ad aumentare la competitività del sistema economico. Per misurare l'efficienza del sistema giudiziario si usano generalmente indici quali la durata media dei procedimenti e, con particolare riferimento al settore commerciale, i tempi di accertamento e di realizzazione dei crediti delle imprese, nonché la capacità del sistema di garantire un apprezzabile grado di certezza del diritto e una tendenziale uniformità delle decisioni.

Sul punto, uno studio di autori del Fondo Monetario Internazionale¹ in tema di cause dell'inefficienza del sistema giudiziario italiano ha identificato tra queste l'incertezza dell'esito dei procedimenti così come l'eccessivo numero di autorità di primo grado, fatto-

ri incidenti sulla durata dei giudizi e sull'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale.

Con particolare riguardo al diritto civile e commerciale, tra le riforme finalizzate a rendere l'economia maggiormente competitiva e ad agevolare le condizioni delle imprese emergono quella che nel 2012 (d.l. n.1 del 24 gennaio 2012 poi convertito con modifiche con la l. n. 27 del 24 marzo del 2012) ha previsto il c.d. "Tribunale delle Imprese", e quella più recente che ha previsto il c.d. "Tribunale delle società con sede all'estero"². Le finalità di tali riforme sono espresse nella relazione introduttiva al d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 che delinea l'esigenza di «ridurre i tempi di definizione delle controversie in cui è parte una società di medio/grandi dimensioni, aumentando in tal modo la competitività di tali imprese sul mercato».

Attraverso queste riforme se, da una parte, il Legislatore ha indubbiamente toccato punti nevralgici, tuttavia, dall'altra, la strada per innovare il sistema giudiziario è ancora lunga dovendo tenere, al contempo, conto delle risorse necessarie da destinare concretamente a tal fine.

In relazione, poi, al settore penale è necessario proseguire nel percorso di riforma di tematiche importantissime per il sistema giustizia quali le intercettazioni, il sistema carcerario e l'ordinamento penitenziario, con un ricorso maggiore alle misure alternative al carcere, nonché il rapporto tra diritto di cronaca e diritto all'informazione.

In tale settore, dunque, occorre intensificare l'impegno delle istituzioni per dare concretezza al dettato normativo a sostegno delle vittime di reati particolarmente odiosi e incidenti sulla realtà sociale ed economica del Paese, e al tempo stesso, sollecitare proposte, suggerimenti, valutazioni critiche per rendere più incisive le azioni preventive e repressive di contrasto alla criminalità organizzata e gli sforzi di adeguamento normativo alla luce dell'interdipendenza ormai acclaramata tra tutela della legalità e prospettive di sviluppo economico del Paese.

¹ «Judicial System Reform in Italy - A Key to Growth», di G. Esposito, S. Lanau e S. Pompe, WP /14/32, febbraio 2014, rinvenibile sul sito istituzionale all'indirizzo [http://www.imf.org/Judicial System Reform in Italy](http://www.imf.org/Judicial%20System%20Reform%20in%20Italy).

² L'articolo 10 del d.l. n.145 del 23 dicembre 2013, convertito in l. 21 febbraio 2014, n. 9, rubricato «Tribunale delle società con sede all'estero» ha modificato l'articolo 4 del d.lgs. 27 giugno 2003 n. 168.

A tali sfide si augura al nuovo governo di far fronte nel modo più determinato ed efficace attraverso un piano d'azione che, anche sull'onda delle spinte rivoluzionarie e di cambiamento, possa trovare sbocchi positivi.

Diritto e procedura civile

SINDACATO E LIMITI DEL GIUDICE SULLA FATTIBILITÀ DELLA PROPOSTA CONCORDATARIA: RELAZIONE TRA CONCORDATO PREVENTIVO E FALLIMENTO ALLA LUCE DEL FORMANTE GIURISPRUDENZIALE	200
di Nicola D'Agnesè	
L'USURA BANCARIA NELL'INCESSANTE DIATRIBA TRA INTERPRETAZIONE AUTENTICA E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE	210
di Silvia Del Monaco	
LA REPRIMENDA DELLA CONSULTA SULLA TRASPARENZA DELLE LEGISLAZIONE CONTABILE, NELLA VERIFICA DI COSTITUZIONALITÀ DELLA LEGGE RINFORZATA SUGLI EQUILIBRI DI BILANCIO. <i>Nota a Corte costituzionale 29 novembre 2017 n. 247</i>	228
di Pelino Santoro	
FALLIMENTO E RAPPORTO DI LAVORO: IL CURATORE PUÒ LICENZIARE MA NEL RISPETTO DELLA DISCIPLINA ORDINARIA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 23 marzo 2018, n. 7308</i>	237
di Ylenia Zaira Alfano	
SULLE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO EX ART. 696-BIS C.P.C. <i>Nota a Tribunale di Torre Annunziata, Sezione II civile, 18 aprile 2018, R.G. n. 867/18</i>	241
di Pietro Sorrentino	
SULLA VALIDITÀ DEL CONTRATTO QUADRO FINANZIARIO O BANCARIO MUNITO DELLA FIRMA DEL SOLO CLIENTE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 16 gennaio 2018, n. 898</i>	245
di Ugo Maria Chirico	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	253
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	255
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	



Sindacato e limiti del giudice sulla fattibilità della proposta concordataria: relazione tra concordato preventivo e fallimento alla luce del formante giurisprudenziale

abstract

Taking inspiration from the latest pronouncements about the legitimacy jurisprudence, the Author, with this specific scientific contribution, assesses the critical aspects regarding the arrangement procedure. More specifically, He submits to careful analysis the thorny issue, which for a long time now stirs both Learning and Jurisprudence, the powers and jurisdictional limits about the admission of the arrangement proposal and bankruptcy.

Finally, attention is called on the role of the administrator within the arrangement procedure, precisely his so-called multi-faced functions about supervision, information, advice and impulse which aims to the punctuality of the debtor behaviour.

keywords

Recession – Creditors arrangement – Proposal.

abstract

Traendo spunto dai recenti pronunciamenti della giurisprudenza di legittimità, l'Autore, con il presente contributo scientifico, fa il punto sugli aspetti critici in tema di concordato preventivo. Più precisamente, sottopone a sottile analisi la questione spinosa, che da tempo agita dottrina e giurisprudenza, dei poteri e limiti del giudice in merito all'ammissione della proposta di concordato ed anche dei rapporti tra concordato preventivo e fallimento.

Infine, si richiama l'attenzione sul ruolo del commissario giudiziale all'interno del concordato preventivo, esattamente le funzioni c.d. composite ossia di vigilanza, informazione, consulenza ed impulso finalizzate al controllo della regolarità del comportamento debitorio.

parole chiave

Crisi economica – Concordato preventivo – Proposta.

sommario

1. Prolegomeni al concordato preventivo come risanamento e prosecuzione dell'attività di impresa: la procedura. – **2.** Legittimazione dei creditori, ex art. 2394 c.c. Orizzonti ermeneutici sull'omologa della proposta di concordato preventivo (l. fall. art. 180), gli effetti sui crediti insoddisfatti ed esclusione dal diritto di voto di un creditore. – **3.** Il ruolo del commissario giudiziale

all'interno del concordato preventivo: l'*actio finium regundorum* tra attività di vigilanza e attività gestoria.

1. Prolegomeni al concordato preventivo come risanamento e prosecuzione dell'attività di impresa: la procedura

Si premette come piattaforma d'impostazione della tematica in rassegna che la crisi economica dell'impresa ed il conseguente dissesto patrimoniale dell'imprenditore sono eventi che compromettono una gran massa di creditori, i quali vengono a trovarsi nell'impossibilità di realizzare o di realizzare per l'intero quanto loro dovuto.

Più precisamente sono sopravvenienze che innescano una serie di dissesti a catena, con gravi turbative ai fini dell'ordinato svolgimento della vita economica e che, inevitabilmente, travolgono interessi collettivi ulteriori e talvolta confliggenti con quelli dei creditori.

Lacrisidell'impresa, dunque, è evento di fronte al quale i mezzi di tutela individuali dei creditori, previsti dall'ordinamento ed in particolare l'azione esecutiva individuale sui beni del debitore, si rivelano strumenti inadeguati ed insufficienti.

Come affermato da autorevole dottrina, quello di stato di *recession* è concetto più ampio di quello di insolvenza (art. 160, co. 3, l. fall.); ricomprendendo anche la temporanea difficoltà ad adempiere (che, intesa quale insolvenza caratterizzata dal connotato della reversibilità, costituiva il presupposto dell'abrogata procedura di amministrazione controllata), il rischio di insolvenza (che ricorre quando l'imprenditore, che è stato fin qui in grado di onorare i propri debiti scaduti, è prevedibile non sarà in grado di adempiere i debiti di prossima scadenza) e - per le società - anche il sovra indebitamento (cioè un'eccedenza del passivo sull'attivo, che possa mettere a rischio il soddisfacimento dei creditori), la riduzione del capitale netto al di sotto del minimo legale¹.

L'imprenditore che si trova in stato di difficoltà economica può evitare che la crisi sfoci in fallimento regolando i propri rapporti con i creditori mediante un concordato preventivo. Procedura disciplinata dalla legge fallimentare (artt. 160-186) e ripetuta-

¹ TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2009, p.1059 e ss.

mente riformati in tempi recenti: fra l'altro con il d.l. 143/2005, n. 35 (convertito in legge 14/05/2005, n. 80), con il d.lgs.12/9/2007, n. 169, con il d.l. 22/06/2012, n. 83 (convertito in legge 07/08/2012, n. 134) e da ultimo con il d.l. 27/06/2015, n. 83 (conv. in legge 06/08/2015, n. 132). In particolare, l'intervento del 2005 ha modificato il presupposto oggettivo del *creditorsarrangement*, che non è più solo lo stato di insolvenza, bensì più in generale lo stato di crisi economica dell'imprenditore.

Il concordato preventivo (art. 160 ss. l. fall.) è perciò una procedura concorsuale alla quale attualmente può essere riconosciuta una duplice finalità. Se la crisi è temporanea e reversibile, essa mira a superare tale situazione attraverso il risanamento economico e finanziario dell'impresa. Se la crisi, viceversa, è definitiva e irreversibile, il concordato preventivo può essere attuato prima che sia dichiarato il fallimento e serve ad evitare lo stesso. Sotto tale profilo si differenzia perciò nettamente dal concordato fallimentare. Presenta però, nel contempo, indubbie affinità di struttura e di effetti con quest'ultimo. Anche il concordato preventivo è infatti un concordato giudiziale e di massa. E al pari del concordato fallimentare libera definitivamente l'imprenditore per la parte eccedente la percentuale concordataria.

Il concordato preventivo offre però all'imprenditore insolvente l'ulteriore, non trascurabile vantaggio di evitare le pesanti conseguenze patrimoniali, personali e penali del fallimento. In particolare, l'imprenditore non subisce lo spossessamento e conserva, sia pure con particolari cautele, l'amministrazione dei beni e la gestione dell'impresa. Inoltre, il concordato preventivo non deve più condurre alla liquidazione del patrimonio del debitore insolvente per il soddisfacimento dei creditori ma può essere oggi legittimamente impiegato per il risanamento dell'impresa.

Il concordato preventivo costituisce in definitiva un beneficio concesso all'imprenditore per favorire la composizione della crisi mediante una soluzione concordata con i creditori.

In sostanza, la *ratio* del fallimento e quella del concordato preventivo sono diverse. Infatti il fallimento ha uno scopo meramente liquidatorio, in un'ottica di tutela del ceto creditorio, secondo il principio, informatore di tutta la legge fallimentare, di eliminazione dal mercato delle imprese inefficienti; il concordato preventivo, ha uno scopo diametralmente opposto, e cioè consentire all'imprenditore meritevole di evitare il fallimento proponendo un «accordo ai creditori», la cui tutela è sempre obiettivo principale².

Orbene, possono presentare proposta di concordato preventivo tutti gli imprenditori che presentano i requisiti soggettivi per essere sottoposti anche al falli-

mento (art. 1 l. fall.). Nei concordati con finalità meramente liquidatorie, la *proposal* deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari; per i concordati finalizzati alla prosecuzione dell'attività d'impresa resta invece ferma la regola secondo cui non è richiesto alcun limite minimo. Ciò non significa che sia necessario soddisfare per intero i creditori privilegiati, come invece era chiesto sotto il vigore dell'originaria disciplina del 1942. Come per il concordato fallimentare, tali creditori devono però essere soddisfatti in misura non inferiore a quanto gli stessi potrebbero conseguire, in ragione della loro collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione (art. 160, co. 3).

Il concordato può pertanto perseguire la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma; può consistere in una dilazione dei termini di pagamento, o nel soddisfacimento parziale dei creditori, o entrambe le soluzioni; può disporre l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta ad un assuntore; può infine prevedere la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, con trattamenti differenziati per le varie classi, purché non si alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Il pagamento dei debiti concordati può essere realizzato anche mediante la cessione ai creditori di tutti i beni del proponente; oppure solo di quelli non più funzionali all'esercizio dell'impresa nel caso in cui la proposta contempli il mantenimento in attività del complesso aziendale risanato.

Occorre tuttavia tener presente che, mentre nell'originario assetto dell'istituto, il debitore era arbitro assoluto di decidere se proporre un concordato preventivo e cosa proporre, a partire dal 2015 non è più così. Fermo restando che solo il debitore può dare avvio alla procedura di concordato preventivo, in quanto unico legittimato a presentare il relativo ricorso, oggi la legge consente a creditori e a terzi di avanzare offerte e proposte concorrenti.

Il che può avvenire segnatamente in due casi: 1) se la proposta del debitore prevede il trasferimento a titolo oneroso di specifici beni o dell'azienda ad un soggetto predeterminato; 2) se il debitore presenta una proposta di concordato con finalità meramente liquidatorie che assicura meno del quaranta per cento ai creditori chirografari, oppure un concordato con continuazione dell'attività d'impresa che assicuri meno del trenta per cento.

La procedura di concordato preventivo inizia con la domanda di ammissione del debitore, presentata con ricorso al Tribunale competente per la dichiarazione del fallimento. La domanda è pubblicata d'ufficio nel registro delle imprese entro il giorno successivo e da quella data si producono gli effetti del concordato per i creditori.

La domanda completa della proposta deve essere

² D'AGNESE, *Sulla figura del liquidatore nel concordato preventivo* (nota a Cass., sez. un. penali, 07 dicembre 2010, n. 43428 del) in *Cassazione Penale*, 2011, p. 74.

corredata da una serie di allegati: un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; uno stato analitico delle attività con i relativi valori; l'elenco nominativo dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Quest'ultima e gli allegati devono inoltre essere accompagnati dalla relazione di un professionista indipendente, scelto dal debitore, avente gli stessi requisiti richiesti per l'attestazione dei piani di risanamento. Egli è soggetto a responsabilità civile e penale in caso di falso od omissioni (art. 236 l. fall.).

Dopo la riforma del 2012, però, il debitore può presentare anche una domanda di concordato incompleta, con riserva di presentare successivamente la proposta, il piano e gli altri allegati richiesti. Ricevuta la domanda completa della proposta e degli allegati, il Tribunale svolge un controllo preliminare volto ad accertare se ricorrono i presupposti richiesti dalla legge per l'ammissione alla procedura. Per le proposte che prevedono la suddivisione in classi dei creditori, il Tribunale verifica anche la correttezza dei criteri di informazione e del trattamento delle classi stesse.

Se l'accertamento ha esito negativo, il Tribunale dichiara inammissibile la proposta di concordato; inoltre, su istanza dei creditori o del pubblico ministero, verifica l'esistenza dei presupposti per dichiarare il fallimento del debitore (art. 162, co. 2).

Se invece ritiene ammissibile la proposta, il Tribunale, con decreto non soggetto a gravame, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo (art. 163). Con lo stesso provvedimento il Tribunale designa gli organi della procedura: il giudice delegato, cui è devoluta la direzione della procedura; un commissario giudiziale, che svolge essenzialmente funzioni di vigilanza e di controllo (art. 165). Il decreto di ammissione è pubblicato nel registro delle imprese.

L'ammissione alla procedura di concordato incide sia sulla posizione del debitore sia su quella dei creditori. A differenza che nel fallimento, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e, se previsto nella proposta, continua l'esercizio dell'impresa. Subisce però una limitazione del potere di gestione in quanto può compiere autonomamente solo gli atti di ordinaria amministrazione. Per gli atti di straordinaria amministrazione è invece necessaria un'autorizzazione rilasciata nella fase di apertura della procedura dal Tribunale in caso di urgenza, e dopo il decreto di ammissione dal giudice delegato (artt. 161, co. 7, introdotto dal d.l. 83/2012, e 167).

Per semplificare la procedura, il Tribunale può però stabilire un limite di valore al di sotto del quale l'atto può essere compiuto senza autorizzazione. Devono in particolare essere autorizzati gli atti elencati dal secondo comma dell'art. 167 (contrazione di mutui anche

in forma cambiaria, concessione di ipoteche, di pegno o di fidejussioni, accettazioni di eredità ecc.).

Gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti senza la necessaria autorizzazione scritta del giudice delegato sono inefficaci nei confronti dei creditori anteriori al concordato (art. 167, 2° comma). Espongono inoltre alla revoca dell'ammissione al concordato ed anche, se viene fatta istanza dei creditori o del pubblico ministero e previo accertamento dei relativi presupposti, alla contestuale dichiarazione di fallimento con sentenza (art. 173, co. 2).

Gli effetti per i creditori anteriori sono in larga parte coincidenti con quelli propri del fallimento, dato che anche il concordato preventivo è per i creditori caratterizzato dal principio della *par condicio creditorum*. Infatti, dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese i creditori anteriori non possono, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato diventa definitivo (art. 168, co. 1, modificato dal d.l. 83/2012).

Non possono inoltre acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice delegato (art. 168, co. 3). Per lo stesso periodo restano sospese le prescrizioni e non si verificano le decadenze (art. 168, co. 2). Inoltre, resta sospeso il corso degli interessi e si producono gli altri effetti per i creditori (artt. 55-63) propri del fallimento (art. 169). Non trova invece applicazione la disciplina della revocatoria fallimentare.

Il concordato preventivo non incide sui rapporti contrattuali pendenti alla data di presentazione della domanda, dato che l'imprenditore conserva il potere di amministrare il suo patrimonio. Il debitore può però chiedere di essere autorizzato a sciogliersi da tali contratti, oppure a sospenderli per un periodo massimo di sessanta giorni (prorogabile una sola volta). Le relative autorizzazioni sono rilasciate dal Tribunale nella fase di apertura della procedura, o dal giudice delegato dopo il decreto di ammissione. La controparte, che subisce la sospensione o lo scioglimento del contratto, ha diritto ad un indennizzo, equivalente al risarcimento del danno per il mancato adempimento. Tuttavia la legge precisa che tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato e pertanto sarà sottoposto alla falcidia eventualmente prevista dalla proposta concordataria³.

Di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴, hanno chiarito che: «La sopravvenuta dichiarazione del fallimento comporta l'inammissibilità delle impugnazioni autonomamente proponibili contro il diniego di omologazione del concordato preventivo e comunque l'improcedibilità del separato giudizio di

³ CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto Commerciale*, Milano, 2017, p. 589 e ss.

⁴ Cass., sez. un., 10 aprile 2017, n. 9146.

omologazione in corso, perché l'eventuale giudizio di reclamo ex art. 18 L. F. assorbe l'intera controversia relativa alla crisi dell'impresa, mentre il giudicato sul fallimento preclude in ogni caso il concordato».

Nella fattispecie, una società ricorreva in Cassazione avverso il decreto della Corte d'appello di rigetto della domanda di omologazione del concordato preventivo già approvato dalla maggioranza dei creditori.

Con ordinanza, la Prima sezione civile della Cassazione, cui il ricorso era stato assegnato, ne chiedeva la rimessione alle Sezioni unite, perché, essendo intervenuto il fallimento della società ricorrente, si rendeva necessario chiarire il rapporto tra il giudizio di impugnazione del diniego di ammissione o di omologazione del concordato e il giudizio di impugnazione della dichiarazione di fallimento. Sul punto, osservano gli Ermellini che: «tra la domanda di concordato preventivo e l'istanza o la richiesta di fallimento ricorre, in quanto iniziative tra loro incompatibili e dirette a regolare la stessa situazione di crisi, un rapporto di continenza⁵. Ma una volta che sia stato dichiarato il fallimento, può solo essere impugnata la relativa sentenza; non è possibile che il giudizio sull'omologabilità del concordato prosegua dopo la dichiarazione del fallimento».

«La sopravvenuta dichiarazione del fallimento rende inammissibili, e se già proposte improcedibili, le stesse impugnazioni autonomamente proponibili contro il decreto di rigetto della domanda di omologazione del concordato, perché, non ricorrendo un'ipotesi di pregiudizialità necessaria, il rapporto tra concordato preventivo e fallimento si atteggia come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento, all'esito negativo della pronuncia di concordato) e di assorbimento (dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento) che determina una mera esigenza di coordinamento fra i due procedimenti⁶».

Sopravvenuto il fallimento, dunque, secondo la giurisprudenza di legittimità, i motivi d'impugnazione proposti contro il diniego di omologazione del concordato si traducono necessariamente in motivi d'impugnazione della dichiarazione di fallimento. Ne consegue che il separato giudizio di omologazione del concordato è reso improseguibile dal sopravvenuto fallimento. Il giudice chiamato a pronunciarsi sul fallimento dovrà dunque pronunciarsi anche sulla proposta di concordato.

Se confermerà la dichiarazione di fallimento, ribadirà anche il giudizio di non omologabilità del concordato. Potrà invece revocare la dichiarazione del fallimento, ad esempio per insussistenza dello stato di insolvenza, ma non necessariamente omologare il concordato preventivo, la cui proposta debba essere disattesa per una delle ragioni previste dagli artt. 173 e 180 l. fall.

⁵ Cass., sez. un., 15 maggio 2015, n. 9935.

⁶ Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521.

2. Legittimazione dei creditori, ex art. 2394 c.c. Orizzonti ermeneutici sull'omologazione della proposta di concordato preventivo (l. fall. art. 180), gli effetti sui crediti insoddisfatti ed esclusione dal diritto di voto di un creditore

Sulla questione presente, la giurisprudenza di merito Corte d'Appello di Bologna, sez. III, 05 giugno 2017, ha statuito che: «Laddove un soggetto terzo abbia visto riconosciuto, a seguito dell'esperimento di un'azione di responsabilità ex art. 2394 c.c., un suo credito risarcitorio nei confronti degli amministratori di una società ammessa alla procedura di concordato preventivo, si deve ritenere che quel creditore subisca esso pure l'effetto estintivo generato dall'omologazione e non possa, pertanto, permanere a suo favore una pretesa risarcitoria a fronte della falcidia di tutte le altre pretese creditorie per la parte eccedente la percentuale promessa o, comunque, eccedente quanto ricavato all'esito della liquidazione. Ciò in quanto gli amministratori della società non possono, stante la diversità delle due fattispecie, assimilarsi ai coobbligati, fideiussori ed obbligati in via di regresso, nei cui confronti i creditori conservano, ex art. 184 L.F. impregiudicati i loro diritti».

Ad avviso della dottrina, le sentenze che già in passato avevano negato l'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori muovevano dall'assunto della sua incompatibilità con l'effetto *esdebitatorio* del concordato preventivo⁷. In taluni casi, l'azione di cui all'art. 2394 c.c. era stata ricondotta a una legittimazione surrogatoria dei creditori sociali, i quali avrebbero fatto valere nei confronti degli amministratori un diritto risarcitorio facente capo alla società debitrice; ma l'omologazione (o, secondo altra esegesi, l'esecuzione) del concordato preventivo faceva venire meno il loro interesse ad agire, non potendo essi poi pretendere dalla società il soddisfacimento del proprio credito in misura superiore alla percentuale concordataria⁸.

In altri casi era stata, invece, riconosciuta legittimazione autonoma e diretta ai creditori; ma la posizione degli amministratori era stata ritenuta assimilabile a quella della società debitrice a tal punto da accostare l'azione di responsabilità nei loro confronti a un'azione di adempimento per la parte di credito ormai colpita da falcidia concordataria. In realtà, non

⁷ Il presente paragrafo è tratto da: Andretto, *La legittimazione dei creditori ex art. 2394 cc dopo l'omologazione del concordato preventivo*, in riv. *il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 2/2018, p. 206 e ss.

⁸ Trib. Bolzano, 17 gennaio 1962, cit.; Trib. Padova, 18 giugno 1987, cit.; BOZZA, *Il concordato preventivo. Effetti per i creditori*, in questa Rivista, 1992, p.254; NIGRO, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, in COLOMBO- PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, IX**, *Profili tributari e profili concorsuali*, Torino, 1993, p.396; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p.399 ss.; D'ATTORRE, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in Riv. Società, 2015, p. 35 s.

è affatto condivisa l'opinione secondo cui l'omologazione del concordato produrrebbe la parziale estinzione dei crediti per la parte eccedente la percentuale concordataria. È sempre stata controversa, anzitutto, la natura sostanziale o meramente processuale dell'esdebitazione.

Da un lato i fautori della teoria privatistica la riconducevano a un accordo stragiudiziale tra creditori e debitore, variamente configurato come transazione⁹ o come novazione, mentre i fautori della teoria pubblicistica teorizzavano una dequalificazione ad obbligazione naturale del credito residuo, per il resto immutato sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo¹⁰. Dall'altro lato si collocavano quanti attribuivano all'omologazione del concordato preventivo una funzione eminentemente processuale, in base alla quale i crediti non sarebbero usciti alterati nella sostanza, ma ne sarebbe stata esclusa soltanto l'azionabilità (o l'esigibilità) in forza di un *pactum de non petendo* tra creditori e debitore¹¹ o, comunque, in forza di un obbligo *de non petendo* di matrice legale¹².

La riforma della legge fallimentare del decennio scorso, conferendo ampia libertà al debitore di proporre la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito¹³, ha reso in larga parte anacronistico il dibattito sulla natura giuridica del concordato preventivo.

Secondo gli studiosi, gli effetti dell'omologazione sui crediti anteriori alla procedura vengono, infatti, a dipendere dai connotati concreti del piano e della proposta concordatari, i quali potrebbero prevederne l'estinzione per la parte residua non soddisfatta, come

potrebbero al contrario sancirne la mera inesigibilità, o altro ancora¹⁴. La disponibilità dei contenuti concreti del concordato resta, peraltro, condizionata al rispetto di alcuni limiti giuridici, la cui violazione è sanzionata con il diniego dell'omologazione.

Tra questi limiti va annoverata la previsione di cui al secondo periodo dell'art. 184, co. 1, l. fall., secondo cui i creditori «conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso»: norma posta a salvaguardia degli interessi di tutti i creditori e, pertanto, sottratta alla disponibilità della maggioranza consenziente. Ciò significa che, quand'anche la proposta concordataria contemplasse espressamente l'estinzione dei crediti per la parte residua non soddisfatta, i suoi effetti resterebbero soggettivamente limitati, non potendosi giovare i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

In realtà, risulta assai più diffusa, così in giurisprudenza come in letteratura, la diversa esegesi per la quale il secondo periodo dell'art. 184, co. 1, l. fall. pone effettivamente una norma eccezionale, ma la sua eccezionalità non andrebbe rapportata al principio di obligatorietà del concordato omologato, bensì al diverso principio, ricavabile dagli artt. 1301 e 1239 c.c., di comunicabilità fra condebitori della remissione totale o parziale operata a favore di uno dei debitori solidali o del debitore principale: sarebbe, quindi, l'effetto remissorio del concordato preventivo ciò che, per espressa previsione di legge, non si estende ai coobbligati, ai fideiussori del debitore e agli obbligati in via di regresso¹⁵. Aderendo a quest'interpretazione, l'impossibilità di estendere in via analogica la norma agli amministratori non pregiudicherebbe l'esperibilità dell'azione di responsabilità nei loro confronti, stante il diverso titolo (risarcitorio anziché contrattuale) per cui sono chiamati a rispondere nei confronti dei creditori sociali.

Nello stesso orizzonte ermeneutico si collocano coloro i quali, privilegiando i profili negoziali su quelli pubblicistici del concordato preventivo, fanno leva sul principio di relatività del contratto per escludere che dell'accordo fra creditori e società debitrice possano avvantaggiarsi i terzi, tra cui gli amministratori di

⁹ FERRARA JR., *Il fallimento*, Milano, 1989, p.158 ss.

¹⁰ Cass., 25 ottobre 1974, n. 3120, in *Giur. it.*, 1975, I, 2004; Cass., aprile 1978, n. 1500, in *Giur. comm.*, 1978, II, p.317; Trib. Novara, 07 marzo 2013, in *www.ilcaso.it*. In dottrina, cfr. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, p.531; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 393; BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, Milano, 2004, p. 248 ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2017, p. 414.

¹¹ Cass., 20 giugno 2011, n. 13447, *ivi*, 2012, 353; Trib. Piacenza, 12 febbraio 2015, cit.; Trib. Modena, 21 marzo 2016, cit. In dottrina, BORELLA, *Note in tema di concordato preventivo e azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori*, in *Giur. comm.*, 1993, II, p.76; FRANGINI, *Riflessioni e spunti ricostruttivi in tema di azione ex art. 2394 c.c. e concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 1993, II, p.371 s.

¹² PRESTI, *Creditore con ipoteca su beni di proprietà di terzi e concordato del debitore*, in *Banca borsa*, 1987, II, p. 316.

¹³ Così l'art. 160, co. 1, lett. a), l. fall., come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. d), d. l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, legge 14 maggio 2005, n. 80. Il testo novellato era già in vigore al momento dell'apertura del concordato preventivo cui si riferisce la sentenza in epigrafe.

¹⁴ LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., p.413.

¹⁵ In giurisprudenza, Cass., 23 luglio 1958, n. 2676, in *Dir. fall.*, 1958, II, p.614; Cass., 07 novembre 1975, n. 3758, in *Mass. Giur. it.*, 1975, p.1064; Cass., 17 luglio 2003, n. 11200, in *Arch. civ.*, 2004, p.190; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23275, *ivi*, 2007, p. 466; Cass., 9 gennaio 2008, n. 177, *ivi*, 2008, p. 465; Cass., sez. un., 16 febbraio 2015, n. 3022, *ivi*, 2015, p. 519 ss., con nota di LO CASCIO, *Concordato preventivo e soci illimitatamente responsabili*; Cass., 27 ottobre 2015, n. 21810, *ivi*, 2016, p. 1008; CUNEO, *Le procedure concorsuali*, Milano, 1988, p. 1353; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2000, p.735; MOZZARELLI, *Responsabilità degli amministratori e tutela dei creditori nella s.r.l.*, Torino, 2007, p.95, nt. 7.

quest'ultima¹⁶.

Altri Autori, ancora, valorizzano l'incapienza della società quale unica ragione per cui i creditori sono indotti ad approvare una proposta che ne preveda il soddisfacimento non integrale: sarebbe incongruo, allora, secondo la dottrina, che dell'accordo possano giovare proprio gli amministratori che, con la loro *mala gestio*, quell'incapienza hanno cagionato¹⁷. Si può ipotizzare un ulteriore motivo per il quale l'eventuale estinzione dei crediti, per la parte eccedente la percentuale concordataria, non dovrebbe influire sulla legittimazione ad agire dei creditori.

Il pregiudizio di cui essi chiedono ristoro con l'azione di cui all'art. 2394 c.c., infatti, è quello che si produce, in conseguenza della *mala gestio* degli amministratori, nel momento stesso in cui il patrimonio sociale diviene incapiente: lo conferma la granitica giurisprudenza secondo cui il termine di prescrizione del credito risarcitorio decorre dal momento in cui tale incapienza diviene conoscibile all'esterno¹⁸.

Ciò posto, se si condivide l'assunto della natura diretta ed autonoma dell'azione dei creditori sociali, è solo in quel momento che va verificata la ricorrenza dei relativi presupposti, sia sul piano soggettivo con riguardo alla qualifica di creditore, sia su quello oggettivo con riguardo all'incapienza del patrimonio sociale. La successiva omologazione del concordato preventivo in tanto rileverebbe in quanto comporti una riduzione del pregiudizio subito dai creditori; ma il pregiudizio, in sé, non potrebbe venir meno se non con il pagamento integrale del credito (o, comunque, di quella parte di credito che avrebbe trovato soddisfazione in assenza della *mala gestio* lamentata).

Diversa sarebbe la soluzione procedendo dall'opposto assunto della natura surrogatoria dell'azione. In tal caso, l'art. 2394 c.c. andrebbe interpretato all'aluce dell'art. 2900 c.c., il quale attribuisce legittimazione ad agire straordinaria, per l'esercizio dei diritti e delle

azioni che spettano al debitore verso i terzi, a chi nel momento in cui agisce e per tutta la durata del processo riveste la qualifica di creditore. Qualora, pertanto, tale qualifica venga meno per effetto dell'estinzione dei crediti, cesserebbe al contempo la legittimazione straordinaria attribuita ai creditori sociali.

Sino alle riforme del decennio scorso, come noto, l'art. 160, co. 2, l. fall. distingueva due tipologie di proposta concordataria: quella con garanzia, in cui il debitore doveva assicurare mediante idonee garanzie il raggiungimento di una certa percentuale di soddisfacimento dei crediti; e quella con cessione dei beni, in cui il debitore si limitava ad offrire ai creditori il risultato della liquidazione di tutti i propri averi, con indicazione di una percentuale non vincolante di soddisfacimento dei crediti. Per comune interpretazione, nel primo caso (a differenza del secondo) i creditori non avrebbero potuto reclamare più della percentuale promessa; con la conseguenza che, quand'anche il debitore eavesse acquisito dopo l'omologazione risorse superiori a quelle necessarie per il relativo pagamento, avrebbe potuto legittimamente trattenere la differenza.

Prevalsa, perciò, l'opinione che, ove si condividesse la natura surrogatoria dell'azione di cui all'art. 2394 c.c., quanto conseguito dalla società in caso di esito vittorioso non avrebbe potuto essere ripartito tra i creditori, dei quali doveva quindi negarsi l'interesse ad agire. Secondo altra esegesi, peraltro, l'interesse ad agire era destinato a venir meno soltanto a seguito dell'integrale esecuzione del concordato.

Ora che il contenuto della proposta concordataria è largamente rimesso alla libera disponibilità del debitore, le acquisizioni della pregressa dottrina devono essere aggiornate, ma non vi è ragione per ritenerle del tutto superate.

Ben può ancor oggi affermarsi, pertanto, che, ove si condivide la natura surrogatoria dell'azione di cui all'art. 2394 c.c., l'interesse ad agire dei creditori permane qualora la percentuale di soddisfacimento riportata nella proposta concordataria sia soltanto indicativa, mentre verrebbe meno qualora fosse prevista una percentuale fissa o fosse, comunque, stabilito un tetto massimo al soddisfacimento dei creditori. Il punto nodale resta, perciò, la qualificazione dell'azione dei creditori sociali in termini di azione diretta o di azione surrogatoria.

È qui sufficiente rilevare come il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto non sia ancora pervenuto a conclusioni univoche, quantunque si riscontri ormai una decisa prevalenza per l'orientamento che attribuisce all'azione carattere diretto, nel senso che con essa i creditori non fanno valere un diritto della società debitrice, bensì un autonomo credito risarcitorio nei confronti degli amministratori¹⁹.

¹⁹ In giurisprudenza, a favore della natura surrogatoria dell'azione, Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, p.1803. In senso contrario, a favore della natura autonoma e di-

¹⁶ MAISANO, *Il concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, p. 201; D'ANGELO, *Azione di responsabilità e concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1993, I, p. 603.

¹⁷ DONGIACOMO, *Le azioni di responsabilità nel piano di concordato preventivo*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, p.14; GALLETI, *Le azioni di responsabilità esercitate nel corso di procedure di concordato preventivo*, *ivi*, 2015, p.1. Già in passato si era intuita, sotto questo profilo, l'intrinseca differenza tra la causa del concordato preventivo o fallimentare e quella di un comune accordo transattivo tra creditori e società, accordo del quale potrebbero invece avvantaggiarsi anche gli amministratori: cfr. FRÈ, *Società per azioni. Art. 2325-2461*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1982, p.528.

¹⁸ Cass., 25 settembre 1980, n. 5327, in *Giur. it.*, 1981, I, 48; Cass., 6 ottobre 1981, n. 5241, in *Giur. comm.*, 1982, II, 768; Cass., 28 maggio 1998, n. 5287, in *Foro it.*, 2000, I, 242; Cass., 22 ottobre 2004, n. 20637, in *Società*, 2005, 1122; Cass., 5 agosto 2008, n. 21131, in *Società*, 2008, 1233; Cass., 19 settembre 2011, n. 19051, *ivi*, 2012, 137; Cass., 5 aprile 2013, n. 8426, in *Giur. it.*, 2013, I, 2047; Cass., 3 luglio 2017, n. 16314, ord., in *Società*, 2017, 1168.

Ci si limiterà qui a segnalare un solo argomento – salvo errore ancora inesplorato in letteratura – che pare militare in modo dirimente a favore della natura diretta dell'azione in commento: quello per cui l'art. 2394 c.c. è inequivocabilmente volto ad incrementare, anziché a ridurre, gli strumenti di tutela a disposizione dei creditori sociali, come dimostrala sua formulazione complessiva e come, vieppiù, dimostra il comma 3, laddove sterilizza nei confronti dei creditori l'efficacia della rinuncia all'azione sociale di responsabilità.

Orbene, se si attribuisse all'azione natura diretta, al di fuori del suo campo applicativo i creditori manterrebbero comunque la facoltà, ricorrendone i presupposti, di esercitare in via surrogatoria l'azione sociale di responsabilità. Se, al contrario, si volesse attribuire natura surrogatoria alla legittimazione dei creditori, si verrebbe a determinare un'antinomia tra l'art. 2394 c.c. e l'art. 2900 c.c., posto che il primo – oltre a non postulare l'inerzia della società e a non richiederne la chiamata in causa – introduce precisi limiti all'esercizio dell'azione, la quale resta preclusa fintanto che il patrimonio della società risulti capiente e, comunque, in tutti i casi in cui possano essere contestate agli amministratori condotte di *mala gestio* che, anziché pregiudicare l'integrità del patrimonio sociale, ne abbiano solo ostacolato l'incremento.

L'antinomia si risolverebbe, evidentemente, in favore dell'art. 2394 c.c. in base al criterio di specialità; ma ciò significa che la tutela dei creditori sociali ne uscirebbe ristretta rispetto a quanto consentito dalla disciplina ordinaria, giacché la loro legittimazione in surroga della società non potrebbe esplicitarsi appieno nei confronti degli amministratori.

Un tale esito, tuttavia, contraddirebbe la *ratio* di maggior tutela che si è detto essere sottesa all'art. 2394 c.c., con la quale risulta, in definitiva, compatibile soltanto l'assunto della natura diretta ed autonoma dell'azione di responsabilità dei creditori sociali.

Degna di nota, sul punto, è la recentissima pronuncia dell'Organo della nomofilachia²⁰, ad avviso del quale: «*In tema di omologazione della proposta di concordato preventivo l. fall., ex articolo 180, l'esclusione dal diritto di voto di un creditore (nella specie, perché titolare di un credito che era contestato ma che si riveli essere stato fondatamente fatto valere) non comporta di per sé stessa l'invalidità della deliberazione di approvazione della proposta adottata senza che il creditore abbia*

retta, Cass., 12 giugno 2007, n. 13765, in *Società*, 2007, p. 1349. A favore della natura autonoma e diretta, cfr. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, III, *Società a responsabilità limitata - Società cooperative - Mutue assicuratrici*, Milano, 1950, p. 240 s.; BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 308 s.; CORONA, *Note in tema di responsabilità concorrente dei sindaci (e degli amministratori) nei confronti dei creditori sociali*, in *Dir. fall.*, 1989, I, p. 44 ss.; TAURINI, *Responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali*, in *Società*, 1993, p. 793; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, p. 346.

²⁰ Cass., 21 febbraio 2018, n. 4192.

espresso il suo voto, essendo necessario verificare – secondo quanto affermato dalla l. fall., articolo 176, co. 2 – se, escluso un tale credito, a suo tempo, dal computo della maggioranza di voto deliberativo, residui una somma di consensi necessaria per la validità della decisione, calcolata sugli effettivi aventi diritto al voto, sicché va negato il carattere determinante del voto del creditore che si opponga all'omologazione della proposta concordataria e che, una volta respinta tale sua opposizione, proponga reclamo L. Fall., ex articolo 183, comma 1 per la revoca dell'omologazione già deliberata dal Tribunale».

3. Il ruolo del commissario giudiziale all'interno del concordato preventivo: l'*actio finium regundorum* tra attività di vigilanza e attività gestoria

È comune convinzione²¹, in dottrina, che l'attuale regime del concordato preventivo, pur tenendosi conto della natura composita delle varie funzioni del commissario giudiziale, accentui la separazione tra l'attività di vigilanza e d'informazione, da una parte, e l'attività di gestione dall'altra²².

Mentre la vigilanza compete al commissario giudiziale, l'attività di gestione rimane riservata dapprima al debitore, e poi al liquidatore giudiziale. E, in relazione alla gestione, il regime di autorizzazione (da parte del comitato dei creditori) è circoscritto alle sole cessioni di beni estranee al ciclo economico dell'impresa, ossia aventi finalità di liquidazione, e (da parte del giudice delegato) ai soli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e alle operazioni elencate nell'art. 167, comma 2, l. fall., mentre al commissario giudiziale compete appunto sorvegliare, informare, esprimere pareri (e denunciare il compimento degli atti che fossero compiuti senza le prescritte autorizzazioni).

D'altronde, in correlazione al mutamento del ruolo dell'attività giudiziaria nelle procedure concorsuali, e particolarmente nel concordato preventivo, più che mai, ora, deve escludersi che il commissario giudiziale possa assumere compiti esecutivi di direttive del tribunale fallimentare o del giudice, e sovrapporsi o sostituirsi al debitore o al liquidatore giudiziale nell'attività di gestione.

Non sembra dunque potersi ravvisare un impedi-

²¹ Il presente paragrafo è tratto da: CATALDO, *Criteri e strumenti di verifica dell'esecuzione dell'incarico del commissario giudiziale nel concordato preventivo*, in *Riv. il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, fasc. 2/2018, p. 161 e ss.

²² Cfr. in argomento, *ex multis*, CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali* diretto da JORIO e SASSANI, Milano, 2916, IV, p. 188 ss.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015, p. 254 ss.; TRENTINI, *I concordati preventivi*, Milano, 2014, p. 240 ss.; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, 2010, p. 194 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato dir. comm.* diretto da COTTINO, 11, Padova, 2008, p. 89 ss.; ESPOSITO, *Il commissario giudiziale*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA e PANZANI, 3, 2009, p. 1665 ss.; PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, 2005, p. 156 ss.; CAFFI, *Il concordato preventivo*, in SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 641 ss.

mento invalicabile all'individuazione di un obbligo del commissario giudiziale, che dia effetto all'espresso richiamo dell'obbligo di rendiconto del curatore fallimentare contenuto nell'art. 165, com. 2, l. fall., beninteso modellandone il contenuto in modo coerente ai compiti propri del commissario giudiziale.

La *ratio* della disposizione richiamata, d'altronde, non è solo quella di consentire una verifica utile ai fini della liquidazione del compenso del curatore, bensì anche quella di sottolineare l'esigenza che gli organi della procedura si uniformino al criterio di svolgere i propri compiti in modo che sia possibile, appunto, darne relazione, assicurando che il tribunale fallimentare e i creditori ricevano un'informazione specificamente sulle attività compiute, e non solo sui risultati dell'attività gestionale esercitata dapprima dal debitore e poi dal liquidatore giudiziale. A giustificare le perplessità sull'assunto che il commissario giudiziale non debba dare relazione del proprio operato (con le precisazioni *infra* indicate), sembra sufficiente ricordare che la sua attività non si esaurisce in un parere scritto sulla proposta di concordato, di cui il giudice, come il debitore e i creditori, possano, esaminandolo, valutare la idoneità e completezza, senza che occorran maggiori informazioni²³.

Ad esempio, come può giudicarsi se il commissario giudiziale abbia adempiuto al dovere di segnalare il compimento da parte del debitore di operazioni non autorizzate, o abbia sorvegliato l'esecuzione del concordato preventivo dopo l'omologazione, senza conoscersi quali attività abbia compiuto per esercitare i propri compiti di vigilanza? O, prima ancora, come può individuarsi se, e con quale grado di attendibilità, il commissario giudiziale abbia controllato l'elenco dei creditori, e redatto l'inventario dei beni, se egli non dia conto anche dei criteri con i quali vi ha provveduto, e delle attività attraverso le quali ha svolto questi compiti? La diligenza o, al contrario, l'insufficiente diligenza del commissario giudiziale possono trasparire con chiarezza dalle sue stesse attestazioni soltanto nel caso, fortunatamente marginale, in cui egli indichi di non avere compiuto alcuna analisi e, senza alcun criterio diverso da quello di una aprioristico atteggiamento di

²³ Anteriormente alle riforme, e quindi anche con riferimento all'impianto della legge fallimentare previgente, un solo Autore si era più volte espresso nettamente a favore della tesi della sussistenza di un obbligo di rendicontazione in capo al commissario giudiziale, tesi riproposta anche nell'opera più recente (LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015, p. 280 ss.), e accolta anche da FABIANI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p.637. Tuttavia, l'obbligo di rendiconto è riferito, in tale dottrina, alla sola attività di gestione del fondo di cui all'art. 163, co. 2, n. 4, l. fall., escludendo espressamente che possa applicarsi anche all'attività di vigilanza esercitata dal commissario giudiziale, sul presupposto che la natura di questa attività escluda che possa costituire oggetto di un giudizio di rendiconto (potendo dare adito, semmai, a un ordinario giudizio di cognizione, che abbia ad oggetto la responsabilità del commissario giudiziale per la mancata o difettosa esecuzione dell'incarico).

prudenza, si sia limitato, ad esempio, a segnalare l'inserimento nell'elenco dei creditori di tutti i debiti di cui abbia trovato traccia (ancorché obsoleti e prescritti, o non documentati, o di entità manifestamente gonfiata), ovvero a stralciare dall'inventario, assumendone l'inesistenza, beni di cui non abbia neppure cercato di verificare l'effettiva irreperibilità, o, ancora, a rettificare le indicazioni del piano concordatario semplicemente riducendo a zero il valore di tutte le poste che esigessero un più laborioso controllo, e così via. Più spesso, la laconicità o la mancanza di chiarezza delle indicazioni comunicate dal commissario giudiziale potrebbero celarne l'effettiva attendibilità.

Deve ritenersi, perciò, che il commissario giudiziale non abbia facoltà di rappresentare, al giudice, come ai creditori e al debitore, il mero esito della propria analisi, quasi si trattasse di insindacabili arbitraggi sul valore di merci o derrate, bensì sia tenuto a darne illustrazione, in modo che possa valutarsi l'attendibilità delle sue indicazioni mediante l'analisi delle singole attività e verifiche che l'hanno condotto a formularle.

Un esempio semplice, quanto ricorrente, dell'importanza di un'adeguata relazione sulle attività effettivamente svolta dal commissario giudiziale è costituito dalla valutazione delle proprietà immobiliari: che è davvero di poca utilità per i creditori, se nasconde loro che il commissario giudiziale ha ommesso di accertare che ne sia stata appurata la regolarità edilizio-urbanistica; oppure se convalida la previsione che dalla vendita dell'immobile possa ritrarsi un determinato ricavo senza accertare se le indicazioni del piano concordatario abbiano il conforto di un'analisi dei prezzi di vendita di immobili di simili caratteristiche nella zona, o se l'immobile sia stato offerto in vendita già in precedenza, e se i mediatori incaricati abbiano potuto raccogliere offerte prossime o pari al valore di realizzo stimato, ecc.

Più in generale, e più semplicemente ancora, occorre che il commissario giudiziale, dando relazione della propria attività, consenta al giudice e ai creditori di comprendere se egli si è limitato a esprimere, o a fare proprie, delle valutazioni, astrattamente idonee a rappresentare (in modo limitatamente attendibile) il valore dei cespiti attivi e passivi, come se si trattasse di un *goingconcern*, suscettibile all'occorrenza di rettifiche e aggiustamenti in prosieguo di tempo.

Ovvero se abbia attivamente condotto, nel rispetto di criteri appropriati al compito, quel lavoro di penetrante verifica, che, solo, consente di accertare l'attendibilità delle indicazioni del piano concordatario (anche nel caso del cd. concordato in continuità, diretta o indiretta) in rapporto ai risultati concretamente perseguibili nei limiti di tempo propri della gestione o liquidazione concordataria.

3.1. Le funzioni composite del commissario giudiziale

Allorché si menziona, escludendola ovvero giu-

dicandola ammissibile, l'eventualità che il tribunale fallimentare anteponga una propria valutazione della fattibilità del concordato preventivo all'espressione del voto da parte dei creditori, si rischia di oscurare il dato che ben di rado, o mai (particolarmente nei concordati liquidatori), la sfiducia sugli esiti del piano è frutto soltanto di una prognosi caratterizzata da elementi di carattere discrezionale (quale, ad esempio, una stima dei volumi di vendita dei prodotti dell'impresa ammessa al concordato preventivo, che comporti una difficile rilevazione, e comparazione dell'incidenza, dei fattori idonei a influenzarla).

In realtà, è prima di tutto la percezione (spesso così facile da risultare intuitiva) delle carenze, approssimazioni ed errori nella rappresentazione dei dati e nell'indicazione dei criteri adottati, a fare comprendere che il piano concordatario è irrealizzabile, o che la sua realizzazione comporterà esiti sensibilmente diversi da quelli che il debitore ha rappresentato. E gli errori nella rappresentazione dei dati, e nell'adozione dei criteri, non presentano caratteri di controvertibilità analoghi a quelli di una valutazione che il tribunale fallimentare volesse esprimere, sostituendosi ai creditori, sulla maggiore o minore appetibilità degli effetti che la realizzazione del piano concordatario comporterebbe (anche a paragone dell'esito della crisi d'impresa nel fallimento).

Di qui il carattere cruciale della vigilanza del commissario giudiziale, che deve esercitarsi anzitutto allo scopo di verificare se il debitore abbia rispettato l'onere, che l'art. 161 l.fall. pone a suo carico, di presentare «una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria», uno «stato analitico ed estimativo delle attività», e un «elenco dei creditori»: requisiti che non potranno considerarsi osservati (come, errando, si è fatto molto spesso nella prassi) solo perché il piano concordatario sia accompagnato dalla relazione del professionista attestatore: l'attestazione, infatti, è un requisito distinto e ulteriore, la cui ricorrenza non priva di rilievo le manifeste manchevolezze che presentassero gli altri documenti di cui è prescritta la presentazione.

D'altronde, la legge mostra di ammettere (in particolare ove stabilisce che il tribunale fallimentare può concedere al debitore un termine supplementare per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti: art. 162, co. 1, l. fall.) che possano esservi delle manchevolezze o imprecisioni nella domanda di concordato preventivo. Non deve paventarsi, perciò, che le verifiche del commissario giudiziale possano generare l'effetto distortivo di fare giudicare inammissibili anche le domande di concordato preparate con serietà e accuratezza, solo perché vi ricorra qualche minima imperfezione.

Secondo questa ricostruzione, quindi, competerebbe al commissario giudiziale segnalare al tribunale e ai creditori, anzitutto, se la documentazione allegata

alla proposta sia rispettosa delle prescrizioni di legge. Tenendosi presente, a questo riguardo, che quando la legge indica che alla proposta debba accompagnarsi una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale della società non intende certo accontentarsi di un meccanico ribaltamento delle risultanze del c.d. bilancio di verifica, ossia della contabilità aziendale, bensì esige una rielaborazione, che registri gli effetti della crisi dell'impresa e della soggezione dell'imprenditore alla procedura concorsuale.

E, ancora, che quando la legge indica che alla proposta di concordato sia unito uno stato analitico ed estimativo delle attività, intende che il valore delle attività sia stato effettivamente verificato, in una prospettiva di totale o parziale liquidazione, in rapporto ai tempi che occorrono per provvedervi, e alle concrete opportunità di fatto esistenti, e che questa prescrizione non deve intendersi attenuata nel caso della domanda di concordato preventivo in continuità, perché anche in tal caso l'analisi della consistenza delle risorse disponibili esige una verifica rapportata alla durata del piano concordatario, e al cd. fabbisogno concordatario.

Sarebbero dunque le verifiche del commissario giudiziale, se effettivamente ed accuratamente svolte, a porre a disposizione del tribunale fallimentare, sotto l'indicato profilo (carezza della documentazione prescritta a corredo della domanda di concordato, nel senso sopra chiarito) gli elementi che consentirebbero, ricorrendone i presupposti, di accertare l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo senza rischiare di dovere ricorrere a finzioni o forzature, o all'inammissibile contrapposizione di una scienza propria del tribunale fallimentare alle indicazioni provenienti dal debitore, e alle attestazioni e stime che le accompagnino.

La funzione del commissario giudiziale, a questo riguardo, appare caratterizzata, infatti, dalla obiettività dell'apporto di informazioni che egli è tenuto a sottoporre al tribunale fallimentare, alleggerendolo così da compiti di verifica che esigerebbero il possesso di conoscenze specialistiche, e consentendo al tribunale fallimentare di fondarsi su risultati verificabili, e validati dall'impiego di criteri e strumenti insuscettibili di margini di discrezionalità, una volta che la profondità e l'estensione delle verifiche abbiano permesso di estromettere dal piano concordatario e dalla documentazione i dati che non abbiano conseguito validazione, ed espungerne nella massima misura possibile le valutazioni, pur legittimamente appostate nei precedenti bilanci dell'imprenditore, ma inammissibili invece nell'orizzonte limitato e cogente della soluzione concordataria e del valore del suo cd. fabbisogno.

Anzitutto per queste ragioni, ossia per la necessaria correlazione tra le pronunzie del tribunale fallimentare e le informazioni che riceva dal commissario giudiziale, da un lato, e, dall'altro, tra l'attendibilità di tali informazioni e la natura, estensione e contenuto delle

verifiche compiute dal commissario giudiziale, non appare perciò appropriato, a parere della dottrina, (né coerente ai principi ai quali si uniforma oggi il regime del concordato preventivo) che non sia data relazione scritta delle operazioni svolte nell'ambito dell'incarico.

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che: «Il commissario giudiziale, organo cui la legge fallimentare attribuisce funzioni composite di vigilanza, informazione, consulenza ed impulso finalizzate al controllo della regolarità del comportamento del debitore ed alla tutela dell'effettiva informazione dei creditori, non è soggetto all'obbligo di presentazione del rendiconto, sicché non trova applicazione l'art. 39 l. fall. che subordina la liquidazione del suo compenso all'approvazione del rendiconto, atteso che, se pure ai sensi dell'art. 165 l.f. all., al commissario giudiziale si applicano gli artt. 36, 37, 38 e 39 l. fall., il rinvio alle citate disposizioni deve ritenersi effettuato nei limiti in cui esse sono compatibili con le specifiche prerogative dell'organo»²⁴.

Per rendere davvero compatibile con i compiti del commissario giudiziale il richiamo legislativo all'obbligo di rendicontazione, inoltre, sarebbe preferibile chiarire che, proprio a ragione del carattere composito di tali compiti, e della natura della funzione, il commissario non è tenuto a rappresentarne esaustivamente le modalità di esecuzione a consuntivo, al termine dell'incarico, bensì a dare puntuale relazione, ogni volta, delle sole attività di verifica compiute (e che appunto non possano individuarsi e valutarsi se non ne sia data relazione), e prima che il procedimento abbia ulteriore corso, con particolare riguardo agli adempimenti relativi al controllo della idoneità della documentazione allegata alla domanda di concordato preventivo, nel senso qui in precedenza chiarito.

Una volta che questi doveri di rendicontazione fossero stati diligentemente adempiuti, non vi sarebbe alcuna necessità, in effetti, di ulteriori informazioni e la liquidazione del compenso non esigerebbe la presentazione (e tanto meno la approvazione) di alcun rendiconto finale.

Se si ritenesse impossibile, invece, fare derivare dal richiamo dell'obbligo del rendiconto finale del curatore un analogo adempimento per il commissario giudiziale, specificamente con riguardo a ognuna delle attività di verifica condotte a termine, nulla impedirebbe, d'altronde, che fosse il tribunale fallimentare (o forse anche il solo giudice delegato) a prescrivere al commissario giudiziale la precisa rendicontazione delle verifiche che abbia compiuto (dispensandolo poi dal redigere una relazione finale, la cui utilità sarebbe nulla, una volta che le precedenti relazioni abbiano rappresentato adeguatamente il lavoro svolto).

Secondo la dottrina, si dovrebbe anzi auspicare che gli ordini professionali collaborassero con il tribunale

fallimentare nella predisposizione di linee-guida, nelle quali fossero chiaramente individuate (benché senza una pretesa di esaustività che risulterebbe inconciliabile con l'infinita varietà dei casi possibili) sia le singole attività di verifica ritenute imprescindibili nell'ambito dei compiti del commissario giudiziale, sia la metodologia del lavoro, attraverso l'individuazione di requisiti funzionali di validazione dei pareri, sottolineandosi in particolare – per ovviare a uno dei vizi più ricorrenti – l'inaffidabilità di pareri che si fondino su premesse dichiaratamente non verificate (ad esempio: indicazione del valore di un immobile sul presupposto, non verificato, della sua regolarità urbanistico-edilizia) o – per ovviare ad altro comune errore – di valorizzazioni dell'attivo fondate esclusivamente sull'applicazione dei criteri legali di redazione dei bilanci o sui principi contabili, e sulla antecedente evoluzione della registrazione dei cespiti a libro, anziché sull'aggiornata verifica della reperibilità e liquidabilità dei beni in concreto, nel contesto e nei limiti temporali della gestione concordataria²⁵.

²⁴ Cass., 25 ottobre 2017, n. 25330.

²⁵ CATALDO, *Criteri e strumenti di verifica dell'esecuzione dell'incarico del commissario giudiziale nel concordato preventivo*, cit., p. 165 e ss.

L'usura bancaria nell'incessante diatriba tra interpretazione autentica e interpretazione giurisprudenziale

abstract

This work has its starting point in the emergence of the phenomenon of bank usury, the practice of giving money to illegal interest rates that make their repayment very difficult or impossible, and its historical developments, from the distant Middle Ages to the present day, with the law n.108/96 that modified the art. 644 of Criminal Code and introduced a new anti-usury rate calculation system. The comparison with other European laws is of fundamental importance, to grasp the points of union and distance with the Italian legislation. Finally, the analysis focuses on the role of the Bank of Italy that has always fomented the usurious practice, applying costs and commissions aimed at increasing the usurious rate. The Bank of Italy instructions, while addressing the banks actions, don't have the effectiveness of the law, nor can they replace it. The gap between the civil and criminal Court of Cassation regarding usury and usurious costs is constantly increasing and does not seem to reach a desired truce, as evidenced by and numerous are the legitimacy and merit judgments. And, finally, the attention will focus on the two distinct types of usury, original or supervening, distinction based on the time in which the credit relationship unfolds.

keywords

Usury – wucher – 108 of the Law of March 7, 1996 – Jurisprudential cleavage – Time.

abstract

Il presente lavoro ha il suo punto di partenza nella nascita del fenomeno dell'usura bancaria, la pratica consistente nel fornire denaro a tassi di interesse considerati illegali tali da rendere il loro rimborso molto difficile o impossibile, e dei suoi sviluppi storici, dal lontano Medioevo ai giorni nostri, con la legge n.108/96 che ha modificato l'art.644 del codice penale e ha introdotto un nuovo sistema di calcolo del tasso antiusura. Di fondamentale importanza la comparazione con altri ordinamenti europei, per cogliere i punti di unione e di distanza con la normativa italiana. Infine, l'analisi si soffermerà sul ruolo della Banca d'Italia, che da sempre ha fomentato la pratica usuraria, applicando costi e commissioni volte all'aumento del tasso usurario. Le Istruzioni di Banca d'Italia, pur indirizzando l'agire delle banche, non han-

no l'efficacia della legge, nè possono sostituirsi ad essa. Il divario tra Corte di Cassazione civile e penale in materia di usura e costi usurari è in continuo aumento e sembra non raggiungere un'auspicata tregua, come dimostrano le numerose sentenze di legittimità e di merito. E, per concludere, l'attenzione si concentrerà sulle due distinte specie di usura, originaria o sopravvenuta, distinzione fondata sul tempo in cui si snoda il rapporto di credito.

parole chiave

Usura – Wucher – Legge 7 marzo 1996, n.108 – Cleavage giurisprudenziale – Tempo.

sommario

1. Il *mare magnum* dell'usura. Dal Medioevo ai giorni nostri. – **2.** Il falso mito dell'efficacia vincolante delle Istruzioni di Banca d'Italia alla luce del *cleavage* fra giurisprudenza civile e penale della Cassazione. – **3.** Un rapido check in chiave comparatistica. – **4.** Un problema di diritto intertemporale: usura *ab origine* ed usura sopravvenuta.

1. Il *mare magnum* dell'usura. Dal Medioevo ai giorni nostri

Se il sommo Aristotele, considerando la moneta come un semplice mezzo di scambio, riteneva ingiustificato il prestito ad interesse, diversamente, presso i romani, il termine usura non implicava una disapprovazione morale e veniva impiegato anche per indicare quei prestiti che non comportavano necessariamente ulteriori interessi¹. Ma ancor prima dell'epoca greco romana si fa risalire la comparsa dell'usura, precisamente nel lontano Medioevo, epoca in cui il fenomeno viene considerato come uno dei problemi più grandi di tutto il XIII secolo². Dopo l'anno 476 d.C., che segna la definitiva caduta dell'Impero Romano d'Occidente, con il rifiorire dei commerci e con la diffusione dell'economia monetaria, i Sommi ecclesiastici furono investiti del problema di punire la diffusa pratica del prestito usurario che, richiamato negli *exempla*, trovava un rigido divieto che si estendeva ad a ogni

¹ M.G. MARA, Voce "Usura", in *Dizionario patristico e di Antichità cristiane*, Ed. Marietti, Casale Monferrato 1983-1989.

² J. LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, Bari, 2003.

forma di prestito di denaro, anche di quello produttivo del più tenue interesse³. Infatti, nei racconti medioevali dei religiosi predicatori si compiva l'opera di cristianizzazione e di lotta contro l'eresia e le frodi. Non ci si deve dunque stupire se, negli *exempla*, l'usuraio veniva descritto come il peccatore per eccellenza, spesso raffigurato da un uomo con una borsa, né bisogna indagare sulle motivazioni sottese al giudizio negativo del fenomeno usurario da parte dell'Autorità ecclesiastica, in virtù dell'elevazione della Chiesa a paladina esemplare dell'invulnerabilità della moralità medioevale, spesso responsabile nell'adoperare pressioni psicologiche coercitive nei riguardi delle vittime di usura. Nel cristianesimo medioevale, per usura si intendeva qualsiasi pagamento dovuto per un prestito di denaro, considerato proibito e dannoso, come testimonia un passo del Vangelo di Luca (6,34s.)⁴. L'unica forma di ricchezza moralmente ammessa era quella che Aristotele, nell'Etica Nicomachea, riteneva tale se derivante dal solo lavoro umano o dall'intelletto, in quanto *nummus nummum parere non potest*, che vale a dire che il denaro non può generare denaro e, dunque, la ricchezza che si genera da sola è la più estranea alla sua natura⁵. Questo atteggiamento di forte condanna da parte della Chiesa ingenerava un profondo senso di colpevolezza negli stessi prestatori di denaro, indotti così, sul finire del proprio cammino terreno, a destinare le ricchezze accumulate in favore delle istituzioni pie onde finanziare la costruzione di opere e monumenti sacri, e buona parte dei lasciti in favore degli stessi laici⁶, nella speranza di trovare una giusta espiazione dei loro peccati nella vita ultraterrena. La valutazione di disvalore operata dalla Chiesa trovava conforto anche nell'esegesi delle Sacre Scritture⁷, ove l'usura era definita, sul piano sociale, come un male grave per l'ordine temporale oltre che per la salute eterna. V'è da aggiungere, inoltre, che l'interpretazione clericale trovava la sua ratio nella circostanza che, in epoca medioevale, il denaro era una risorsa non facilmente reperibile, sicché la popolazione, in questo stato generalizzato di scarsità, ricorreva al mutuo quale mezzo di sostentamento transitorio anche solo per necessità di soddisfare bisogni primari ed essenziali di consumo⁸. Durante tutto il Medioevo si assiste ad un tentativo incessante di arginazione del delitto d'usura, da parte della Chie-

sa, che assumendo un atteggiamento repressivo del fenomeno, si sforzava nel regolamentarlo in maniera consona alla morale cristiana. Ma naturalmente, le esigenze connesse ai commerci e al fiorire della produzione, portavano a rendere tale pratica come necessaria, per la stessa sopravvivenza umana, e dunque, condannare l'interesse usurario equivaleva a relegarlo nella più oscura clandestinità, come dimostrato dai numerosi ed ingegnosi artifici che i mercanti dell'epoca adoperavano per mascherare tale pratica. Non ci si deve stupire se, nel Basso Medioevo, in seno alla stessa Chiesa, si radicavano due correnti di pensiero nettamente contrapposte che guardavano al fenomeno usurario con una diversa sensibilità. Ed invero, coloro che sposavano l'idea clericale di un'affermazione temporale del potere della Chiesa – (tra costoro, Pietro Comestore, Graziano) – tendevano ad affermarne la liceità, anche se limitatamente ad una ristretta categoria formata dagli stranieri, dagli infedeli, dai nemici di guerra e della Chiesa romana in generale, richiamandosi al Vecchio Testamento⁹ che aveva consentito agli ebrei di praticare l'usura al sol fine di evitare che tra gli stessi venisse diffusa. Diversamente, sul versante opposto, c'era chi aveva una visione etica del mondo e dello stesso fenomeno – (si pensi a Tommaso d'Aquino, Guglielmo di Auxerre, Anselmo d'Aosta, Alberto Magno, Guglielmo Durand) – e dunque condannava qualunque forma d'usura, la quale veniva considerata alla stregua di "furto" o di "eresia", e dunque, proibita anche agli stessi ebrei. Questo atteggiamento di condanna verso qualsiasi manifestazione usuraria trovava nel pensiero del teologo Guglielmo di Auxerre¹⁰ la più alta forma di

³ J. LE GOFF, *La nascita del Purgatorio*, Torino, 1982.

⁴ Cfr. Vangelo di Luca (6,35), che recita "mutuum date nihil inde sperantes" ("prestate denaro senza sperare in nulla").

⁵ Così ne parla S. TOMMASO D'AQUINO, *Commento all'etica nicomachea di Aristotele*, Vol.2, a cura di L. PERROTTO, ed. Studio Domenicano, Bologna, 1996, 440.

⁶ B.N. NELSON, *Usura e cristianesimo*, Firenze, 1967.

⁷ Si richiama un emblematico passo del Vangelo di Luca (6,35), che recita "mutuum date nihil inde sperantes" ("prestate denaro senza sperare in nulla").

⁸ In questo senso, ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in Commentario Scialoja-Branca al Codice Civile, *Libro IV: Delle Obbligazioni*, Art. 1277-1284, Bologna, 1959, 577.

⁹ Il prestito ad interessi è trattato addirittura nei libri dell'Antico Testamento: la tradizionale impostazione contraria ad ogni tipo di usura (nel senso di beneficio di poter ottenere gli interessi sulle somme date a mutuo) della tradizione ebraica e cristiana trae ispirazione dal libro dell'Esodo, ove si legge che "se tu presti denaro a qualcuno del mio popolo, all'indigente che sta con te, non ti comporterai con lui da usurario, voi non dovete imporgli alcun interesse" (Ex., XXII, 24-26); analogamente, nel libro del Deuteronomio (Deut., XXIII, 2-21), nel quale si conferma il divieto del prestito ad interessi (cfr., per un'analisi più approfondita, SANTARELLI, *Sei lezioni sull'usura*, Pisa, 1995, 13 e ss.). Come efficacemente sintetizzato da BULGARIELLO, *L'usura, un fatto che si perde nella notte dei tempi*, in *Mondo Bancario*, 2003, 3, 45, la tematica degli interessi usurari ha radici antichissime: per una ricostruzione analitica della storia dell'istituto si vedano, ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, cit., 575; INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, 509 e ss.; DAGNA, *Profili civilistici dell'usura*, Padova, 2008, 1-43; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 33; ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 181; TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 465; GALLO, *L'usura nell'evoluzione dei tempi fino agli ultimi provvedimenti normativi*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 3, 298; FERRARI, *L'usura nel diritto, nella storia e nell'arte*, Napoli, 1924.

¹⁰ Sul pensiero di Guglielmo di Auxerre, si veda BAZZICHI, *Dall'usura al giusto profitto: L'etica economica della scuola francescana*, Torino, 2008, 34; GALAVOTTI, *Cristianesimo medioevale*, Roma, 2013, 301; BARILE, *Credito, usura, prestito a interesse*, in *Rivista Reti Medievali*, XI, Firenze, 2010.

espressione. Nella diffusione dell'idea di proibizione assoluta dell'usura, ne diffondeva la sua natura di peccato in se, insuscettibile di una valida giustificazione, diversamente dall'omicidio. Successivamente, la differenza tra prestiti usurari finalizzati alla produzione e prestiti invece finalizzati al consumo diventò più netta. Ed infatti, mentre lecito era considerato l'interesse in quei prestiti accordati ad operatori economici, mercanti ed imprenditori, di opposta fama godeva il compenso pagato per i prestiti al consumo, a cui facevan ricorso le classi meno agiate per procurarsi i beni di prima necessità; ciò nonostante tale ultima forma di usura continuava ad essere duramente condannata¹¹, e si accompagnava all'infrazione di sanzioni spirituali comminate dalla Chiesa quali l'esclusione dalla comunione e dalla sepoltura secondo il rito cristiano¹². In questo mercato finanziario, celato da tutte le più autorevoli istituzioni del tempo, si compivano gli abusi più odiosi. Un bagliore di luce per la triste sorte dei miserabili costretti a soffocare nel vortiginoso mercato usurario, fu apportato dai Monti di Pietà, che nella seconda metà del XV secolo, furono istituiti grazie all'iniziativa di alcuni frati, quali Bernardino da Siena (1380-1444) e Bernardino da Feltre (1439-1494), allo scopo di erogare piccoli prestiti a condizioni più favorevoli rispetto a quelle che avrebbero trovato sul mercato, che si specializzarono nel prestito su pegno per i bisognosi. Ed infatti i clienti, a garanzia del prestito, dovevano presentare un pegno di valore pari ad almeno un terzo in più della somma che si voleva fosse concessa in prestito¹³. Alle dispute fra sostenitori e detrattori dei Monti di Pietà, diversi reggenti la corona papale cercarono di porre rimedio, prima con la bolla *Inter multiplices* ad opera di Papa Leone X (1515) che ammise l'applicazione di un'aliquota *ultra sortem* nei limiti delle spese necessarie per la gestione del Monte, poi con l'enciclica di Papa Benedetto XIV, la *Vix pervenit* (1745), volta a legittimare la liceità della diffusa pratica di richiedere un *quid pluris* rispetto al capitale prestato. Tali pronunciamenti ufficiali della Chiesa, progressivamente contribuirono a stemperare gli estremismi, mentre, v'era chi, tra i filosofi e giuristi dell'epoca, addirittura si batteva per la difesa della pratica usuaria, un tal Jeremy Bentham¹⁴, autore di uno scan-

daloso pamphlet che nel 1787 si ergeva ad assalto ideologico alla consolidata concezione giudaico cristiana del credito gratuito, mirando a smantellare il noto brocardo evangelico "*mutuum date, nihil inde sperantes*". L'anticonformista Bentham, in aperto contrasto ai principi ispiratori dell'ordinamento di common law, diventava così il precursore del principio della libertà di fissare il tasso d'interesse ai fini della libertà d'impresa, di cui Adam Smith ne diventerà erede. Con il mutar delle esigenze finanziarie connesse allo sviluppo delle condizioni e dell'organizzazione del libero mercato del credito, fortemente avvertita prima nei Paesi Bassi e nell'Inghilterra, poi in Italia, che nei secoli XIII e XIV si affermò una tendenza al ribasso degli interessi, con cadute sino all'8%. In questi secoli e per tutto il Settecento l'usura assume fattezze diverse, l'accezione negativa del termine cede il posto ad una connotazione che rimanda ad una pratica quasi consentita, asseverata, caratterizzata dall'erogazione di prestiti a interessi molto bassi, in linea con le esigenze di mercato della Rivoluzione Industriale. Solo negli ultimi due secoli, si è assistito ad un decisivo cambio di rotta nell'etimologia del termine, che rimanda tutt'ora ad una prassi illegale, oltre che odiosa e riprovevole, ramificata nei più disparati e insospettabili meandri della società ed in relazione alla quale gli ordinamenti dei diversi paesi dedicano un'attenzione non sempre univoca. Volgendo lo sguardo all'origine etimologica del termine, si scopre che è di derivazione latina l'*usus* ovvero l'utile riconosciuto al creditore come corrispettivo, premio, per il denaro erogato in prestito¹⁵. A documentare l'esistenza del fenomeno è il Vecchio Testamento, prima fonte documentale nella storia, che guarda con *favor* la sola usura praticata dai membri della comunità ebraica nei riguardi degli stranieri e degli infedeli. Invece, è in epoca romana, con la concessione in uso di derrate alimentari, che l'*usus* sui prestiti di derrate alimentari diventa largamente diffuso,

uomo adulto e sano di mente, che agisca liberamente e con gli occhi ben aperti, dovrebbe essere ostacolato, con riguardo al suo vantaggio, dal compiere le transazioni che ritenga opportune per ottenere denaro: né ... chiunque altro dovrebbe essere impedito dal fornirglielo nei termini a cui egli ritenga opportuno acconsentire...». Con queste parole Bentham afferma che il limite legale è privo di giustificazione, come lo sarebbe imporre per legge un prezzo massimo nella compravendita dei cavalli. Limite che, fra l'altro, non è uno strumento adeguato né per evitare lo sperpero del denaro da parte dei prodighi e degli oziosi né per evitare i deleteri fenomeni di strozzinaggio.

¹⁵ Sul punto, degno di menzione CERVENCA, voce *Usura*, a) *Diritto romano*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 1125. Infatti, nel diritto romano, il contratto di mutuo era considerato, per sua natura, gratuito, per cui eventuali interessi avrebbero dovuto essere oggetto di un contratto o pattuizione espressa e separata (*stipulatio usurarum*) rispetto a quella di mutuo. Tale contratto conferiva alle parti il potere di un'autonoma azione per il conseguimento degli interessi (*actio ex stipulato*). Per un approfondimento sul mutuo nel diritto romano, v., BURDESE, *Istituzioni di diritto privato romano*, Padova, 2004, 426 ss.

¹¹ AMMIRATI, *Il delitto di usura: credito e sistema bancario*, Padova, 1997.

¹² MESSA, *Del contratto di mutuo in Enc. Giur. it.*, Milano, 1900; BOARI, voce *Usura (diritto intermedio)*, in *ED*, XLV, Milano, 1992, 1135; BUTERA, *Usura (diritto romano e diritto canonico)*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1940, XII, parte 2a, 801.

¹³ SINATTI D'AMICO, *I Monti di Pietà e la povertà operosa*, in AA.VV., S. Giacomo della Marca nell'Europa del '400, Atti del Convegno storico internazionale, (Monteprandone, 7-10 settembre 1994) a cura di Silvano Brazzi, Centro Studi Antoniani, Padova, 1997, 91 ss.

¹⁴ Sulla illegittimità di fissare un tasso d'interesse e sulla liceità della pratica usuraria, v., BENTHAM, *Difesa dell'usura*, a cura di N. Buccilli e M. Guidi, Macerata, 1996 ove si legge «nessun

com'è prassi in quelle società caratterizzate da economie prevalentemente rurali. Infatti, in età romana, viene introdotto il rimedio del *fenus unciarum*¹⁶ ovvero il primo limite di cui si ha notizia nei tempi più remoti, risalente alle XXII Tavole ma che, aldilà dell'esatta origine, tutt'ora dibattuta, traeva origine etimologica dall'*uncia* ovvero la dodicesima parte del capitale. L'*uncia* quale interesse, seppur elevato, trovava la sua *ratio* in un'economia rurale non ancora dotata di una moneta, in cui i prestiti erano a breve scadenza e costituiti per lo più da derrate alimentari e semento. Nell'impostazione romanistica, attraverso il rimedio del *fenus unciarum*, già ci si preoccupava di porre un freno al fenomeno della potenziale vessazione del mutuatario da parte del mutuante, posto in posizione sovraordinata. Ed invero, il contratto di mutuo era considerato naturalmente gratuito ed obbligava il mutuatario alla restituzione del "*tandundem esiusdem naturae et qualitatis*", ma le parti potevano prevedere convenzionalmente la corresponsione degli interessi. In poche parole, non sorgeva alcun obbligo di corresponsione di interessi in automatico, *a latere* del contratto di mutuo, in quanto esso doveva scaturire da un'apposita pattuizione *ad hoc* tra mutuante e mutuatario, assunta nella solenne e rigorosa forma di *stipulatio*, la "*stipulatio usurarum*"¹⁷. Mentre, sotto l'Impero di Costantino si giunge finalmente ad una prima regolamentazione della pratica usuraria, atta a fissare il livello dell'interesse da percepire, a seconda della natura sia del mutuo, sia del mutuatario, sia del mutuante, si deve attendere l'era di Giustiniano¹⁸ per la conquista nel processo storico di evoluzione dell'usura ovvero che la necessaria previsione del diritto a percepire interessi deve trovare una compiuta consacrazione in una specifica pattuizione scritta. Lo stesso Giustiniano acuì il divieto di usura, stabilendo che gli interessi non potevano superare l'ammontare erogato a titolo di capitale e, a maggior tutela dei debitori sovvenuti, fu intro-

dotto il divieto di "*usurae usurarum*", ovvero una previsione analoga all'odierno divieto di anatocismo di cui all'art. 1283 c.c.¹⁹. Si noti dunque come l'attenzione che la società romana dedica al fenomeno usurario investe il duplice profilo soggettivo del rapporto contrattuale: non solo il contraente debole ovvero il mutuatario viene in considerazione ai fini della tutela dal fenomeno ma anche lo stesso creditore usurario, esposto al frequente rischio di vedersi condannato al pagamento di esose pene pecuniarie. Queste, solo sotto l'Impero di Diocleziano rivestiranno quella *facie* di vera e propria sanzione penale, consistente in una, oserci dire, ingenua inflizione d'infamia, lontanissima dalla moderna repressione del reato. Con il Cristianesimo il termine *usurae* assume un'accezione negativa ed il prestito ad interesse viene vietato dalla Chiesa, anche se tale divieto non fu applicato in modo efficace dalle autorità civili. Tuttavia, solo con il radicarsi delle teorie liberiste in Europa che si perviene ad un definitivo superamento del divieto usurario. Dopo la redazione del *Corpus Iuris Civili* di Giustiniano, per mille e duecento anni, il campo del diritto civile è stato oggetto di una serie di leggi promulgate in tempi diversi e in risposta a situazioni diverse. Con l'influenza francese del Code Napoleonico tutta l'Europa continentale iniziò ad avvertire la necessità di dotarsi di un corpo normativo organicamente strutturato. In Italia anche in campo canonico si sentiva la necessità di dare una interpretazione retta e uniforme della normativa ecclesiastica. Infatti, si deve all'opera congiunta dei pontefici Pio X e Benedetto XV la stesura e promulgazione, nel 1917, del *Codex Iuris Canonici*, meglio noto come Codice Pio-Benedettino, nel quale l'usura viene degradata a mera richiesta di *lucrum immoderatum*. Sotto l'influenza della filosofia liberista, in Italia, il codice penale Zanardelli del 1889, opera per la prima volta una depenalizzazione del reato di usura, diversamente da quanto farà in prosieguo il codice civile del 1865, che si limitava, invece, a statuire l'obbligo della forma scritta per gli interessi eccedenti la misura legale. Successivamente, con il tramonto delle teorie liberiste, viene inserito nel codice penale Rocco del 1930 il reato di usura, segno indiscutibile di una rinnovata volontà di reprimere il fenomeno. Venendo, infatti, all'Italia e volgendo lo sguardo ai tempi nostri, ancor prima della normativa antiusura introdotta dalla Legge del 07.03.1996, n. 108, il nostro Legislatore ha avvertito l'esigenza, seppur timida, di disciplinare il fenomeno dell'usura bancaria, limitatamente alla fatti-

¹⁶ Cfr. TACITO, *Annali*, 7, 16, 2 ove il *fenus unciarum* viene fatto risalire alle XII Tavole, mentre per Tito Livio esso ha origine da un plebiscito del 357 a. C. promosso dai tribuni M. Duilio e L. Menenio, al quale avrebbe fatto seguito una riduzione dei tassi nel 347 a. C. e la loro abolizione con la *lex Genucia*.

¹⁷ Dal punto di vista meramente processuale, il mutuante che volesse agire in giudizio nei confronti del mutuatario inadempiente doveva esperire due distinte azioni, l'una volta ad ottenere la restituzione del capitale mutuato e l'altra diretta al conseguimento delle *usurae* convenzionalmente pattuite: a tal uopo, cfr., ARANGIURI, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, 304 e ss; DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, Roma, 1968, 409.

¹⁸ In dottrina, CERVENCA, voce *Usura (dir. rom.)*, cit., 1128, DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*, cit., 409, si è però sottolineato come alcune tipologie di contratto sfuggivano, per la loro particolare natura, ad un'imposizione legislativa del tasso massimo degli interessi: si tratta, in particolare, dei prestiti marittimi (*fenus nauticum*), nei quali l'elevato grado di rischio che incombeva sul creditore che aveva investito il proprio denaro giustificava una variazione, anche sensibile, in aumento del saggio di interesse applicato.

¹⁹ Per un'analisi più compiuta, si rimanda al *Corpus Iuris Civilis* giustiniano che prevedeva, una deroga in aumento per quanto concerne i negozianti e i commercianti, cui poteva essere richiesto il pagamento di un tasso di interesse più elevato (sino ad otto punti percentuali); per i personaggi illustri, invece, veniva disposta una diminuzione del tasso di legge, potendo gli stessi essere chiamati a versare, al massimo, un saggio di interesse di quattro punti percentuali.

specie penale. Alfredo Rocco, Guardasigilli in carica, negli anni dal 1925 al 1930, lavorò al progetto del nuovo codice penale, insieme a Vincenzo Manzini ma i due fautori non mostrarono una omogeneità di vedute in quanto secondo Rocco l'usura rappresentava un illecito punibile anche nei casi più lievi, diversamente dal Manzini che ricollegava la punibilità del reato ai soli casi di strozzinaggio. Ed infatti, la connotazione che Rocco diede alla fattispecie, ha molto dell'attuale; basti pensare alla disposizione dell'art. 643 c.p., relativamente alla circonvensione di persone incapaci²⁰, per cogliere il punto di congiunzione con la nozione di usura di derivazione del Guardasigilli, che la definisce come *“una forma di circonvensione, in fondo: si circuisce la libertà di contrattazione che diventa viziata da questa forma di frode...”*²¹. Nello stesso Progetto di riforma del Codice penale, tutti gli addetti ai lavori sembrarono avallare una nozione di usura che rimanda ai fenomeni di abuso della debolezza dei miserabili, dell'inesperienza dei minori e dell'induzione dei più deboli a coltivare i più meschini vizi. Non c'è dunque da stupirsi se dietro le diverse ramificazioni dell'usura si celarono spesso delle vere e proprie organizzazioni economiche - criminali, non molto lontane dalle attuali organizzazioni di stampo mafioso o camorristico. Si fece strada, così, l'idea che il fenomeno usurario conducesse ad un inevitabile parassitismo sociale, potenzialmente e concretamente dannoso per l'economia nazionale, e dunque, da estirpare alla radice. Ad Alfredo Rocco si deve la certezza della punibilità del reato, che non doveva necessariamente connotarsi per il carattere dell'abitudine in quanto la tutela penale della vittima doveva essere assicurata anche se il colpevole non era un usuraio abituale ma solo occasionale, diversamente dal Manzini e altri commissari che sposarono una diversa accezione del termine. A breve distanza dall'unificazione d'Italia, il nuovo Codice Penale, che finalmente vide la luce nel 1930, segnava il ritorno del delitto di usura nell'ordinamento penale italiano e precisamente, nel titolo XIII, libro II, fra i delitti contro il patrimonio, al Capo II, intitolato *“Dei delitti contro il patrimonio mediante frode”*. Il delitto di usura è tutt'ora previsto e regolamentato all'art. 644 c.p. che, sulle orme della tradizione francese²² diventa un concreto strumento per ristabilire l'ordine pubblico economico, con finalità correttiva degli abusi del mercato del credito. Tra questi, si pensi al fenomeno diffuso dello strozzinaggio o *shadow banking*, dilagante a quel tempo. In quegli anni, infatti, l'orientamento

giurisprudenziale diffuso mirava a sancire l'illiceità dei finanziamenti viziati da interessi smisurati al punto tale da indurre i mutuatari a dover ricorrere al prestito usurario perché spinti da un profondo stato di bisogno o dall'esigenza di tutelare il proprio onore, dunque, in uno stato di volontà connotato da una non completa lucidità²³. Una efficienza, però, quella della norma originaria, tanto modesta quanto nebulosa, stante l'assenza di una definizione di interesse usurario atto ad orientare i magistrati investiti della questione, che, finivano per perseguire solo quelle fattispecie *“la cui usurarietà è talmente manifesta da risultare ...quasi scandalosa”*²⁴. E dunque, l'affidare l'arduo fardello di giudicare l'usurarietà di determinati comportamenti non era cosa semplice, specialmente se il giudizio si fondava sull'intrinseca scandalosità o meno della fattispecie, cioè sulla percezione che un giudice ha dello *“scandalo”*. Insomma, un panorama legislativo nel quale il libero arbitrio e l'indeterminatezza su cosa è giusto o cosa è sbagliato, regnano in totale spregio ai principi di certezza e punibilità del reato. Sebbene in quegli anni la locuzione utilizzata per individuare il reato di usura fosse quella di *“interessi o altri vantaggi usurari”*, il problema principale restava l'assenza di un criterio atto a stabilire l'alta misura di interessi che, in relazione alle molteplici circostanze di rischio, tempo, luogo e persone, non poteva essere oggettivizzato e veniva soffocato dalle soggettivistiche interpretazioni del fenomeno. Infatti, solo i magistrati potevano stabilire i limiti di liceità degli interessi e quando gli stessi si tramutavano in una locupletazione illegittima. Parimenti, sul versante civilistico, la tutela dagli abusi del mercato creditizio non sortiva effetti auspicati in quanto il R.D. 02.04.1865, n. 2358, all'art. 1831, conferendo alle parti che contraevano un contratto di mutuo piena libertà di pattuire interessi, purché con-

²⁰ Verbale n. 57 della Commissione ministeriale per il progetto del Codice Penale.

²¹ V. Relazione del Presidente delle Commissioni ministeriale per il progetto del Codice Penale, 550.

²² Vedasi ATTUEL - MENDES, ASHTA, *La législation française en matière d'usure et le développement de l'accès au crédit des microentreprises*, al sito <https://hal.archives-ouvertes.fr>, 5 ss. sulla comparsa di un tasso soglia risalente già dai primi dell'Ottocento.

²³ In relazione al rimedio della nullità parziale per illiceità della causa, si veda Tribunale di Napoli, sentenza del 21.06.1907 e del 31.12.1908, citate in DEGNI, *La repressione dell'usura e gli artt. 1830, 1831 cod.civ.it.*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, II, 954 ss. Trib. Napoli, 9 settembre 1910, in *Riv.dir. comm.*, 1911, II, 79, con nota di DEGNI, *Ancora sulla repressione dell'usura*; App. Napoli, 15 giugno 1917, in *Riv. dir.comm.*, 1918, II, 634. Secondo l'impostazione argomentativa di tali pronunce la pattuizione degli interessi in misura superiore al tasso legale è da ritenersi fondata su causa illecita in quanto contraria al buon costume. Verso la differente soluzione dell'annullabilità della clausola per vizio della volontà delle parti contraenti si è espresso, invece, Trib. Napoli, 31 dicembre 1908, in *Riv. crit. dir. e giur.*, 1909, 2, 55, il quale fondava la propria decisione sul fatto che la pattuizione di interessi in misura ultralegale traeva origine nello stato di bisogno del sovvvenuto. La Corte di Cassazione, tuttavia, esclude la possibilità di configurare l'illiceità della clausola per violenza ove il creditore mutuante, approfittando dello stato di bisogno del debitore, gli avesse imposto interessi usurari (cfr. Cass., 24 giugno 1924, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 332-342; Cass., Sez. Un., 3 luglio 1926, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 342, con nota di DEGNI, *Ancora sulla repressione dell'usura nel diritto privato*.

²⁴ MANNA, *La nuova legge sull'usura. Un modello di tecniche “incrociate” di tutela*, Torino, 1997, 26.

sacrati nella forma scritta richiesta *ad substantiam*, non le tutelava in maniera completa ed efficace dagli abusi degli istituti di credito. Ed infatti, negli anni che corrono dal 1930 al 1942, in difetto di un' autonoma disciplina civilistica del fenomeno, in tutte le ipotesi di anomalia usuraria dei contratti di credito, le pronunce dei magistrati investiti della valutazione dell'alta misura degli interessi, propendevano per la nullità dell'intero contratto per causa illecita ovvero per la previsione di un tasso ultralegale all'interno di un'espressa previsione, lesivo di una norma penale, con la conseguenza che alcun interesse doveva ritenersi dovuto. Appare dunque evidente come l'introduzione della normativa penale, abbia risolto solo temporaneamente i problemi interpretativi in ordine ai possibili rimedi e sanzioni di natura civilistica applicabili, qualora un contratto di mutuo preveda la corresponsione di interessi in misura superiore al saggio legale. Invero, gli Autori dell'attuale codice penale erano consapevoli dello scopo che il Legislatore aveva assegnato all'art. 644 c.p., ovvero di tutelare l'interesse pubblico ed evitare il dilagare del fenomeno usurario, stabilendone una volta per tutte il disvalore sociale e la contrarietà ai principi fondamentali dello Stato. Ne derivava che ogni pattuizione di interessi in misura usuraria doveva essere considerata nulla, in quanto fondata su causa illecita, che, a sua volta, si poneva in violazione e in contrasto con il disposto della norma – imperativa –, di cui all'art. 644 c.p.²⁵ Si immagina, dunque, come in quegli anni, incessante sia stata la proliferazione di pronunce di nullità di contratti di mutuo bancario per la pattuizione di interessi *contra legem*, che liberavano i mutuatari dall'onere di corrispondere gli interessi tutti, non solo quelli usurari. Questa situazione, oserei dire “idilliaca”, se raffrontata con quella attuale, ha subito un decisivo colpo d'arresto nel 1942, quando è entrato in vigore il tuttora vigente codice civile, approvato con R.D. del 16.03.1942, n. 262, nel quale, alla repressione del fenomeno usurario concorrono sia l'art. 1815, comma 2 c.c., sia l'art. 1448 c.c., che, nell'intenzione

originaria del legislatore, doveva fungere da corrispondente civilistico del reato di usura. Infatti, come nella norma penale, anche in quest'ultima, la rescindibilità del contratto di mutuo in ipotesi di eccessiva sproporzione della prestazione del mutuante rispetto a quella della banca mutuataria, dipendeva da uno stato di bisogno di uno dei due contraenti, al quale corrispondeva un'approfittamento da parte dell'altro. Ma la giurisprudenza di legittimità, sembrava orientata nel senso di ritenere illecito solo quel contratto di mutuo nel quale, oltre alla pattuizione di interessi smisurati, si accompagnasse anche l'elemento soggettivo e, dunque, lo “stato di bisogno” del debitore e l'“approfittamento” da parte del creditore. In sintesi, non bastava la semplice previsione contrattuale di interessi ultralegali ai fini della configurazione della fattispecie usuraria. Per una corretta individuazione del reato di usura, ai sensi dell'art. 644 c.p., dovevano sussistere anche tutti gli altri elementi previsti nella norma penale ovvero, un vantaggio usurario conseguito o conseguibile, uno stato di bisogno del mutuatario e un'approfittamento del mutuante. Non c'è dunque da stupirsi se l'attenzione al fenomeno usurario abbia creato non pochi problemi, dipesi per lo più da una difficoltà oggettiva di dimostrare, nel caso concreto, gli elementi soggettivi della norma penale, specialmente se si considera il rimedio che i giudici ricollegavano a tale fattispecie, sul terreno civilistico, ovvero la nullità *sic et simpliciter* del contratto, trascurando il contenuto dell'art. 1448 c.c. Nello specifico, le difficoltà di conciliare la disciplina civilistica con quella penalistica del fenomeno dipendeva sostanzialmente dalla circostanza che ad essere tutelato era solo ed esclusivamente il debitore versante in stato di bisogno e non anche l'imprenditore vittima di usura nel tentativo di sopperire alle incombenti esigenze aziendali, degno di eguale tutela. Fortunatamente, la lacunosa disciplina del fenomeno è stata, con Legge del 07.08.1992 n.356, colmata, prova ne è il comma *bis* dell'art. 644 c.p., ora trasfuso nel comma n.4, che ha sostituito allo “stato di bisogno” del debitore, il presupposto più ampio delle “condizioni di difficoltà economica o finanziaria dell'imprenditore”, al precipuo scopo di estendere l'alea della tutela anche ad altri potenziali destinatari, frequentemente esposti al fenomeno. Mentre, sul piano degli altri requisiti connotanti il reato di usura, nulla è cambiato rispetto alla formulazione precedente della norma, così come immutati, i problemi legati all'assenza, nel nostro ordinamento, di un tasso predefinito dal legislatore, atto ad assurgere a parametro di riferimento per valutare l'usurarietà degli interessi. Ma ancor prima del 1996, un timido passo verso una regolamentazione del fenomeno, veniva attuata con la Legge n. 385 del 1992, che aveva introdotto un nuovo art. 644-*bis* c.p. recante una nuova fattispecie di usura, c.d. *impropria*. Purtroppo, nonostante tale intervento, non si assisteva ad un incisivo presa di posizione da

²⁵ A tal proposito, giova richiamare la dottrina consolidatasi in materia; si vedano MESSINA, *Usura e negozio usurario*, in *Scritti giuridici*, Milano, V, 148; CORDOVA, voce *Usura (Diritto moderno)*, in *Dig. it.*, 1940, 804; CORTESANI, *L'usura come illecito civile e come illecito penale*, cit.; DE CUPIS, *La distinzione tra usura e lesione nel codice vigente*, in *Dir. fall.*, 1946, I, 78; DEgni, *Riflessi civilistici del nuovo codice penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 11, ove l'Autore lapidariamente conclude che “*se l'usura costituisce un illecito penale, non può non costituire illecito civile*”. In dottrina vi era anche chi sosteneva che la pattuizione usuraria degli interessi fosse illegittima nel suo oggetto, in quanto tale elemento essenziale del contratto risultava viziato per contrasto con l'art. 644 c.p.: in questi termini si è espresso MONTEL, *La rescissione del contratto, nota a Trib. Milano, 12 febbraio 1937*, in *Foro it.*, 1937, I, 560. In giurisprudenza, si veda Cass. Regno, 5 maggio 1937, n. 1409, in *Rep. Foro it.*, 937, voce *Interessi*, n. 13; Cass., 15 maggio 1940, in *Foro it.*, 1941, I, 475. Per un ulteriore approfondimento sul punto, si veda MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.*, 1999, 414.

parte dell'autorità giudiziaria, come la dottrina non mancava d'evidenziare che *“le statistiche giudiziarie non contengono cifre particolarmente significative sulla repressione dell'usura”*²⁶. Il punto debole di questo delicato e indefinito impianto normativo era la difficoltà di dimostrare concretamente la sussistenza dei requisiti soggettivi del reato, ovvero lo stato di bisogno e il conseguente consapevole approfittamento da parte dell'usuraio. Non v'è dubbio che da un'esigenza, fortemente sentita, *in primis*, dagli stessi addetti ai lavori, e largamente diffusa, anche dagli stessi soggetti coinvolti, che il legislatore ha ritenuto giusto dover intervenire, onde consentire ai magistrati investiti della questione, di dotarsi di uno strumento adeguato a valutare l'illiceità dell'alta misura degli interessi. Con la legge n. 108 del 7 marzo 1996, recante *“Disposizioni in materia di usura”*²⁷, il legislatore ha modificato il disposto dell'art. 644 c.p. in quanto il criterio oggettivo di accertamento dell'usurarietà del tasso d'interesse convenzionalmente pattuito dai contraenti viene individuato secondo una modalità algebrica astratta che qualifica come usurari gli interessi pattuiti o promessi dal sovvenuto in misura superiore al tasso-soglia computato secondo le previsioni di legge. A ciò si aggiungeva, peraltro, all'art. 3 della L. n.108/1996, una norma di diritto transitorio volta a regolare il fenomeno dell'usura nel periodo compreso tra l'entrata in vigore delle nuove disposizioni anti-usura e la pubblicazione della prima rilevazione trimestrale dei tassi di interesse ad opera del Ministero del Tesoro, ora dell'Economia e delle Finanze. Ed invero, il focus principale del Legislatore era volto alla dotazione di uno strumento, la L. 108/96, per l'appunto, volto alla repressione dell'incalzante fenomeno dell'usura criminale, prova ne è il

²⁶ Per una panoramica più approfondita in materia, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, Bologna, 1992, 169.

²⁷ Per approfondimenti, BELLI-MAZZINI, *Applicazione della legge antiusura: a che punto siamo*, in *Dir. bancario*, 1997, I, 357; CAVALLO, *Una nuova disciplina per la repressione del fenomeno dell'usura*, in *Cass. pen.*, 1997, 3213; FORMICA, *I profili civilistici dell'usura alla luce delle innovazioni introdotte dalla l. 7 marzo 1996, n. 108*, in *Nuova giur. ligure*, 2002, 197; LOCATELLI, *Osservazioni alla nuova legge “antiusura”*, in *Fisco*, 1996, 5256; MANIACI, *Nuova normativa in materia di usura (commento alla l. 28 febbraio 2001, n. 24)*, in *Contratti*, 2001, 393; PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: un meccanismo già usurato?*, in *Foro it.*, 1998, 1607; PISA, *Mutata la strategia di contrasto al fenomeno dell'usura (commento alla l. 7 marzo 1996, n. 108)*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 4, 410; PROSDOMICI, *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium iuris*, 1996, 771; ROSSI, *Il nuovo provvedimento legislativo in materia di usura*, in *Impresa*, 2001, 192; SILVA, *Osservazioni sulla nuova disciplina del reato di usura*, in *Riv. pen.*, 1996, 131; CERARESE, *L'usura riformata: primi approcci a una fattispecie nuova nella struttura e nell'oggetto della tutela*, in *Cass. pen.*, 1997, 2595; CICCIA, *La nuova legge sull'usura diventa operativa*, in *Impresa*, 1997, 935; CARUSO, *Usura: nuovi strumenti per fronteggiare l'espansione del fenomeno*, in *Amm. Civ.*, 2000, I, 53; CAVALIERE, *L'usura tra prevenzione e repressione: il controllo del ruolo penalistico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1995, 1206.

posizionamento di prospettiva verso il versante penalistico. In sostanza, la normativa antiusura, oltre a ridefinire il reato in sé, ha conferito una nuova veste all'art. 644 c.p., reduce di quella tradizione francese²⁸ con finalità laica e dunque tesa ad una oggettivizzazione dell'interesse usurario. La stessa ha, altresì, dettato nuovi criteri per la qualificazione usuraria del tasso, il che accade ogni qualvolta esso superi il TEGM ovvero il tasso effettivo globale medio praticato nel trimestre precedente dagli operatori finanziari e intermediari abilitati, per una determinata categoria di operazioni, cui si riferisce il credito, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un ulteriore margine di quattro punti percentuali²⁹. Il nuovo e diverso punto di vista assunto dal Legislatore del 1996 si fonda su una visione oggettiva della sproporzione tra la prestazione dei contraenti, sicché l'usurarietà degli interessi viene slegata da valutazioni soggettive dello stato di bisogno del mutuatario e del relativo approfittamento da parte della banca. Al contrario, la L.108/96 sposa una nozione di usura massimamente omnicomprensiva ed ampia, al fine di inserire nel proprio alveo le più svariate condotte illecite penalmente perseguibili. Non può però non rilevarsi come, invece, sia stato del tutto trascurato l'aspetto legale, ovvero la regolamentazione dei riflessi prodotti sul mercato del credito, mentre difetta un opportuno coordinamento con la disciplina civilistica in materia³⁰.

2. Il falso mito dell'efficacia vincolante delle Istruzioni di Banca d'Italia alla luce del *cleavage* fra giurisprudenza civile e penale della Cassazione

Dopo l'ingresso della normativa antiusura, cambia non solo la formulazione dell'art. 1815, co. 2 c.c. ma con essa anche le conseguenze derivanti dall'accerta-

²⁸ Per un approfondimento in chiave comparata, degno di menzione è TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1997, 465 ss.; In particolare *“in Francia si considera usurario ogni prestito concesso ad un tasso effettivo globale che, al momento della concessione, supera per più di un terzo il tasso effettivo medio praticato, nel corso del trimestre precedente, dagli istituti di credito. Si compara [...] il c.d. taux effectiv global du prêt, comprensivo quindi delle spese gravanti sul mutuatario, con il tasso di riferimento comprensivo, a sua volta, delle spese, e se il tasso effettivo globale supera di più di un terzo il tasso di riferimento.”*

²⁹ Vedasi la riforma introdotta dall'art. 8, co 5°, lett. d) del d. l. n. 70/2011.

³⁰ Per un approfondimento critico in materia di legge antiusura, si consiglia QUADRI, *Usura e legislazione civile*, in *Corr. Giur.*, 1999, 890. L'Autore nota come la “genesi” della legge in discussione dimostri il suo vizio di origine, quello di essere stato elaborato in una prospettiva di lotta alla criminalità organizzata, costituendo l'ennesima manifestazione di una politica del diritto tendente alla concentrazione dell'attenzione sulla repressione penale. Una prospettiva rischiosa, in particolare nel caso di specie, in cui non si è capita fino in fondo la complessità del fenomeno. Un intervento che avrebbe dovuto essere caratterizzato da una graduazione ed articolazione degli strumenti, in particolare di quelli civilistici, ma proprio su questi è mancato un adeguato coordinamento.

mento dell'usurarietà dell'interesse, nel senso che non viene sancita la debenza dei soli interessi legali ma di tutti gli interessi, per effetto di una nullità parziale, derivante dalla clausola di previsione degli stessi. E, in un'ottica di conservazione del rapporto di credito e non di radicale e brusca chiusura, dall'accertamento ne consegue che il contratto non viene totalmente posto nel nulla ma semplicemente privato della clausola nulla, affinché allo stesso se ne continui a dare ancora esecuzione, ma, si badi, a condizioni diverse ovvero a tasso zero. Si può ben comprendere, quindi, i diversi e contrapposti interessi sottesi a ragione giustificatrice dell'ingresso della legge n. 108/96, primo fra tutti quello di tutelare le banche dal rischio di gratuità delle erogazioni, e quello dei funzionari, dirigenti e vertici bancari, di vedersi comminare condanne penali solo per essersi attenuti alle indicazioni dell'organo di vigilanza. A tal proposito si rammenta che proprio le Istruzioni di Banca d'Italia forniscono criteri ed orientamento agli addetti ai lavori. Esse rappresentano il *vademecum* al quale ogni funzionario bancario deve attenersi, e, non solo. Il carattere cogente ed indicativo delle Istruzioni dell'organo di vigilanza investono anche il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in quanto nelle stesse si rinviene il metodo di calcolo per il rilevamento del TEGM, su cui la legge antiusura ha attinto per scrivere la formula matematica di calcolo della soglia usuraria. La legge n. 108/1996, all'art. 2 comma 1° dispone, infatti, che il MEF, "sentita" la Banca d'Italia, rileva trimestralmente il TEGM per pervenire all'individuazione della soglia usuraria. Orbene, si desume chiaramente il ruolo minoritario che l'organo di vigilanza ha nel processo di rilevazione dei tassi soglia, stante una, oserei dire, "staticità" della Banca d'Italia, la quale dev'essere "sentita", *rectius*, consultata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, sia per individuare le categorie di operazioni finanziarie sulle quali operare i rilevamenti, sia per istruire gli intermediari e operatori abilitati sul metodo di rilevamento del tasso si limita semplicemente a fotografare. V'è da dire che l'intervento tecnico dell'organo di vigilanza, seppur volto a fotografare l'andamento dei tassi finanziari, postula in ogni caso delle scelte interpretative da parte dello stesso, sia in merito alla classificazione delle operazioni omogenee rispetto alle quali effettuare le rilevazioni dei tassi medi concretamente praticati nel trimestre precedente, sia in relazione all'individuazione delle voci di costo collegate all'erogazione del credito ovvero commissioni, spese (...) - degne d'esser incluse nella rilevazioni statistiche - sia di quelle relative ad imposte e tasse - oneri collegati all'erogazione del credito - che devono essere esclusi dal calcolo³¹, ma, tali scelte interpretative non possono discostarsi dal dettato del sommo Legislatore, nel sen-

³¹ In tal senso, Cass. Pen., 14 maggio 2010 n. 28743 in *www.delittodiusura.it*.

so che non possono disattendere il contenuto della L. 108/96. Ed invero, la legge n. 108/96 assegna a Banca d'Italia un'importanza nel procedimento di rilevazione dei tassi effettivi globali medi del tutto minoritaria. Mi riferisco al fatto che la nuova normativa guarda specialmente alle banche e agli intermediari finanziari del Titolo V del T.U.B., quali potenziali soggetti attivi del reato e, d'altro canto, quali destinatari necessari di una serie di obblighi di collaborazione nel percorso istituzionale volto alla quantificazione dei tassi, veicolato dalla correzione in ragione di eventuali tassi ufficiali di sconto, c.d. di rifinanziamento, funzionali ad una rappresentazione fedele della realtà. A chi sostiene la tesi dell'efficacia vincolante delle Istruzioni di Banca d'Italia, quali fonti autonome di diritti ed obblighi, gioverebbe ricordare che, trattandosi di mere circolari ed istruzioni, esse vincolano esclusivamente i soli soggetti sottoposti alla sua vigilanza. Largamente superati i molteplici tentativi di affermare l'incostituzionalità degli artt. 644, comma 3, c.p. e 2, L. n. 108/1996, per contrasto con l'art. 25 della Costituzione. Sul punto appare evidente l'assenza di profili di incostituzionalità fondati sulla sol circostanza di aver affidato ad organi amministrativi, Banca d'Italia, da un lato, e Ministero dell'Economia e delle Finanze, dall'altro, il procedimento per la determinazione dei tassi soglia c.d. antiusura e, dunque, scongiurata l'ipotesi di una violazione della riserva di legge in materia penale³². Gli Ermellini hanno più volte placato gli animi turbolenti, precisando che il ruolo attivo della Banca d'Italia è limitato a "fotografare", secondo rigorosi criteri tecnici, l'andamento dei tassi finanziari. Infatti, la natura delle Istruzioni Banca d'Italia è riconducibile al più ampio *genus* degli ordini ovvero di atti avente natura normativa e amministrativa, carenti dell'efficacia vincolante che appartiene solo alla norma di rango primario. Numerosi sono stati i tentativi di conferire una rilevanza giuridica alle Istruzioni di Banca d'Italia, sfociati in un dissidio rimarchevole e polemico. La copiosa giurisprudenza della Cassazione si divide ancora fra quelle pronunce che considerano le Istruzioni³³ come una fonte secondaria di integrazione asseverata della norma primaria, e, come tale, insindacabile, e altre che, diversamente, degradano le stesse al rango di mere circolari o ordini rivolti alle banche, ai fini di un ragguaglio interpretativo³⁴. E dunque, se è vero che tali Istruzioni fungono da indirizzo e antecedente logico necessario dei decreti ministeriali del Ministero dell'E-

³² Cass. Pen., sez II, sentenza del 18.03.2003 n. 20148, in *italgiureweb.giustizia.it*, RV. 226037.

³³ In tal senso, Trib. Torino, 20 giugno 2015 in *www.ilcaso.it*.

³⁴ In senso nettamente opposto, si veda App. Milano, sentenza n. 3283 del 22 agosto 2013 (sull'inclusione del costo della polizza assicurativa nel TEGM) in *www.dirittobancario.it* e App. Cagliari, 31 marzo 2014, in *www.ilcaso.it* (sull'inclusione della commissione di massimo scoperto nel TEGM, peraltro rimessa alle SSUU della Cassazione con ordinanza interlocutoria del 29 giugno 2017, n. 15188).

conomia e delle Finanze, è altrettanto vero che la funzione primaria che Banca d'Italia assegna alle stesse è quella di garantire la stabilità degli intermediari e del mercato del credito su cui si fonda la sicurezza del pubblico risparmio. Ma questa considerazione può avere una certa credibilità, a mio avviso, se il contesto spazio temporale di riferimento è quello del 1996, epoca che segna l'ingresso della normativa antiusura in Italia e delle prime Istruzioni di Banca d'Italia. Invero, la "fotografia di mercato" che Banca d'Italia scatta meccanicamente, sviluppa e trasmette al Ministero, è un mito, un enorme paradosso. Se si comparano le prime Istruzioni di Banca d'Italia del 2006 con quelle attuali, ci si accorge che la Vigilanza è sempre più attenta all'evolversi del panorama creditizio, e, dunque, sempre maggiormente costretta a fornire un quadro fedele e preciso del mondo del credito, un mondo ove commissioni, spese, tassi, voci di costo connesse all'erogazione del credito, sono in un continuo *pantha rei*. Appare sempre più difficile che la norma primaria sia capace di rilevare qualsiasi commissione, spesa e remunerazione a qualsiasi titolo, e che tanto basterebbe a invalidare le Istruzioni ogni qual volta una qualunque voce di costo non fosse considerata. Sostenere un simile ragionamento equivale a leggere solo una parte delle norme primarie e trascurare, invece, il contenuto, altrettanto importante, dell'art. 2 comma 2 della L. n. 108/96, laddove si impone a Banca d'Italia di operare la rilevazione dei tassi tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo e della durata del finanziamento nonché dei livelli di rischio e garanzie connesse. Il chiaro tenore letterale dell'art. 2 comma 1 della L. n. 108/96 stabilisce che il tasso rilevato trimestralmente dall'opera congiunta MEF - Banca d'Italia, da fungere quale base di calcolo per la determinazione del tasso soglia, dev'essere un tasso effettivo e "globale", ove per globale s'intende quel tasso onnicomprensivo nel quale la commissione di massimo scoperto, ad esempio, va necessariamente inclusa, essendo connessa all'uso del credito³⁵. Non è affatto consentito alla Vigilanza l'interpretazione o la rilettura della realtà fotografata, perché tale facoltà non è prevista dalla norma primaria. Del resto, l'art. 2 comma 1 della L. 108/96 offre un formidabile strumento di censura ai tentativi della Vigilanza di escludere dal computo una data spesa o commissione, come è accaduto nel caso della commissione di massimo scoperto, su cui si attende la pronuncia delle SS.UU. della Cassazione³⁶. Nella trepidante attesa di un intervento chiarificatore della Suprema Corte, si rammenta che in materia di commissioni di massimo scoperto, se una consolidata

giurisprudenza penale propendeva per la loro inclusione nel calcolo del TEG, ai fini del riscontro dell'usuraietà del tasso applicato e praticato dalla banca³⁷, di contrapposto avviso, invece, l'orientamento degli Ermellini in sede civile³⁸. Il profondo *cleavage* tra Cassazione Civile e Cassazione Penale, peraltro, non sembra arrestarsi solo al piano della questione della commissione di massimo scoperto³⁹, lasciando gli stessi operatori del diritto nella confusione più totale ed alimentando la sempre più avvertita esigenza di una riforma sistematica in materia di costi da includere o meno nel calcolo del tasso soglia. Ma, ritornando alla *vexata quaestio* della rilevanza o meno della commissione di massimo scoperto nel calcolo TEG, per il periodo precedente al 2010, la Corte di Cassazione Civile, ha aderito all'orientamento della Banca d'Italia, fortemente sostenuto dal Tribunale meneghino,⁴⁰ ovvero al principio di omogeneità, diversamente dalla Corte penale, che ha, invece, sposato il principio di onnicomprensività osannato dal legislatore primario, ovvero che la commissione di massimo scoperto, quale onere legato all'erogazione del credito, vada a formare quel coacervo di voci di costo rilevanti per il calcolo del TEG nei rapporti bancari, perché in tal senso va interpretato l'art. 644, comma 4, c.p. e l'art. 2 della Legge n. 108/96. La Corte Penale, in ossequio al dettato del sommo legislatore, rileva che l'esclusione di tale voce

³⁷ cfr. Cass. Pen., sez. II, 12 febbraio 2010, n. 12028; 14 maggio 2010, n. 28743; 23 novembre 2011, n. 46669.

³⁸ cfr. Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2016 n. 12965.

³⁹ Per approfondimenti, POLLIDORI, *Usura e banche: un rapporto controverso. La questione delle commissioni di massimo scoperto*, in *Questione Giustizia*, 2011, 6, 188; CAVALLINI-TROYER, *Usura presunta e commissione di massimo scoperto: il disorientamento dell'operatore bancario tra "indicazioni erronee" dell'Autorità ed "autentiche" del legislatore al vaglio della suprema Corte*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, 4, 945; FASCIANO, *L'inapplicabilità della disciplina anti-usura di cui alla legge 7 marzo 1996, n. 108 ai contratti di mutuo stipulati in epoca anteriore alla sua entrata in vigore*, in *Dir. fall. e delle società commerciali*, 2011, 3-4, II, 237; SERRAO D'AQUINO, *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Giur. mer.*, 2011, 5, 1172. BEVIVINO, *Reato di usura e nesso di causalità nella responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2011, 4, 845; COTTINO, *Non tutta l'usura ha matrici criminali*, in *Giur. it.*, 2011, 4, 865; LENOCI, *Commissione di massimo scoperto ed usuraietà del tasso di interesse*, in *Giur. mer.*, 2011, 4, 983; DI LANDRO, *La Cassazione penale include la commissione di massimo scoperto nel tasso di interesse usurario: la l. n. 2/09, le questioni intertemporali e un'inedita ricostruzione dell'elemento soggettivo*, in *Il Foro italiano*, 2010, 7-8, II, 390.

⁴⁰ Tribunale di Milano, sentenza del 7 marzo 2014, n. 3268 in *www.dirittobancario.it* "...da un lato non si vede come poter censurare l'operato delle banche, che a tali direttive si siano uniformate, e dall'altro, ove si ritenesse, in conformità al disposto di cui all'art. 2 comma 1 L. 108/96, che il tasso effettivo globale applicato debba essere conteggiato in termini comprensivi di commissioni, non si vede come potrebbe esserne verificato il rispetto del tasso soglia, ove quest'ultimo, quale riportato nei Decreti ministeriali e pubblicato in Gazzetta, è stato rilevato come dato medio non conteggiando le commissioni di massimo scoperto (si effettuerebbe un confronto tra dati non omogenei)".

³⁵ Cass. Pen., sez. II, n. 262 del 19.02.2010, in *www.dirittobancario.it*, conforme Tribunale di Vicenza, dott. Luigi Giglio, sentenza del 25.03.2013, n. 454 e Tribunale di Torino, dott. Conca, sentenza del 11.02.2015 n. 1073 in *www.dirittobancario.it*.

³⁶ Cass. Civ., sez. I, sentenza del 29.06.2017, n. 15188 in *www.dirittobancario.it*.

di costo, significherebbe privare del requisito della “globalità”, dell’“onnicomprendività” quel tasso che è fatto della stessa sostanza del TEG. Mentre, come da rituale, in direzione opposta, a conferma della diatriba tra i due orientamenti, la recente Corte di Cassazione Civile, Sez. I, nella sentenza n. 22270 del 3 novembre 2016, operando un *tranchant* nel quadro di valutazione della commissione di massimo scoperto sino a quel momento conosciuto, ha ricalcato un precedente orientamento⁴¹ che annunciava già un radicale cambiamento di vedute. La Suprema Corte, in sede civile, ha ritenuto che la lettura esatta dell’art. 2-*bis*, comma 2, del D.L. n. 185/2008, ha carattere “innovativo” e non meramente interpretativo e dunque non si applica a quei rapporti bancari chiusi in data anteriore alla legge di conversione del suddetto decreto, di guisa che, in riferimento a detti rapporti di credito, la c.m.s. non deve considerarsi come onere rilevante nel calcolo del TEG, e dell’usurarietà del tasso. E, se le nuove Istruzioni Banca d’Italia del 2009 sono entrate in vigore a decorrere dall’ 01.01.2010, il nuovo sistema di calcolo *all inclusive*, opera solo a partire da tale data, vale cioè per l’avvenire, ovvero per quei soli rapporti bancari postumi a tale data. Mentre, per il periodo precedente, *ante* 01.01.2010, risultano cogenti ancora le vecchie Istruzioni di Banca d’Italia del 2006, con la conseguenza che per tutti i contratti di credito stipulati prima del 2010, gli oneri complessivi imposti dalle banche sono parametrati ad un tasso, che, non includendo la c.m.s., risulta logicamente inferiore all’ipotetica soglia che si sarebbe determinata con l’inclusione della voce di costo *de qua vertitur*. Mi pare dunque, che una siffatta conclusione, pur privilegiando il dato matematico – formale, vada a danneggiar ancor di più la precaria posizione del contraente debole e, vada a sovvertire l’attuale sistema normativo di gerarchia delle fonti, conferendo validità ed efficacia vincolante a delle mere istruzioni, norme regolamentari, che non possiedono, per natura, forza cogente ed efficacia vincolane al pari della norma primaria. E, dunque, se la norma primaria appare obsoleta in relazione alle specificità del mercato del credito, d’altro canto, sostenere la superiorità della disciplina regolamentare di Banca d’Italia significherebbe escludere dal calcolo del tasso antiusura aggregati di costo, quale la commissione di massimo scoperto, intrinsecamente connesse all’erogazione del credito. Ma vi è di più. Sostenere una siffatta tesi significherebbe conferire validità ad un tasso formatosi in palese violazione dell’art. 2 della legge n. 108/96, ovvero significherebbe mettere a confronto tassi trimestrali, calcolati sulla base del TEGM, e TEG, che, pur nella loro diversa funzionalità, sono ontologicamente omogenei, perché composti dello stesso aggregato di costi e definiti dalla legge con il medesimo criterio⁴². In sintesi, la

conseguenza più rilevante, e oserei dire, paradossale, a mio sommo avviso, è che un simile ragionamento, porterebbe a conclusioni assurde, ovvero andrebbe a sovvertire il principio elementare e fondamentale di gerarchia delle fonti del diritto, che il legislatore è chiamato a garantire. In un contesto così delineato, è necessario assicurare all’istituto giuridico e al sistema finanziario, nel suo complesso, un punto certo di riferimento. Sarebbe fuori da ogni logica di esigibilità comportamentale pretendere, come alcune decisioni pretendono, che l’intermediario, tenuto ad attenersi alle Istruzioni di Banca d’Italia come da decreti del MEF, possa e debba, di sua iniziativa, rilevare negli stessi, gli errori commessi dalla stessa Banca d’Italia e provvederne alla loro correzione. Né esiste una modalità da seguire per apportare correzioni alle istruzioni dell’organo di Vigilanza, come neppure chiaro è se il dovere/potere delle banche ed intermediari di discostarsi dalle Istruzioni sia inteso in senso unidirezionale, ovvero opera nei soli casi favorevoli alle stesse, o anche in senso bidirezionale. L’unica certezza è che esiste un principio intangibile che sancisce la non vincolatività delle Istruzioni di Banca d’Italia nel senso che, non essendo fonti del diritto, non hanno portata cogente della norma primaria e dunque, se errate, vanno disapplicate. In un simile scenario, risulta difficile affermare una stabilità del presidio usurario, in quanto l’obiettivo del legislatore, di assicurare certezza al mercato del credito attraverso limiti ben precisi ed invalicabili, non sembra raggiungersi proprio per l’insorgere di un curioso e non previsto dovere di sindacato delle singole banche, a proprio rischio e pericolo, sulle determinazioni della Banca d’Italia. Sarebbe auspicabile una ragionata riforma delle norme primarie poste a tutela del presidio usurario, affinché sia precluso ogni margine di discrezionalità sui punti deboli della disciplina, per evitare tentativi di “sabotaggio ermeneutico” alla debole costruzione del legislatore⁴³. Un piccolo passo in avanti in direzione di un uniforme lettura ed applicazione della normativa antiusura è stato mosso di recente, dalla Corte di Cassazione civile, che, nella sentenza del 05 aprile 2017, n. 8806, ha preso letteralmente le distanze dal pronunciamento del 2016, uniformandosi al principio di onnicomprensività *ex art.* 644 c.p., ribadendo quanto già reiteratamente affermato da parte della giurisprudenza di merito penale, favorevole alla inclusione della c.m.s. nella determinazione del tasso soglia anche per il periodo anteriore all’entrata in vigore delle Istruzioni Banca d’Italia dell’agosto 2009. Un decisivo punto di svolta, questo, nella conflittuale

⁴¹ cfr. Cass. Civ., sez. I, 22 giugno 2016, n. 12965 in *www.ilcaso.it*.

⁴² Sul punto, vedasi l’orientamento meneghino consolidatosi sulla

sentenza del Tribunale di Milano, dott.ssa Laura Cosentini, sentenza n. 3268/2014 pubbl. il 07.03.2014, R.G. n. 17000713/2011 in *www.dirittobancario.it*.

⁴³ Sul punto, vedasi GIRINO, *Quot capita tot fenora. Per una rilettura critica, non ipercritica, dell’usurato presidio usurario e per l’avvio di un razionale percorso di riforma*, in *Rivista di diritto bancario*, estratto n. 11/2017, 13 e 14).

diatriba tra Cassazione Civile e Cassazione Penale, che, si spera, possa fungere da preludio ad una omogeneità di vedute, su tutti gli aspetti critici che la fattispecie usuraria contempla. Tale auspicio non può però eliminare una pratica, quella dell'usura, che le banche han da sempre praticato, alimentato e celato, con i più astuti artifici, come ebbe a testimoniare il "padre" del diritto commerciale in Italia, Cesare Vivante, in un celeberrimo passo del Trattato di diritto commerciale del 1893⁴⁴, nel quale si legge "Nel commercio bancario le usanze non sono più rassicuranti. Pare che il banchiere favorisca i suoi clienti col mite saggio del denaro, poi lo aggrava di molteplici provvigioni, fa decorrere l'interesse a carico del cliente dal dì in cui gli consegna il denaro, e a suo favore, dalla settimana o dal mese successivo a quello in cui lo deposita; così l'interesse, in apparenza mite, si fa usuratizio. Il banchiere pretende che l'uso gli dia il diritto di disporre dei titoli di credito consegnati dal cliente a titolo di deposito o di garanzia, e così alimenta colla roba altrui le proprie malsane speculazioni di borsa. Se in questo caso il cliente volesse rivendicare contro il banchiere fallito i suoi titoli ed invocare la protezione della legge penale contro le appropriazioni indebite, la giurisprudenza tende a chiudergli la bocca dicendogli che egli ha perduto questi diritti per consuetudine commerciale. Molte di queste consuetudini non ingannano i commercianti, che le conoscono e le scontano nel prezzo, ma ingannano i consumatori che non le conoscono".

3. Un rapido check in chiave comparatistica

Un rapido ma conciso sguardo agli altri ordinamenti europei risulta necessario, non solo ai fini di un arricchimento dei dati emersi nell'indagine storica, ma, soprattutto per offrire, mediante interessanti spunti di comparazione, un quadro più ampio alla disamina critica della disciplina dell'usura introdotta dalla L. 108/96. L'ordinamento penale tedesco è sicuramente il più vicino alla nostra tradizione, stante una connotazione di usura che rimanda ad uno sfruttamento, o meglio, approfittamento di una situazione di debolezza altrui. Come nel Codice Zanardelli, anche nel Codice Penale Tedesco, c.d. *Strafgesetzbuch*⁴⁵, non si rinviene una fattispecie delittuosa di usura, c.d. *wucher*, ma quattro sub categorie⁴⁶: usura reale, creditizia,

locatizia, e l'intermediazione usuraria. Inoltre, mentre all'incriminazione della *wucher* si arriva solo nel 1880, tra il 1893 e il 1971 le fattispecie delittuose diventeranno sei, per poi ritornare, con la sesta legge di riforma del diritto penale tedesco, nuovamente quattro, come attualmente disciplinate al paragrafo 291 dello *Strafgesetzbuch*. I punti di similitudine con la disciplina nostrana sono molteplici. Oltre allo stato di debolezza della vittima e al consequenziale approfittamento da parte dell'intermediario, rilevano altre condizioni, quali l'inesperienza, la debolezza della volontà e la mancanza di discernimento, tutte riconducibili a quel substrato psico-soggettivo che rimanda al fenomeno della circonvenzione d'incapaci⁴⁷, di cui Alfredo Rocco ancorava la nozione d'usura, attingendo molto dalla norma di reato *ex art. 643 c.p.* Altro punto di congiunzione è l'assenza, nella nozione di *wucher*, di riferimenti ad una sproporzione vistosa tra le controprestazioni a cui, la giurisprudenza, ha rimediato mediante il ricorso ai tassi di mercato. Infatti, limitatamente all'usura creditizia, il giudizio sulla vistosa sproporzione tra le controprestazioni è affidato a specifici tassi di mercato, in particolare ad un tasso base che viene pubblicato su periodici mensili della *Deutsches Bundesbank*. Anche sotto questo profilo, l'anello di congiunzione con il sistema di rilevazione dei tassi nostrano è rimarchevole e suona familiare al procedimento di pubblicazione dei tassi trimestrali rilevati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, su indicazione di Banca d'Italia, e pubblicati senza ritardo in Gazzetta Ufficiale. Parimenti, in entrambi gli ordinamenti, manca un criterio orientativo certo e predeterminato dal legislatore, il tasso fisso, da cui ne consegue l'incertezza nell'individuazione della soglia penalmente rilevante. A tale lacuna, l'ordinamento tedesco ha, però rimediato, attraverso la riconduzione del disvalore dell'azione nei fattori soggettivi connotanti la condotta penalmente rilevante, non sempre però oggetto di attenzione giurisprudenziale. Dal punto di vista sanzionatorio, invece, la pena base per il delitto di usura è di tre anni di reclusione, fermo restando le circostanze aggravanti che contribuiscono ad un aumento della stessa, mentre, penalmente rilevante è l'usura praticata in via continuativa⁴⁸ da chi decide di farne della stessa una vera e propria occupazione, diversamente dall'usura bancaria, commessa nell'esercizio della professione bancaria, la quale soggiace a sanzione pecuniaria. Dopo la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, è intervenuta un'apposita norma, l'art. 313 del BGB, che ha introdotto una sorta di adeguamento automatico, quello che nel Principio

⁴⁴ VIVANTE, *Introduzione, L'unità del diritto privato*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, Vol. I, Milano, 1893, 15.

⁴⁵ In chiave comparatistica ne parlano MANNA, *Il delitto di usura nella prospettiva comparatistica: diritto penale "interventista" versus diritto penale "neoliberista"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, 889; BONORA, *L'usura*, Padova, 2007, 37 ss. FORNASARI, *La disciplina penale dell'usura nella Repubblica federale tedesca: spunti per una comparazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 101 ss.

⁴⁶ In tal senso, giova la comparazione con l'ordinamento tedesco, in cui la previsione penalistica dell'usura è articolata da quattro figure distinte: *Kredit-Sach-Miet-Nachwucher*, poi nuovamente redatta con il Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität del 29.07.1976, Bundesgesetzblatt, I, 2034.

⁴⁷ V. MAURACH-SCHROEDER-MAIWAL, *Strafrecht, Bes. Teil, Teilband I, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, 8 Aufl., Heildeberg, 1995, 510 s.

⁴⁸ Per approfondimenti sulla legislazione tedesca in materia d'usura, v. STREE, in Schonke-Scroder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 24. Aufl., Munchen, 1991, 694.

Unidorit 6.2.2. francese trova espressione più emblematica nelle figure della *gross disparity* e *hardship*, intesa come alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale⁴⁹ a cui soccorrono i rimedi tesi ad un intervento di adeguamento, espressione genuina della volontà di entrambe le parti, teso all'adattamento alle mutate condizioni estranee al apporto ma comunque influenti sullo stesso, che le parti non potevano prevedere o conoscere al momento dell'originaria pattuizione. Di contrapposto avviso, invece, l'ordinamento penale francese che, con un approccio più soft alla fattispecie delittuosa usuraria, sembra quasi averla asseverata, nel tempo, mutandone la tradizionale concezione squisitamente occidentale-cristiana. A tal proposito, merita illustrare l'antecedente storico e logico che ha condotto la Francia, diversamente da altri Paesi, a considerare l'usura come un delitto di lieve entità. L'ordinamento francese sicuramente è stato investito, più di altri Paesi europei, da un ondata di liberismo economico, di derivazione illuministica, che ha infuso una visione nuova, di piena liceità del prestito ad interessi. Ed invero, il divieto di corrispondere interessi usurari veniva aggirato metodicamente mediante il ricorso all'espedito del contratto di costituzione di rendita, consentito su tutto il territorio della Francia⁵⁰. Ma a suggellare la liceità della pratica del prestito ad interessi in Francia è stato un decreto dell'Assemblea Costituente del 3 ottobre 1789, con il quale venne sancita la legittimità del mutuo ad interessi, nonostante mancasse un riferimento certo per misurare l'interesse. Tuttavia, il decreto stesso sembrava lasciare ampia libertà, addirittura consentendo di fare riferimento agli usi commerciali per la determinazione della misura dell'interesse. Insomma, un panorama, quello della Francia rivoluzionaria, in cui l'autonomia negoziale dei contraenti nella pattuizione dei tassi di interesse, sembrava non trovare limiti. In età napoleonica, invece, si assiste ad un primo tentativo di arginazione del liberismo economico in ambito contrattuale, come testimonia l'art.1905 del *Code Napoleon* che recitava testualmente “..è permessa la stipulazione degli interessi nel semplice mutuo di danaro” . Nonostante l'espressa previsione di pattuire interessi usurari sul denaro concesso in mutuo, restavano incombenti problemi più forti connessi all'assenza di una misura predeterminata atta a fungere da parametro per valutare l'alta misura d'interessi, nonché il catalogo delle sanzioni concretamente applicabili nelle ipotesi di determinazione convenzionale dei tassi d'interesse. Alla diatriba tra conservatori, volti ad evitare fenomeni di abusivismo dell'usura, favorevoli all'introduzione di una norma atta a porre un freno legale agli interessi sui prestiti e i liberali, che, invece, rifiutavano l'idea di una regola equa ed universale che non

avrebbe aderito alla natura variabile dell'interesse sui prestiti, pose rimedio il *Code Napoleon*, che, all'art.1907, operando una distinzione tra il tasso legale e il tasso convenzionale, lasciava ai contraenti la libertà di determinare il tasso d'interesse, purché determinato per iscritto, pena l'applicazione del tasso legale. Questo stato di cose ebbe vita breve poiché, con la legge del 3 settembre 1807 il Legislatore francese si attivava ponendo un limite ben preciso agli interessi. Veniva vietato, in materia civile, l'interesse oltre i cinque punti percentuali; in materia commerciale, oltre i sei punti percentuali. La violazione delle suddette soglie ad opera dell'intermediario consentiva al mutuatario di agire per ottenere la ripetizione delle somme versate oltre i limiti suddetti o di imputare l'eccedenza a capitale⁵¹. Tale modello a tasso prefissato, rappresentò un deterrente specialmente per quelle fattispecie generiche, che, in assenza di un freno regolatore, essendo rimesse alla libertà dei contraenti, finivano per sfuggire all'azione penale che toccava solo quelle in cui lo squilibrio tra le prestazioni fosse talmente elevato da non suscitare margini di dubbio sulla sussistenza dell'usura. Successivamente, la riforma del 1989 ha individuato un nuovo tasso usurario, che ad oggi corrisponde a quello che al momento della conclusione dell'accordo supera di un terzo il tasso effettivo medio praticato nel corso del trimestre precedente dagli istituti di credito, per operazioni della stessa natura cui il credito si riferisce, e produttivo di rischi analoghi, viene pubblicato, previo parere del Consiglio nazionale del Credito, in un provvedimento del Ministro delle Finanze, proprio come accade nell'ordinamento italiano⁵². Attualmente l'usura viene a collocarsi nel *Code de la consommation* del 1993 (da L. 313 -3 a L. 313 -6), a tutela del consumatore, in ossequio alle recenti leggi n. 271/2003 e n. 882/2005 che hanno escluso sanzioni penali per crediti concessi a persone giuridiche che esercitano attività commerciale, industriale o bancaria o per crediti concessi a imprenditori individuali⁵³. Infatti, diversamente dall'ordinamento nostrano, quello d'oltralpe si connota per un regime sanzionatorio dell'usura molto più mite. La pena della reclusione per tale delitto ha durata massima di due anni ed è alterna-

⁴⁹ M.J. BONELL, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 2006, 123.

⁵⁰ ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, Napoli, 1847, II, 58.

⁵¹ Nella visuale sanzionatoria dei comportamenti usurari, la legge del 1807 – rimasta in vigore fino al 1886 in materia commerciale e anche successivamente per i contratti regolati dal diritto civile –, prevedeva altresì che il mutuante potesse essere giudicato da un Tribunale correzionale, il quale, ove avesse ravvisato gli estremi dell'abitudine della condotta da parte del prestatore di denaro, poteva condannarlo ad un'ammenda non eccedente la metà dei capitali prestati a tasso usurario ed anche alla prigionia, ove i comportamenti tenuti integrassero gli estremi del reato di truffa.

⁵² Sulla legislazione francese in tema di usura e presidio usurario, v. CABRILLAC-MOULY, *Droit penal de la banque e du credit*, Paris, 1982, 194 ss. DELMAS MARTY, *Droit penal des affaires, 1/ Les infractions*, Paris, 1981, 270 ss.

⁵³ Per una panoramica esaustiva delle sanzioni applicabili a tali figure, si rimanda al *Code monetaire et financiere*.

tiva o cumulativa ad essa, la previsione di un'ammenda fino a 45.000 euro, mentre, per l'impresa, è stata introdotta la sanzione penale della chiusura definitiva della stessa. Non sono mancate critiche, specialmente sul versante dottrinale, tese ad una denuncia sulla scarsa applicazione della normativa usuraria francese, così lontana dalla tradizionale concezione occidentale cristiana ma così vicina al rinnovato spirito liberale di derivazione illuminista, che ha portato, uno fra i tanti intellettuali ad affermare "esiste ancora l'usuraio per il legislatore?"⁵⁴. Ma l'analisi in chiave comparata non si arresta ai confini d'oltralpe in quanto i Paesi Anglosassoni, più fortemente della Francia, si mostrano ancor più permissivi e tolleranti nei riguardi del fenomeno usurario, impregnati anch'essi di quella tradizione antica liberale che rompe bruscamente con la consolidata tradizione cristiana. Si deve alla rivoluzionaria spinta anticonformista di Jeremy Bentham l'attuale sistema sanzionatorio del delitto usurario, in quanto costui, in aperto contrasto ai principi conservatori ispiratori di *common law*, divenne, sul finir del Settecento, il precursore del principio della libertà di fissare il tasso d'interesse per il raggiungimento della libertà d'impresa, di cui Adam Smith ne diventerà erede. Non si dimentichi che Bentham, nel 1787, esordì nella scena politica ed economica britannica con uno scandaloso saggio a difesa dell'usura, nel quale dichiarava apertamente di difendere la pratica usuaria, in aperto contrasto alla concezione giudaico cristiana del credito gratuito e seppellendo secoli di tradizioni e insegnamenti evangelici sugellati nel noto brocardo evangelico "mutuum date, nihil inde sperantes"⁵⁵. Alla sua ondata riformista ideologica si deve la normativa usuraria anglosassone, che si caratterizza per la non punibilità della fattispecie, eccetto uno scarno ventaglio di sanzioni civilistiche.

4. Un problema di diritto intertemporale: usura *ab origine* ed usura sopravvenuta

Per la sua controversa e indefinita natura, l'usura bancaria può palesarsi in distinti momenti dell'operatività di un contratto di credito da essa viziato, ovvero nel momento genetico o, *in itinere*, in un momento successivo alla sua conclusione, durante l'operatività del rapporto bancario. A tal proposito, l'art. 1815, co 2 c.c. disponendo testualmente "Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi", rimanda, chiaramente, al momento della convenzione ovvero ad una precipua pattuizione avente ad oggetto la fissazione di interessi oltre le soglie di legge, che, in un ottica spazio - temporale, coincide con l'originaria pattuizione, da cui prende nome la c.d. usura pattizia o *ab origine* oppure, può sopraggiungere a cau-

sa di un sopravvenuto evento patologico del contratto di credito, c.d. usura sopravvenuta, dipeso o dal mutamento delle condizioni originariamente sancite, vuoi per circostanze oggettive, non riconducibili alla volontà delle parti, di discesa dei tassi medi relativi alla specifica operazione cui il rapporto di credito viziato fa riferimento, vuoi, invece, per un iniziativa unilaterale della banca, spesso celata al contraente *in bonis* ed attuata in violazione di una serie di principi informatori dell'agire bancario⁵⁶. A tal proposito, il nostro legislatore, dopo un lungo letargo normativo, stante la perdurata mancanza di un preciso parametro precostituito e certo, atto ad assicurare a criterio di misurazione della misura eccessiva dell'interesse praticato e volto ad indirizzare il *modus agendi* sia degli operatori del credito, sia degli stessi magistrati, investiti sempre più frequentemente del compito di valutare l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* di questa controversa patologia finanziaria, si è attivato intervenendo con un'apposita legge, la n.108 del 1996, c.d. legge antiusura, che ha finalmente esaudito, il condiviso auspicio, di una necessaria e compiuta riforma dell'impianto normativo posto a presidio del fenomeno usurario. Successivamente, ai fini di una delucidazione in materia, è intervenuta la Legge n. 24/2001, c.d. di interpretazione autentica della Legge n. 108/96, che ha circoscritto l'ambito di applicazione dell'art.1815, comma 2 c.c. solo a quelle pattuizioni che si configurano usuarie *ab origine*, ovvero sin dal momento genetico del contratto di credito. Pertanto, per compiere una valutazione prognostica atta a verificare l'illegittima pattuizione di interessi oltre le soglie legali, si deve guardare al momento genetico del rapporto di credito. Il puro e semplice riferimento alla stipula del patto e al momento in cui avviene, ed il richiamo all'art.1 della Legge n. 24/2001 non risolve però i problemi interpretativi e ricostruttivi del fenomeno, afferenti l'esecuzione del rapporto di credito nel tempo⁵⁷. In sintesi, il problema dell'usura pattizia rappresenterebbe un falso problema che rimanda necessariamente ad una questione di diritto intertemporale, essendo acclarato che i contratti di credito si snodano lungo una serie di segmenti temporali strutturalmente distinti tra loro e che sommati, formano il periodo complessivo di godimento del credito. Parimenti, appare ragionevole e di buon senso la circostanza che il tasso convenuto al momento della conclusione del contratto differisca rispetto ai tassi successivi via via rilevati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, in relazione ai diversi periodi di svolgi-

⁵⁶ In questo senso, l'usura sopravvenuta può derivare dall'esercizio illegittimo dello *ius variandi*, di cui all'art. 118 T.U.B., che consente alla banca di modificare, in presenza di determinati presupposti oggettivi e soggettivi, le condizioni contrattuali originariamente pattuite con il cliente.

⁵⁷ A tal proposito, si rileva che la rilevanza usuraria del mero patto produce una serie di problemi se riferiti alla prassi vigente; a titolo d'esempio, basti guardare alla dinamica che pone la commissione d'istruttoria veloce ai sensi dell'art. 117-bis del T.U.B.

⁵⁴ Così si esprime DUCOLOUX-FAVARD, *Droit penal des affaires*, 2° ed., Masson, 1993, 76 ss.

⁵⁵ Il fondamento di questa disciplina sta in un passo del Vangelo (Luc. 6, 35), che recita «*mutuum date nihil inde sperantes*».

mento del rapporto. E gli istituti di credito, affidandosi alle incognite circostanze future, ben sanno che tra il tasso applicato nel primo trimestre e il tasso dei trimestri successivi corre una distanza abissale tale da ingenerare il superamento del punto massimo consentito all'autonomia privata. Questa differenza spiega la diversità, nel nostro ordinamento, nelle modalità e nei tempi di repressione del fenomeno. *Ad adiuvandum*, le banche, si sono dotate, negli ultimi tempi, di appositi strumenti, le clausole di salvaguardia - che consentono l'autonoma riconduzione del tasso pattuito nei limiti della soglia, in ipotesi di sopravvenuto superamento⁵⁸. Tale circostanza si verifica quando gli interessi di mora, incrementando il TEG producono un inevitabile innalzamento del tasso pattuito rispetto a quello vigente nel trimestre di riferimento, che la clausola di salvaguardia va ad abbattere attraverso un meccanismo automatico di riconduzione del tasso usurario *ex post* nei limiti della soglia legale. Or dunque, nel rapporto conflittuale tra la legge n. 108/1996 e la Legge n.24/2001 di interpretazione autentica⁵⁹, è venuta in soccorso la celeberrima sentenza della Corte Costituzionale del 25 febbraio 2002, n. 29⁶⁰ la quale ha evidenziato che *"l'art.1 del decreto legge n. 394/ del 2000 viene a precisare che le sanzioni penali e civili di cui agli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2 c.c. trovano applicazione con riguardo alle sole ipotesi di pattuizioni originariamente usurarie"*. Ne consegue che anche le conseguenze sanzionatorie penali *ex art. 644 c.p.*, e quelle civili *ex art. 1815, 2° comma, c.c.* per il quale *"Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi"*, si producono, appunto, dal momento perfezionativo del reato d'usura, che, come anzidetto, coincide con quello genetico del contratto di credito contenente la promessa di pagare il costo usurario. Pertanto, l'operatore giuridico, al fine di vagliare l'usurarietà del finanziamento, dovrà compiere un giudizio di natura prognostica, riportandosi *ex ante* al momento della pattuizione usuraria. Tanto premesso, se le conseguenze penali e civili del reato sono normativamente e storicamente ancorate al momento della pattuizione usuraria mentre, eziologicamente, al momento dell'evento della messa in pericolo dell'interesse del cliente, e non all'evento dell'effettiva dazione del costo usurario, è erro-

neo e normativamente avvilente voler subordinare tali conseguenze al successivo evento del pagamento di detto costo o, addirittura, escluderle, per la sola circostanza che tale pagamento non può più verificarsi storicamente al momento della contestazione⁶¹. Sostenere una simile tesi equivale a tradire quel giudizio *ex ante*, voluto dall'impianto normativo e ribadito puntualmente in via nomofilattica, che guarda al momento dell'esposizione al pericolo avvenuta già con la pattuizione usuraria. Se è vero che l'art.1, comma 1 della già citata legge n. 24/2001 ha conferito interpretazione autentica alla normativa antiusura sino a quel momento conosciuta e applicata, è altrettanto vero che la stessa ha determinato un profondo *cleavage* nell'orientamento giurisprudenziale degli Ermellini, che tutt'ora si schierano in due contrapposti indirizzi, l'uno teso ad alimentare la soluzione della rilevanza della sopravvenuta usura in corso di rapporto, l'altro, teso a risolvere il problema che la normativa d'interpretazione autentica ha prodotto nel panorama di valutazione del fenomeno dell'usura originaria. Ed invero, quest'ultimo orientamento dà risposta negativa all'astratta configurabilità dell'usura sopravvenuta⁶² nei contratti di credito aperti in epoca anteriore al 1996, come sancito da un recentissimo e, a mio avviso, non condivisibile orientamento, suggellato dalla sentenza n. 801/2016⁶³, che ha, in relazione ai contratti di mutuo *ante* 1996 ed ancora in corso, disposto che *"la norma d'interpretazione autentica...comporta l'inapplicabilità del meccanismo dei tassi soglia alle pattuizioni stipulate...in epoca precedente all'entrata in vigore della legge n. 108/1996... ancorché se riferite a rapporti perduranti anche dopo tale data"*. Tale decisione ha, di fatto, con sommo stupore, confermato un precedente orientamento, sull'inapplicabilità del meccanismo dei tassi soglia alle pattuizioni d'interessi stipulate in un'epoca antecedente alla L. n. 108/96, ancorché se riferite a rapporti perduranti anche dopo tale data⁶⁴ fondando il proprio ragionamento sulla circostanza che il D.L. n. 394/2000, art.1 comma 2, sarebbe, a suo dire, introdotto dal legislatore in solo favore dei mutuatari a tasso fisso, per rimediare ad una situazione eccezionale dipesa da un fenomeno di storica perequazione che avrebbe danneggiato esclusivamente la categoria dei mutuatari a tasso fisso e non anche, quella, ugualmente meritevole di tutela,

⁵⁸ Per un'analisi approfondita del fenomeno, si veda DOLMETTA, *Rilevanza usuraria dell'anatocismo*, in *www.dirittobancario.it*, 2015.

⁵⁹ Legge 28 gennaio 2001, n. 24 di conversione del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394.

⁶⁰ Corte Costituzionale 25 febbraio 2002, n. 29 in *Giur.it.*, 2002, 997, che ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art.1, 1° co., d. l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito dalla legge 28 febbraio 2001, n. 24, mentre ha dichiarato fondate quelle concernenti la data di decorrenza del meccanismo di sostituzione dei tassi di cui all'art.1, 2 e 3 co., d.l. n. 394/2000, convertito dalla legge n. 24/2001, reputando che la stessa dovesse coincidere con quella dell'entrata in vigore del decreto di cui si discute.

⁶¹ A tal proposito, si richiama Tribunale di Torino, sentenza del 27 aprile 2016, in *www.ilcaso.it*.

⁶² Cfr. Cass. Sez. III 26.06.2001, n.8742; Cass. Sez. I 24.09.2002, n. 13868; Cass. Sez. III 13.12.2002, n. 17813; Cass. Sez. III 25.03.2003, n. 4380; Cass. Sez. III 17.12.2009, n.26499; Cass. Sez. I 27.09.2013, n.22204; Cass. Sez. I 19.01.2016, n. 801, in *www.altalex.com*.

⁶³ Sull'ambigua conclusione a cui è pervenuta la Corte di Cassazione in relazione ad un mutuo decennale a tasso variabile contratto *ante* Legge n. 108/1996, si veda Cass. Civ., Sez. I, sentenza del 19.01.2016, n. 801, cit.

⁶⁴ Cfr. Cass. 22204/2013, 26499/2009 6514/2007, 5004/2005, 4380/2003, 17813/2002, 13868/2002, 8742/2001.

dei mutuatari a tasso variabile. Una soluzione, assolutamente ambigua, che relega la vasta categoria dei mutuatari a tasso variabile *ante* Legge n. 108/1996 in un angolo abbandonato e distante dall'occhio vigile del Legislatore. Inoltre, la norma d'interpretazione autentica della Legge antiusura attribuisce rilevanza al momento della pattuizione del tasso convenzionale, non al momento postumo del pagamento degli interessi, di guisa che deve escludersi che il procedimento dei tassi soglia introdotto dalla L.108/96 si possa applicare anche alle pattuizioni antecedenti la data di entrata in vigore della predetta legge, anche se relativi a rapporti ancora in corso e non ancora esauriti alla medesima data. Contrariamente a tale orientamento, numerose pronunce della Suprema Corte di Cassazione civile hanno, invece, trascurato l'esistenza della Legge n.24/2001, omettendo l'applicazione della normativa d'interpretazione autentica alle fattispecie ante 1996⁶⁵. Anche recente pronunciamento delle SS.UU. del 18.07.2017, n. 22972 ha deciso nella direzione di dare continuità a quella corrente giurisprudenziale che nega la configurabilità dell'usura sopravvenuta, in ossequio al vincolo d'interpretazione autentica degli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c., modificati dalla L. n.108/96, che impone di dare attuazione alla normativa d'interpretazione autentica, sulla quale la Corte Costituzionale, ha confermato la definiva legittimità.⁶⁶ D'altronde, l'ambigua fattispecie dell'usura pattizia non si ferma di fronte a tali casi ma sembra coinvolgere soprattutto quelli, piuttosto frequenti, inerenti la pattuizione di costi, legati all'erogazione del credito. Mi riferisco a tutti i costi eventuali promessi (interessi di mora, estinzione anticipata, commissioni, clausole penali o costi da risoluzione per inadempimento), che a prescindere dalla loro concreta verifica e corresponsione, devono essere computati nel TAEG ai fini della rilevanza usuraria del tasso. La promessa usuraria involge sempre e comunque tutti i costi potenziali ed eventuali promessi *ex contractu*. A sostegno di ciò, non

si può non richiamare la distinzione che il nostro ordinamento penale fa tra i reati c.d. di danno e reati c.d. di pericolo. Mentre i primi offendono il bene giuridico protetto dalla norma penale, i secondi si limitano a metterlo in pericolo, ed in questa categoria che l'usura *ab origine* trova sistemazione. Dunque non si vede per quale ragione si debba escludere la rilevanza penale e civile della promessa usuraria, come erroneamente sostenuto da alcuni, per il sol fatto che solo gli interessi corrispettivi dovrebbero considerarsi debito certo, sia pure a esigibilità differita, e dunque, tali da produrre un effettivo impatto economico sul costo del credito e non anche quelli di mora, che, sommati ad altri oneri economici caricati sul cliente, determinano un superamento del tasso pattuito rispetto a quello rilevato nel trimestre di riferimento. Secondo tale analisi, ed ai fini di dare un fondamento concreto alla controversa fattispecie dell'usura *ab origine* si deve volgere lo sguardo, senza troppi giri di parole, alla pericolosità del bene giuridico protetto, ove per bene s'intende non solo il patrimonio individuale del mutuatario o del contraente in buona fede, ma dell'intero mercato creditizio. Per tali motivi, l'usura *de qua vertitur*, è tipico reato di pericolo, nel quale la predisposizione del contratto o della clausola usuraria da parte della banca diventa uno strumento potenzialmente e concretamente dannoso per l'intera economia⁶⁷. Sotto tale angolo di visuale, la prospettiva di diritto intertemporale ritorna nuovamente. E lo fa, attraverso un *rewind* al momento originario della pattuizione perché è in quel preciso momento che avviene la consumazione del reato d'usura, e da tale momento si producono gli effetti sanzionatori penali e civili, e, conseguentemente il calcolo relativo alla non debenza di interessi e costi legati all'erogazione del credito⁶⁸. V'è inoltre da aggiungere, nella prospettiva della valutazione prognostica *ex ante*, anche il pagamento degli interessi corrispettivi, al momento della prognosi, benché costituisca l'oggetto dell'obbligazione principale, è ugualmente incerto nel suo verificarsi, così come aleatoria è la distinzione tra costi certi, da un alto, e costi incerti o sottoposti a condizione dall'altro. Nessuno, infatti, se non dotato di poteri ultraterreni, può conoscere con certezza se il

⁶⁵ In questo senso vedasi Cass. Sez. III 13.06.2002, n. 8442; Cass. Sez. III 05.08.2002, n. 117069; Cass. Sez. III 25.05.2004, n. 10032. Invece, sulla clausola contenente un tasso che, in corso di rapporto, è divenuto usurario, la quale non deve ritenersi nulla ma inefficace *ex nunc*, si è pronunciata Cass. Sez. I 25.05.2005, n.4092; Cass. Sez. III 14.03.2013, n.6550; Cass. Sez. III 31.01.2006, n.2149; Cass. Sez. III 22.08.2007, n.17854. Di contrapposto avviso Cass. Sez. I 11.01.2013, n. 602 e 603, in quanto il superamento del tasso soglia per effetto della L.108/96, determina la sostituzione automatica del tasso convenzionale con il tasso soglia vigente alla data del superamento, ai sensi degli artt. 1319 e 1419 c.c. Di recente, invece, Cass. Sez. I 12.04.2017, n. 9405, nel sancire l'applicabilità del tasso soglia in sostituzione del tasso contrattuale divenuto ultra legale, pur facendo espresso riferimento alla norma d'interpretazione autentica della L. 108/96, ne ha escluso la rilevanza alla fattispecie concreta, limitando semplicemente ad escludere l'applicazione delle sanzioni civili e penali ex artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c., ferme le altre sanzioni civili.

⁶⁶ Corte Costituzionale, sentenza 25.02.2002, n.29.

⁶⁷ Cfr. FIORELLA, *Appunti sulla struttura del delitto di usura in Mercato del credito ed usura*, Milano, 2002, 232.

⁶⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, sentenza del 18.03.03, n. 20148. In dottrina cfr. MARCELLI, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità*, 2014, in *www.assottu.it* e in *www.dirittobancario.it.*; FRESCURA, *L'accertamento dell'usura nei finanziamenti bancari*, 2010, in *www.alialex.it* ove, nella medesima direzione, indica la seguente bibliografia: CATANIA, *Usura, profili penali e civili*, Utet 2006 pagg. 27 – 30; NAVAZIO in *Le usure - Mercato illecito del danaro e tutela delle vittime*, Cacucci 2008, pag. 123; CRISTOFANO, *Usura: la tutela civile e penale dei danneggiati*, Cedam 2001 pag. 104. Per una disamina dei rapporti tra "bene tutelato" dalla norma penale e contratti cfr. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006.

mutuo si svolgerà secondo il percorso fisiologico pre-stabilito ovvero mediante la puntuale ed ordinaria corresponsione degli interessi corrispettivi, o se invece, incapperà in ostacoli patologici. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi improbabili, ma comunque possibili, se previste in contratto, in cui il mutuatario intenda estinguere anticipatamente il rapporto⁶⁹ o a quelle in cui è la banca a decidere di risolverlo dopo la sua contrazione. In tali ipotesi patologiche, anche gli interessi corrispettivi, dall'essere considerati costi certi, diventano, al pari dei moratori, costi incerti, subordinati al verificarsi di determinate condizioni. A sostegno della rilevanza della promessa usuraria, soccorre la particolare natura dei contratti di credito, i quali si caratterizzano per una prestazione, l'erogazione di denaro, contestuale alla conclusione del contratto, ed una controprestazione, la restituzione del denaro, postergata nel tempo, perché è nel tempo che la restituzione avviene. E dunque, a contare nel nostro diritto vigente, non è semplicemente la previsione di tassi usurari al momento della conclusione dell'accordo ma, anche le dazioni di vantaggi usurari successive a quel momento, in quanto la *distantia temporis* è elemento intrinseco dell'operazione di credito e poiché, l'obbligo di restituzione della somma erogata, ricade proprio sul soggetto debole del rapporto contrattuale, il debitore. V'è da dire, però, che l'impianto normativo ex art. 644 c.p. sanzionando tutti i patti di deroga che risultino nulli ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c., va a sancire una maggiore gravità, sul piano meramente sanzionatorio, dell'usura *ab origine* rispetto a quella sopravvenuta. Ne consegue che la differenza tra le due diverse manifestazioni temporali del fenomeno, sul piano sanzionatorio, trova giustificazione nella maggiore gravità dell'ipotesi pattizia poiché si suppone che la banca che conceda credito – se impresa, non può non sapere – sia a conoscenza che quel tasso supera il massimo in quel momento consentito all'autonomia privata⁷⁰. A salvaguardare da rischi di erosione tecnocratica delle regole dello stato di diritto espresse dalla gerarchia delle fonti normative, che vede all'apice la previsione di rango

⁶⁹ Si veda, a tal proposito l'ordinanza del Tribunale di Bari del 19.10.2015, in www.dirittobancario.it, in relazione alla commissione per l'estinzione anticipata "Per quanto attiene a quest'ultima commissione, deve rilevarsi che, sebbene sia determinata in misura percentuale sul capitale residuo, ai fini dell'accertamento dell'usurarietà del mutuo il calcolo deve essere operato con riferimento al capitale concesso a mutuo dovendosi aver riguardo al momento in cui le condizioni vengono pattuite, così come prescrive la legge, considerato che in ipotesi ben può accadere che l'estinzione anticipata venga richiesta a distanza di qualche giorno".

⁷⁰ DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 166: "la soluzione qui accolta, per cui rileva anche il tempo della maturazione degli interessi (ovvero di esigibilità della prestazione) non viene a predicare nessuna specie di invalidità o di altro vizio sopravvenuti. Lottica è decisamente diversa: rispetto ai periodi futuri, la clausola non è – nel momento della stipula – né valida, né invalida: è solo in attesa di produrre i suoi effetti ex art. 1374 c.c. La questione è solo rimessa al tempo opportuno".

primario dell'art. 644 c.p., è intervenuta più volte la Suprema Corte di Cassazione⁷¹, chiamata a dirimere la divergenza di orientamenti sull'omogeneità dei dati da porre a confronto in punto di usura, ad oggi rimessa al vaglio delle Sezioni Unite⁷², nonostante il chiaro riferimento testuale, nell'art.1 della legge n. 108/96 all'eventualità della disomogeneità dei dati da confrontare, sorretta dalla circostanza che nel contesto della vigente normativa antiusura, non vi è una regola esplicita di omogeneità dei dati in comparazione, né la si è mai prevista, né le Istruzioni di Banca d'Italia possono colmare tale lacuna, per la loro distanza da interferenze con i negozi dell'autonomia privata. Resta certo un dato. La sanzione della nullità, rimanda ad un vizio genetico dell'atto, onde il giudizio di validità va formulato con riguardo esclusivo alla situazione di fatto e al contesto normativo vigente al momento della conclusione del contratto, mentre tutte le vicende successive vanno ad incidere sul rapporto da esso originato e, dunque, solo la promessa usuraria o usura *ab origine*, andrebbe considerata ai fini della rilevanza della fattispecie, essendo il giudice vincolato ad una interpretazione autentica degli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c., così come modificati dalla L. n. 108/96, in virtù dell'art. 1 del D.L. n. 394/2000, convertito nella L. n. 24/2001, c.d. di interpretazione autentica. Infatti, ai fini della qualificazione della qualificazione usuraria del tasso, occorre riportarsi al momento della pattuizione originaria, al momento in cui gli interessi sono stati promessi o convenuti, indipendentemente dal loro pagamento⁷³. Ordunque, se è ormai acclarato che non si può parlare di "nullità sopravvenuta", posto che la nullità è vizio genetico dell'atto, permane il problema dell'usura sopravvenuta, posto che il fluire del tempo rende necessario valutare le conseguenze, *in itinere*, ai fini della verifica costante dell'usurarietà di un rapporto di credito. Una sola certezza vi è: la consapevolezza che l'art. 1 della L. 24/2001 esclude l'applicazione delle sanzioni di cui agli artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c. al fenomeno dell'usura *ex post* e le riserva ai soli casi più gravi di promesse usurarie, mentre di difficile soluzione è un altro problema, relativo al regime economico sostitutivo da applicare all'usura so-

⁷¹ Così Cass. Civ., 5 aprile 2017, n. 8806 in www.ilcaso.it, "La centralità sistematica della norma dell'art. 644 in punto di definizione della fattispecie usuraria rilevante non può non valere, peraltro, pure per l'intero arco normativo che risulta regolare il fenomeno dell'usura e quindi anche per le disposizioni regolamentari ed esecutive e per le istruzioni emanate dalla Banca d'Italia. Se è manifesta l'esigenza di una lettura a sistema di queste varie serie normative, pure appare chiaro che al centro di tale sistema si pone la definizione di fattispecie usuraria tracciata dall'art. 644, alla quale si uniformano, e con la quale si raccordano, le diverse altre disposizioni che intervengono in materia".

⁷² Cass. Civ., ord. 9 maggio 2017, n. 15188 in www.dirittobancario.it, già cit.

⁷³ Così *cf.* Cass. Ss. Uu. 19.12.2007, n. 26724 in www.indiritto.it e Cass. Ss. Uu. 19.12.2007 n. 26725 in www.ilcaso.it.

pravvenuta. Su tale questione si è pronunciata, di recente la Suprema Corte nella sentenza n. 9405/2017⁷⁴, stabilendo che la norma d'interpretazione autentica, art. 1 del D.L. n. 394/2000, convertito nell'art.1 della L. n. 24/2001, secondo la quale la valutazione dell'usurarietà del tasso di interesse deve essere svolta sulla base di quello pattuito originariamente, non elimina l'efficacia del rilievo dell'illiceità dovuta al sopravvenuto superamento del tasso soglia, ma esclude solamente che possano essere escluse le sanzioni civili e penali stabilite dall'art. 644 c.p. e 1815 c.c., (come già ribadito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 29/2002, confermata dalla Cassazione nella sentenza n. 17150/20169). Tale conferma ci riporta ad una *vexata quaestio*, relativa alla rilevanza usuraria degli interessi di mora. Il punto controverso è capire se gli interessi di mora, debbano ricondursi nella fattispecie di usura pattizia o in quella sopravvenuta. Se si guarda al tenore letterale della norma dell'art. 1815, comma 2, c.c. si vede che la sanzione della nullità della clausola che prevede interessi usurari, opera indipendentemente dal *nomen* dell'interesse, e sia la sentenza della Corte Costituzionale n. 29/2002, sia la celeberrima pronuncia della Cassazione Penale n. 350/2013 hanno acclarato che s'intendono usurari gli interessi che superano la soglia legale nel momento in cui sono promessi o convenuti, a qualunque titolo, dunque anche a titolo di mora. Ne deriva che la funzione remunerativa di tutti gli interessi, induce a ritenere che anche quelli di mora, a prescindere da una concreta verifica, siano assoggettati alla normativa antiusura, in quanto la clausola che li prevede ben può essere assimilata ad una clausola penale⁷⁵, restando ancora incerto il regime sanzionatorio derivante dall'accertata rilevanza usuraria del tasso di mora, se volto in direzione di una nullità della clausola e consequenziale gratuità del mutuo⁷⁶ o, se, volta alla mera pronuncia di nullità della singola pattuizione invalida⁷⁷. Sulla scorta della distinzione tra reati di danno e reati di pericolo e della collocazione dell'usura nella seconda categoria, mi viene da dire che l'interesse di mora, a prescindere dal verificarsi concreto dell'inadempimento, vada a sommarsi a quelle voci che contribuiscono a rendere il tasso pattuito smisurato, usurario e che le clausole di salvaguardia, inserite nei contratti di credito al fine di ricondurre in automatico l'interesse di mora nei limiti della soglia⁷⁸, non risolvono il problema dell'usurarietà del

tasso per la previsione, *ex contractu*, di interessi di mora, che seppure solo potenziali o irreali, derivano comunque da una precisa e razionale volontà di parte, quella della banca, che fa la promessa usuraria e che con l'ordinaria diligenza professionale e buona fede oggettiva, conosce o dovrebbe conoscere i meccanismi insiti nell'oscillazione dei tassi di mercato. Se è indiscussa, dunque, la maggiore gravità della "promessa di vantaggi usurari", alla quale si ricollegano le più aspre e severe sanzioni civili e penali *ex artt. 644 c.p. e 1815, comma 2, c.c.*, altrettanto fuori di ogni ragionevole dubbio è la circostanza che la norma *ex art.1, Legge n. 108/96*, contempla anche la "dazione di vantaggi usurari", quando recita "*si fa dare vantaggi usurari*", a conferma che nel nostro ordinamento rilevano anche le dazioni usurarie, postume all'originaria pattuizione. Del resto, l'usurarietà è, per sua natura, intrinsecamente variabile e concettualmente legata al tempo, e dipende dal livello medio dei tassi di mercato, un mercato regolamentato e in regime di libera concorrenza⁷⁹, nel quale, ad esempio, il contratto di mutuo, non rimane estraneo né muore col finire del primo TEGM rilevato, quello di prima applicazione, ma partecipa alle varie frazioni temporali in cui è destinato a durare, in un fiume carsico di tassi, ai quali la banca creditrice, si affida. Dopo la normativa antiusura, la Corte Suprema si è molto dedicata alla problematica dell'usurarietà sopravvenuta dei rapporti di credito, specialmente di quelli aperti in data anteriore alla L. n.108/96 e vigenti ancora. Nei soli rapporti ancora in corso al tempo dell'entrata in vigore della legge n. 108/96, non riguardo a quelli già esauriti⁸⁰, esposti al concreto rischio di discesa dei tassi medi di mercato, al punto di far divenire usurario quello pattuito nel contratto, oppure rimessi alla discrezionalità della banca creditrice, avvezza, nel tempo, a caricare di costi, commissioni e spese, non originariamente previste, il rapporto in corso d'opera. Per tali rapporti e limitatamente alla sola parte ancora *in itinere*, si ammetteva l'usura sopravvenuta, nonostante il rimedio della gratuità dell'intero contratto *ex art. 1815 c.c.* non poteva applicarsi. Successivamente, dopo l'interpretazione autentica della normativa antiusura ad opera della L. n. 24/2001, art. 1, comma 1, in relazione ai rapporti di credito *ante* 108/96 ma ancora *in itinere*, è intervenuta una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione Civile del 17 agosto 2016, n. 17150, la quale ha sancito un principio innovativo in materia di usura sopravvenuta; pur confermando la radicata soluzione di diretta applica-

⁷⁴ Cass. Civ.; sez. I, sentenza del 12.04.2017, n. 9405 in *www.dirittobancario.it*.

⁷⁵ La clausola di previsione degli interessi di mora predetermina l'importo dei danni conseguenti all'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, cfr. Cass. Civ., sez. III, sentenza 18.11.2010, n. 23273 e conformi Cass. Civ., sez. II, 17.03.1994, n. 2538; Cass. Civ., sez. III, 21.06.2001, n.8481 e ABF, Collegio di Roma, 17.01.2014, n. 260.

⁷⁶ App. Venezia, 18.02.2013, n. 342, in *www.ilcaso.it*.

⁷⁷ Così Trib. Napoli, ord., 28.01.2014, in *www.expartecreditoris.it*

⁷⁸ Sul punto si veda Cass. Civ., sentenza del 22.06.2016, n.

12965, in *www.ilcaso.it*, che in relazione a clausole di salvaguardia inserite in un contratto di apertura di credito in *c/c*, ne ha stabilito la nullità ai sensi dell'art. 1344 c.c. perché violano il divieto di pattuire interessi usurari.

⁷⁹ Così, ABF - Collegio di coordinamento del 10 gennaio 2014, n. 77, in *Riv. Dir. Comm.*, 2014, 275 e ss..

⁸⁰ Esauriti come ha precisato bene la sentenza di Cass. Civ., sez. I, 19 marzo 2007, n. 6514 in *www.miolegale.it*.

zione delle disposizioni di cui alla legge antiusura, la Corte ha sancito che tale applicazione opera non *ex tunc*, bensì *ex nunc*, per l'avvenire. Il discorso, però non può certamente arrestarsi alla constatazione della "inefficacia sopravvenuta" della relativa clausola, in quanto è altrettanto preliminare individuare il regime economico sostitutivo di quello usurario, che risulta eliminato per legge⁸¹. Né a fondamento della richiesta di nullità o inefficacia della clausola di determinazione di interessi, divenuta usuraria nel tempo, può valere la mera circostanza che la banca creditrice, abbia violato il dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, posta fondamento della richiesta del mutuatario. A tale conclusione son giunti gli Ermellini nella recente sentenza a SS.UU. del 19 ottobre 2017, n. 24675⁸², dando alla buona fede oggettiva una concezione che rimanda alla fase esecutiva del rapporto di credito, affermando che la pretesa della banca mutuante di percepire interessi divenuti usurari per il sopraggiunto superamento del tasso soglia, non integra, di per sé, comportamento contrario a buona fede. Nella controversa fattispecie dell'usura sopravvenuta, il vero problema non è tanto verificare la nullità sopravvenuta della clausola o la violazione di un dovere di buona fede in capo al creditore che pretende il pagamento di interessi divenuti, nel tempo, usurari, quanto piuttosto verificare se è conforme a ragionevolezza e giustizia la cristallizzazione della dazione di interessi che, a partire da un determinato periodo coincidente con il momento della rilevazione trimestrale, sia considerata *contra legem*, stante il carattere imperativo e inderogabile della normativa di determinazione dei tassi soglia⁸³. Né può dirsi esaustiva una soluzione rimediale alla fattispecie dell'usura sopravvenuta, per la intrinseca diversità degli interessi soggettivi delle parti. Inoltre, mentre gravosa è la posizione del debitore, ovvero di chi subisce l'usura, non può dirsi tale quella del creditore, professionista del credito, che non può non ignorare né prevedere, che il superamento del tasso pattuito superi le soglie legali, traendone un indiscusso beneficio dallo stesso. Il rimedio affidato al combinato disposto *ex artt.* 1339 e 1419 comma 2, c.c. quale presidio idoneo ad incidere sul contenuto del contratto, mediante l'inserimento di disposizioni imperative, indipendentemente dalla nullità delle clausole contrattuali sostituite, si rivela, così, non congruo perché non tutela in maniera sufficiente chi subisce l'usura, spe-

cialmente se l'intermediario, al cospetto delle doglianze del cliente, mantiene inalterato il proprio comportamento, mostrandosi indifferente alla sua richiesta, quasi a volersi giovare di tale situazione, o, meglio, ad approfittarne. Le SS.UU., nella recente sentenza n.24675 del 18.07.2017, escludendo il rimedio dell'operatività dell'art.1339 c.c. in relazione all'art. 1419 c.c. come conseguenza del disconoscimento della nullità parziale sopravvenuta, ipotizzano piuttosto, l'operatività del meccanismo di sostituzione *ex art.* 1339 c.c. in relazione all'art.1374 c.c., per due ordini di motivi. *In primis*, per apporre un limite oggettivo alla prestazione variabile del mutuatario, *in secundis*, per conferire al contratto viziato da usura un criterio di adeguamento, al quale le parti avrebbero guardato se avessero previsto l'andamento dei tassi medi di mercato, non prevedibile perché slegato dall'accordo contrattuale. Sebbene tale rimedio non sortisca l'effetto tanto auspicato, ovvero di tutelare la posizione del mutuatario "usurato", piuttosto configura un freno in un ottica di salvaguardia del rapporto di credito viziato da un'eccessiva discrasia tra tasso pattuito e tasso effettivamente applicato, riportandolo nei limiti della soglia. Oltre la soglia così definita scatta l'ultralegalità del tasso per usura, meritevole di opportuna tutela giurisdizionale, al fine di ristabilire l'equilibrio contrattuale. Il ricorso al meccanismo rimediale di sostituzione automatica del tasso usurario, ai sensi dell'art.1339 c.c.⁸⁴ andrebbe ad applicarsi in tutti i casi di eccessiva discrasia del tasso dalla soglia antiusura ovvero in tutte le ipotesi che la legge considera inderogabili⁸⁵. E se la mera circostanza oggettiva del superamento del tasso convenuto in contratto rispetto al tasso soglia, non basta ad integrare la violazione del canone di buona fede oggettiva da parte della banca creditrice, sarebbe opportuno, al di là dei rimedi concretamente applicabili, che la Suprema Corte, volga l'indagine ai *facta concludentia*, ovvero al comportamento di parte creditrice, perché, se è utopistico pensar che la banca, *sua sponte*, possa denunciare la sopravvenuta usurarietà del rapporto di credito, quanto meno non dovrebbe rimanere inerme alle richieste del cliente, gravato dal peso di un tasso divenuto usurario. E se il sopravvenuto superamento del tasso pattuito in un contratto anteriore alla legge n.108/96 non determina la nullità o inefficacia della clausola di determinazione, non integrando un comportamento contrario alla buona fede, certamente non può non leggersi un vero e proprio approfittamento di parte creditrice che rasenta gli estremi dell'opportunità.

⁸¹ Infatti, la nullità del patto usurario – anche sopravvenuto – raffigura, come è noto, una ipotesi clinica, paradigmatica si potrebbe pure dire, di nullità di protezione. Ne segue, tra l'altro, che resta esclusa ogni eventuale possibilità di propagazione dell'invalidità dal patto al contratto.

⁸² E, in medesima direzione già si era pronunciata la Corte in Cass. Civ., SS.UU. 18 luglio 2017, n. 24675.

⁸³ In tal senso, FEDERICO, *Il denaro e il tempo. Brevi note su SS.UU. n. 24675 del 18 luglio 2017 in materia di "usurarietà sopravvenuta"* in *Riv. dir. Bancario*, dottrina e giurisprudenza commenta, estratto n. 11/17, p.6.

⁸⁴ CARRIERO, *Crediti, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 112.

⁸⁵ VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv.dir.civ.*, 2017, 666 e ss.

La reprimenda della Consulta sulla trasparenza delle legislazione contabile, nella verifica di costituzionalità della legge rinforzata sugli equilibri di bilancio. *Nota a Corte costituzionale 29 novembre 2017 n. 247*

abstract

The Judgement of the Constitutional Court n. 247 of 2017, by interpreting obscure rules of State legislation, has established that territorial entities can freely use Budget surplus and multi-annual provision (fondo pluriennale vincolato) as long as they meet all the obligations in due time. The purpose of this essay is to analyse this Judgement and the hard warning by the Constitutional Court to the national legislator on the importance to guarantee transparency and clearness in economic and financial policy choices. This has been consistently considered an indefectible element of the principle of representative democracy.

keywords

Surplus of the local authorities. – Multi-annual fund. – Transparency. – Financial legislation.

abstract

Il lavoro offre una analisi ragionata della sentenza della Corte Costituzionale n. 247 del 2017 la quale, interpretando norme oscure della legislazione statale, ha sancito che gli enti territoriali possono utilizzare liberamente l'avanzo di amministrazione e il fondo pluriennale vincolato rispettando tutte le scadenze delle obbligazioni passive. Viene inoltre commentato il duro monito della Corte Costituzionale al legislatore nazionale affinché renda trasparenti e chiare le proprie scelte di politica economica e finanziaria. Ciò è stato ritenuto un elemento indefettibile del principio della democrazia rappresentativa.

parole chiave

Avanzo di amministrazione – Fondo pluriennale vincolato – Trasparenza legislazione finanziaria.

Corte costituzionale 29 novembre 2017 n. 247; Pres. Grossi, est. Carosi; Regioni Veneto, Friuli e Province autonome Bolzano e Trento (avv. Zanon, Falcon e Von Guggenberg) c. Governo della Repubblica (avv. Stato, De Bellis).

1. Il carattere funzionale del bilancio, inteso come bene pubblico, presuppone quali caratteri inscindibili la chiarezza, la significatività, la specificazione degli interventi attuativi delle politiche pubbliche e pertanto l'accentuarsi della complessità tecnica della legislazione in materia finanziaria richiede adozione di idonei strumenti di trasparenza divulgativa, non potendo ritenersi consentito un abuso della "tecnicità contabile" finalizzato a creare indiretti effetti novativi sulla disciplina specificativa dei principi costituzionali di natura finanziaria e di quelli ad essi legati da un rapporto di interdipendenza.

2. Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lettera *b*), primo periodo, della legge 12 agosto 2016, n. 164, che, secondo la prospettazione della Regione ricorrente, avrebbe l'effetto indiretto di "espropriare" l'avanzo di amministrazione all'ente territoriale che lo ha realizzato per acquisirlo a obiettivi di finanza pubblica in ambito regionale, essendo opponibile, pur nella oscura formulazione della nuova norma, un'interpretazione adeguatrice, che consente di riconoscere che l'avanzo di amministrazione rimane nella disponibilità dell'ente che lo realizza, dovendosi preferire una lettura conforme a Costituzione delle norme contestate, secondo cui gli enti territoriali in avanzo di amministrazione hanno la mera facoltà – e non l'obbligo – di mettere a disposizione delle politiche regionali di investimento una parte o l'intero avanzo.

3. Una corretta interpretazione *secundum constitutionem*, con riferimento all'art. 97 Cost, consente di ritenere che, corrispondendo l'equilibrio di bilancio *ex post* all'assenza di un saldo negativo al termine dell'esercizio finanziario, l'avanzo di amministrazione, una volta accertato nelle forme di legge, è nella disponibilità dell'ente che lo realizza, poiché il principio del buon andamento presuppone anche che al positivo risultato finanziario faccia riscontro una corretta e ottimale erogazione dei servizi e delle prestazioni sociali rese alla collettività.

4. Sotto il profilo della conformità all'art. 81 Cost.

la ventilata possibilità che il vincolo autorizzatorio all'esecuzione di tali spese, riassunte nel fondo pluriennale vincolato, possa essere rimosso *ex lege*, costringerebbe l'ente territoriale a trovare nuove coperture o a rendersi inadempiente, e neppure la legge rinforzata potrebbe introdurre una statuizione collidente con il principio di previa e costante copertura della spesa, dal momento dell'autorizzazione fino a quello dell'erogazione, tenuto conto che la disciplina degli equilibri economico-finanziari del bilancio di competenza non può prescindere dai profili giuridici inerenti alla gestione dei cespiti attivi e passivi e, di conseguenza, al risultato di amministrazione, nella cui determinazione non possono confluire partite contabili aleatorie o di incerta realizzazione, essendo evidente che per tutelare l'affidabilità di soggetto pagatore dell'amministrazione occorre assicurare che la previa copertura della relativa spesa sia "giuridicamente valida", cioè sorretta da tutte le garanzie a favore dei crediti, ivi compresa l'intangibilità della provvista a suo tempo accantonata per onorarli, senza pregiudicare il rispetto delle direttive comunitarie contro il ritardo nei pagamenti.

5. L'art. 1, comma 1, lettera *b*), secondo e terzo periodo, della legge n. 164 del 2016, deve essere inteso nel senso che il fondo pluriennale vincolato continua a essere strutturato in modo tale che accertamenti, impegni, obbligazioni attive e passive sono rappresentate e gestite in bilancio secondo i previsti canoni basilari dell'istituto. L'iscrizione o meno nei titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dell'entrata e nei titoli 1, 2 e 3 della spesa deve essere intesa in senso tecnico-contabile, come criterio matematico armonizzato ai fini del consolidamento dei conti nazionali, mentre devono ritenersi inalterate e intangibili le risorse legittimamente accantonate per la copertura di programmi, impegni e obbligazioni passive concordate negli esercizi anteriori alla scadenza.

La reprimenda della Consulta sulla trasparenza delle legislazione contabile, nella verifica di costituzionalità della legge rinforzata sugli equilibri di bilancio

sommario

Premessa. – **1.** Il significato della interpretazione adeguatrice. – **2.** La querelle del fondo pluriennale. – **3.** Il ritardo nei pagamenti. – **4.** Le ulteriori criticità costituzionalmente rilevanti. – **5.** Riflessi della legge rinforzata.

Premessa

Una pronuncia ricca di indicazioni ed enunciati che va letta in controtuce, poiché, sebbene apparentemente di rigetto delle molteplici questioni proposte, in realtà ne accoglie i contenuti, con una elaborata e diffusa interpretazione adeguatrice, non priva di cenni

all'oscura formulazione della norma censurate¹, che si conclude con un severo richiamo all'obbligo di trasparenza del legislatore nella materia finanziaria di bilancio che, per sua natura, esige chiarezza e accessibilità informativa.

La norma scrutinata è l'art. 1, comma 1, lettera *b*), della legge 12 agosto 2016, n. 164 (Modifiche alla legge 24 dicembre 2012, n. 243 in materia di equilibrio dei bilanci delle regioni e degli enti locali), che introduce nell'art. 9 della legge 24 dicembre 2012, n. 243 (Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, della Costituzione), il comma 1-*bis*².

La pronuncia, per quanto interessa, procede ad uno scrutinio separato del primo periodo e del secondo e terzo periodo, riguardanti, rispettivamente le voci rientranti tra le entrate finali e le spese finali, ai fini del calcolo del saldo di equilibrio non negativo e l'introduzione del fondo pluriennale vincolato, di entrata e di spesa.

La complessiva declaratoria di non fondatezza (e di inammissibilità), con conseguente salvezza nel novellato testo della legge rinforzata (art. 9, comma 1 bis), tuttavia, non costituisce un viatico alla solidità della struttura normativa, a carattere rinforzato e di rango sub costituzionale, poiché, quasi in contemporanea, altre pronunce hanno "bucato" l'unitaria disciplina attuativa del principio di equilibrio dei bilanci pubblici, con il riconoscimento della incostituzionalità di altri non meno importanti articoli della stessa legge rinforzata. con particolare riferimento all'art. 10, comma 5, sulle modalità del potere sostitutivo dello Stato in materia di indebitamento³ e dell'art. 11, comma primo (rimasto unico) sul concorso dello Stato al finanziamento dei livelli essenziali⁴

1. Il significato della interpretazione adeguatrice

È noto che nella teoria generale del sindacato sulle leggi, con le sentenze interpretative adeguatrici, la

¹ La Consulta (al punto 9), in linea generale, ha riconosciuto che la complessa formulazione delle disposizioni impugnate e le difese svolte dal PCM sono idonee a ingenerare il dubbio che esse si configurino effettivamente come prescrittive di contribuzioni vincolate alla realizzazione di obiettivi generali della finanza pubblica allargata.

² L'introdotta comma 1-bis. è il seguente: Ai fini dell'applicazione del comma 1, le entrate finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dello schema di bilancio previsto dal decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118, e le spese finali sono quelle ascrivibili ai titoli 1, 2 e 3 del medesimo schema di bilancio (*primo periodo*). Per gli anni 2017-2019, con la legge di bilancio, compatibilmente con gli obiettivi di finanza pubblica e su base triennale, è prevista l'introduzione del fondo pluriennale vincolato, di entrata e di spesa (secondo periodo). A decorrere dall'esercizio 2020, tra le entrate e le spese finali è incluso il fondo pluriennale vincolato di entrata e di spesa, finanziato dalle entrate finali (*terzo periodo*).

³ Corte cost. 6 dicembre 2017, n. 252.

⁴ Corte cost., 10 novembre 2017, n. 235, che ne dichiara l'incostituzionalità per violazione della riserva di legge rinforzata.

Corte trae dalla disposizione legislativa, combinandola con le norme costituzionali, un senso compatibile con la Costituzione, dando luogo, prevalentemente ad una sentenza interpretativa di rigetto; per tali effetti avrebbero un carattere correttivo e, sebbene di rigetto, si configurerebbero come sentenze di accoglimento della questione di diritto prospettata di diritto⁵; L'interpretazione adeguatrice è ascrivibile al più ampio genus delle interpretazioni conformi⁶, attraverso cui il giudice investito di eccezione di costituzionalità la respinge invenendo nell'ordinamento un significato ermeneutico della disposizione contestata conforme alla Costituzione (*secundum constitutionem*) e perciò, nel gergo ormai accettato, costituzionalmente orientato⁷.

L'interpretazione conforme, per effetto della crescente integrazione degli ordinamenti può svolgersi su tre livelli, Costituzionale, comunitario e Principi universali CEDU.

A livello nazionale il preventivo tentativo di ricerca di un'interpretazione conforme a costituzione è ormai considerata come condizione di ammissibilità del giudizio incidentale di costituzionalità e, in ogni caso, di una disposizione legislativa si pronuncia l'illegittimità costituzionale solo quando non se ne può dare un'interpretazione conforme a Costituzione⁸; in altri termini, la Corte costituzionale, tra la dichiarazione di incostituzionalità di una norma di legge "ricavata" o "proposta" in virtù dei tradizionali canoni ermeneutici, ritiene prevalente l'argomento della interpretazione conforme a Costituzione, elevandolo ad espressione di principio costituzionale⁹.

⁵ LOMBARDI, Sentenze correttive di rigetto della Corte costituzionale come sentenze di accoglimento in rapporto al punto di diritto, in *Giur. it.* 1961. I, 1153; PIERANDREI, Corte costituzionale, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano 1962., 983.

⁶ Il Giudice delle leggi ha precisato, a più riprese, che in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile dare interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali, specificando che i giudici non possono abdicare all'interpretazione adeguatrice e che, nell'adempimento del compito di interpretare le norme di cui devono fare applicazione, di fronte a più possibili interpretazioni di un sistema normativo, essi sono tenuti a scegliere quella che risulti conforme a Costituzione (sent. n. 121/1994).

⁷ D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Relazione, Relazione conclusiva al Seminario "Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici", Corte costituzionale, Roma, 6.11.2009; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, (Annali), IX, Milano, 2016, 462; R. BIN. *L'interpretazione conforme. due o tre cose che so di lei*, in *Aic* n. 1/2015.

⁸ Corte cost. 13 febbraio 2014, n. 23, in *Giur. cost.* 2014, 341 e 20 marzo 2013, n. 46, *ivi* 2013, 2397.

⁹ F. MODUGNO; *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in *AIC*. 2/2014. Nella relazione del Presidente Grossi del 9 marzo 2017 si dà atto che la Corte ha ormai superato l'idea monopolistica del sindacato di costituzionalità ed ha anche superato il criterio del cosiddetto "diritto vivente", secondo cui l'ipotesi di un'interpretazione costituzionalmente conforme regrediva di fronte a un diverso indirizzo consolidato in giurisprudenza, so-

In sostanza, nelle pronunce interpretative di rigetto (sentenza o ordinanza) il giudice delle leggi decide di non procedere alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale, ma compie un'interpretazione alternativa traendo dalla disposizione una norma diversa, giudicata conforme, o la sola conforme, ai principi della Carta fondamentale; in altri termini, la contrarietà della legge alla Costituzione è affermata non in assoluto ma in quanto alla disposizione si dia un certo significato, ossia nei sensi e nei modi chiariti nella motivazione¹⁰.

Va tenuto presente che, pur convenendosi che l'interpretazione adeguatrice non costituisca semplicemente motivo della decisione, ma acquisti rilevanza esterna entrando a far parte del deciso, come suo elemento costitutivo, si esclude il valore vincolante delle decisioni interpretative di rigetto, in quanto sprovviste dell'efficacia *erga omnes* attribuita dall'articolo 136, comma 1, della Costituzione alle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma di legge, permanendo tuttavia il vincolo di carattere negativo che impedisce di applicare la norma nel significato giudicato incostituzionale¹¹.

Per i principi contabili, in particolare, vale la regola dell'interpretazione conforme a Costituzione, secondo la quale, in presenza di ambiguità o anfibologie del relativo contenuto, occorre dar loro il significato compatibile con i parametri costituzionali¹².

La pronuncia ha la peculiarità che, in assenza di un giudice a quo, trattandosi di ricorso in via principale¹³, che avrebbe potuto farsi carico del tentativo di interpretazione conforme, vede la Corte impegnata direttamente a reperire una interpretazione che adegui la lettura proposta in senso compatibile con il quadro ordinamentale e costituzionale; la Corte, infatti, ha dichiaratamente inteso adeguare l'interpretazione prospettata dalle Regioni ricorrenti, in modo da ras-

prattutto delle giurisdizioni superiori. La regola attuale è quella che attribuisce, in primo luogo, al giudice comune il compito di verificare, all'interno del suo giudizio, la praticabilità di interpretazioni rispettose del dettato costituzionale, salvo l'estremo rimedio della rimessione quando l'esperimento delle adeguate opzioni ermeneutiche sia risultato vano. Ed è la stessa Corte che si fa garante dell'assolvimento di questo obbligo, vigilando sui casi di omissione anche del semplice tentativo di questa attività.

¹⁰ V. MARINELLI, *Le decisioni c.d. «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.* 2009, 365, ritiene che le decisioni interpretative corrispondono a due modi generali di un sillogismo disgiuntivo; le decisioni interpretative di rigetto si conformano al modo con premessa assertoria affermativa (*modus ponendo tollens*), quelle di accoglimento si conformano al modo con premessa assertoria affermativa.

¹¹ Cass. pen, S. U., 17 maggio 2004, n. 23016, in *Giur. it.* 2005, 579; Cass., S.U., 16 dicembre 2013, n. 27986, in *Foro amm.* C.d.S. 2013, 378.

¹² Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 279, in *Giur. cost.* 2016, 2397 e 12 ottobre 2016, n. 219, *ivi* 2018, 1769.

¹³ Il ricorso è stato ritenuto ammissibile perché le regioni con riferimento a vari parametri lamentavano un effetto lesivo degli equilibri di bilancio dei singoli enti territoriali e della propria autonomia costituzionalmente garantita.

sicurarle dell'assenza di qualsiasi potenziale discrezionalità dello Stato e salvaguardare, in parte qua, il tessuto normativo appena rimodulato¹⁴; la dottrina ha rilevato, che siffatto genere di sentenze adeguatrici sono divenute piuttosto frequenti nei giudizi principali promosse dalle regioni, in via cautelativa, allo scopo di vincolare il Governo nel dare attuazione alle previsioni legislative e preconstituire il terreno per sollevare eventuali conflitti di attribuzione¹⁵.

La giudice delle leggi ha ritenuto che la modalità di proposizione di ricorsi cautelativi non incide sulla loro ammissibilità, atteso che, per costante giurisprudenza costituzionale, possono trovare ingresso, nel giudizio in via principale, questioni promosse in via cautelativa¹⁶ ed ipotetica, sulla base di interpretazioni prospettate soltanto come possibili, purché non implausibili e comunque ragionevolmente collegabili alle disposizioni impugnate¹⁷.

La Consulta è poi tornata sulla complessità tecnica delle regole di redazione dei bilanci degli enti territoriali, caratterizzati da un alto grado di analiticità e, talvolta, da un rilevante deficit di chiarezza, riaffermando che, perciò, tali regole devono essere assoggettate a interpretazione adeguatrice quando un loro potenziale significato possa entrare in collisione con i fondamentali principi di copertura della spesa e di equilibrio del bilancio contenuti nell'art. 81 Cost. e con gli altri precetti finanziari di rango costituzionale¹⁸; in particolare l'elevata tecnicità degli allegati di bilancio e il conseguente deficit in termini di chiarezza, devono essere necessariamente compensati, in sede di approvazione del rendiconto, da una trasparente, corretta, univoca, sintetica e inequivocabile indicazione del risultato di amministrazione e delle relative componenti di legge.

2. La querelle del fondo pluriennale

La pronuncia in rassegna non manca di sottolineare che il fondo pluriennale vincolato è una posta di

bilancio introdotta dalla nuova disciplina in materia di armonizzazione dei sistemi contabili di cui al d.lg. n. 118 del 2011¹⁹.

La Consulta ricorda che l'istituto del fondo pluriennale vincolato, è finalizzato a gestire in modo coerente e funzionale l'introduzione, nella gestione finanziaria degli enti territoriali, della cosiddetta "competenza rinforzata"; detto principio trova disciplina nel d.lg. n. 118 del 2011, allegato 1, punto 16, il quale prescrive che tutte le obbligazioni giuridicamente perfezionate attive e passive, che danno luogo a entrate e spese per l'ente, devono essere registrate nelle scritture contabili quando l'obbligazione è perfezionata, con imputazione all'esercizio in cui l'obbligazione viene a scadenza. È, in ogni caso, fatta salva la piena copertura finanziaria degli impegni di spesa giuridicamente assunti a prescindere dall'esercizio finanziario in cui gli stessi sono imputati.

Il medesimo testo normativo già prevedeva che, al fine di dare attuazione al predetto principio gli enti territoriali, a decorrere dall'anno 2015, avrebbero iscritto negli schemi di bilancio il fondo per la copertura degli impegni pluriennali derivanti da obbligazioni sorte negli esercizi precedenti, di seguito denominato fondo pluriennale vincolato, e ne specificava la composizione.

Il fondo pluriennale vincolato è cumulato, in quanto l'importo iscritto in entrata in ciascun esercizio riporta tutte le risorse rinviate dagli esercizi precedenti, sia quelle relative agli impegni imputati all'esercizio cui si riferisce il bilancio, sia quelle relative agli esercizi successivi e perciò dovrebbe consentire di rappresentare contabilmente, con trasparenza e attendibilità, la distanza temporale intercorrente tra l'acquisizione delle risorse ed il loro effettivo impiego e quindi il grado di realizzazione della programmazione di spesa.

Per la Corte, la qualificazione normativa del fondo pluriennale vincolato costituisce una definizione identitaria univoca dell'istituto, la cui disciplina è assolutamente astretta dalla finalità di conservare la copertura delle spese pluriennali. Ciò comporta che nessuna disposizione – ancorché contenuta nella legge rinforzata – ne possa implicare un'eterogenesi semantica e funzionale senza violare l'art. 81 della Costituzione.

Pertanto, dall'analitica definizione normativa del fondo pluriennale vincolato, si ricava che la norma censurata non può essere interpretata come modificativa della copertura delle obbligazioni e degli impegni legittimamente assunti dall'ente territoriale, cui corrisponde il vincolo del fondo pluriennale, "naturalmente" finalizzato a conservare le risorse necessarie per onorare le relative scadenze finanziarie.

¹⁹ Già la legge n. 208 del 2015 aveva previsto il fondo pluriennale vincolato limitatamente all'anno 2016 (art. 1, comma 711, secondo periodo), con conseguente esclusione per gli anni successivi: tale esclusione è stata impugnata dalla Provincia autonoma di Trento con il ricorso iscritto al n. 20 del 2016.

¹⁴ MORELLI, *Doverosità della previa verifica di una possibile interpretazione adeguatrice ai fini dell'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità e diverso regime del giudizio in via principale*, in Giust. civ., 1997, 2354. D. PARIS, *Le sentenze interpretative di rigetto (e di inammissibilità) nel giudizio in via principale*, in Consultaonline, 2012.

¹⁵ R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2014, 486.

¹⁶ Tale approccio, però, è visto come disfunzione quando l'impugnazione finisce per configurarsi come una sorta di rimedio cautelativo, esperito in vista di una più ponderata valutazione dell'effettiva portata della lesione lamentata (Relazione Presidente Grossi aprile 2016)

¹⁷ Corte cost., 4 luglio 2017, n. 154, in www.cortecostituzionale.it e 14 gennaio 2016, n. 3, ivi.

¹⁸ Corte cost., 20 dicembre 2017 n. 274, in www.cortecostituzionale.it, che, tra l'altro, ricorda che la copertura economica delle spese ed equilibrio del bilancio sono due facce della stessa medaglia, dal momento che l'equilibrio presuppone che ogni intervento programmato sia sorretto dalla previa individuazione delle pertinenti risorse.

La Corte chiarisce anche che la mancata previsione dell'avanzo di amministrazione tra le entrate disponibili deriva dal fatto che la norma contestata è riferita al momento di redazione del bilancio di previsione, mentre l'accertamento del risultato di amministrazione²⁰ dell'anno precedente avviene, a esercizio inoltrato, con l'approvazione del rendiconto; solo dopo l'eventuale accertamento del risultato positivo, la risorsa può essere iscritta in bilancio con apposita variazione in entrata e in uscita²¹.

Le conclusioni della Consulta sono ineccepibili poiché è indubbio che si tratta di un fondo finanziario che garantisce la copertura di spese imputate agli esercizi successivi a quello in corso, costituito da risorse già accertate nell'esercizio in corso, destinate al finanziamento di obbligazioni passive dell'ente esigibili in esercizi successivi a quello in cui è accertata l'entrata²².

Il Fondo è finalizzato, infatti, al sostenimento di determinate tipologie di spesa specificamente individuate ed è pluriennale, in quanto destinato a garantire il raccordo tra più esercizi e a essere gestito in un arco temporale più esteso dell'esercizio annuale e trova appostamento contabile tanto in entrata quanto in spesa²³.

Dal principio della competenza finanziaria potenziata deriva la necessità di istituire il fondo pluriennale vincolato, il quale serve a garantire gli equilibri del bilancio nei periodi intercorrenti tra l'acquisizione delle risorse ed il loro impiego, dando evidenza contabile e rilevanza giuridica ad alcune diacronie intercorrenti tra la realizzazione delle entrate e l'erogazione delle spese²⁴.

²⁰ Il risultato di amministrazione rappresenta il saldo complessivo costituito dal fondo di cassa esistente al 31 dicembre, maggiorato dei residui attivi e diminuito dei residui passivi, al netto del fondo pluriennale vincolato.

²¹ In una successiva pronuncia (sent. 20 dicembre 2017 n. 274, cit.) è stato ribadito che la modalità di utilizzazione del risultato di amministrazione non sono viene scalfita ma semmai raffinata dall'introduzione di alcuni istituti come il Fondo pluriennale vincolato e il Fondo dei crediti di dubbia esigibilità

²² Circ. RGS 3 aprile 2017, n. 17.

²³ Il FPV opera in due direzioni: la prima riguarda il momento della programmazione e della correlata previsione di bilancio; la seconda riguarda la gestione, occorrendo che sia finanziato da entrate regolarmente accertate e imputate in applicazione del principio di competenza finanziaria potenziata (Linee guida Sez. auton. del. n. 9/2016). Risultando rilevante il "fondo pluriennale vincolato" ai fini del nuovo saldo di finanza pubblica, la correttezza della determinazione del fondo al termine dell'esercizio 2015 evita la possibilità di azioni elusive in ordine al rispetto di detto saldo.

²⁴ Corte cost., 11 gennaio 2017, n. 6, in Giur. cost. 2017, 20, secondo cui l'appropriata definizione del fondo pluriennale, interpretata in modo costituzionalmente orientata è condizione essenziale per la determinazione del disavanzo tecnico di amministrazione e del corretto utilizzo del risultato di amministrazione poiché l'istituto del disavanzo tecnico costituisce una tassativa eccezione alla regola del pareggio di bilancio ed, in quanto tale, risulta di strettissima interpretazione ed applicazione; nella stessa pronuncia i caratteri fondamentali della competenza finanziaria

Va tenuto presente che il fondo pluriennale, per quanto iscritto tra le entrate, costituisce componente negativa del risultato di amministrazione iscritto come prima posta delle entrate o spese del bilancio e ciò significa che è finanziato con parte dell'avanzo o che incrementa il disavanzo da finanziare con le entrate dell'esercizio; la copertura che il fondo vincolato assicura su scala pluriennale non impedisce, tuttavia, che, una volta imputati ai singoli esercizi i residui riaccertati, possa verificarsi, sul singolo esercizio, una eccedenza di residui passivi determinando il c.d. disavanzo tecnico previsto dall'art. 3, comma 13 d.lg. n. 118/2011²⁵.

Per quanto riguarda i vantaggi della nuova tecnica di rilevazione del saldo di equilibrio, anche la Corte dei conti ha di recente osservato che la previsione normativa, sfruttando la connaturale funzione del fondo, si traduce in una crescita delle entrate di competenza, in quanto il saldo fra gli stanziamenti del fondo in entrata ed i corrispondenti stanziamenti in uscita risulta, quantomeno nella fase della sua prima introduzione, generalmente positivo²⁶; allo stesso tempo, occorre considerare che il maggior volume complessivo delle risorse, accresciuto dal computo del "fondo pluriennale vincolato" in entrata, pur compensandosi specificamente nel fondo pluriennale vincolato "in uscita", potrebbe generare un'illusoria capacità di spesa per gli anni successivi²⁷.

Nella parte descrittiva del principio applicato della contabilità finanziaria, peraltro, si mette in evidenza che il principio della competenza potenziata prevede che il fondo pluriennale vincolato sia uno strumento di rappresentazione della programmazione e previsione delle spese pubbliche territoriali, sia correnti sia di investimento, che evidenzi con trasparenza e attendi-

potenziata sono stati così sintetizzati: a) rilevanza contabile e giuridica della dimensione temporale delle obbligazioni attive e passive inerenti ai singoli esercizi finanziari; b) natura autorizzatoria, non solo del bilancio annuale ma anche di quello triennale, i quali sono stati riuniti in un unico documento; c) obbligo della copertura finanziaria a prescindere dall'esercizio di imputazione della spesa; d) imputazione dell'accertamento e dell'impegno alle scritture di un esercizio sulla base della scadenza della relativa obbligazione e della sua esigibilità; e) residui attivi e passivi costituiti solo da obbligazioni giuridicamente perfezionate ed esigibili.

²⁵ BRANCASI, *Bilanci di regioni ed ee.ll: una occasione persa per fare chiarezza sui vincoli di equilibrio e sul relativo rapporto con l'obbligo della copertura finanziaria* (nota a C. cost. n. 6/2017), in Giur. cost. 2017, 29.

²⁶ Corte conti, Sez. auton., 12 luglio 2017, n. 17, ha rilevato che dal 2016, il passaggio all'equilibrio "agevolato" dall'inclusione del fondo pluriennale e dalla non considerazione del fondo crediti di dubbia esigibilità offre agli enti locali un'occasione favorevole di maggiore disponibilità. Nella relazione del Senato si dà atto che la considerazione del Fondo pluriennale vincolato ai fini della determinazione dell'equilibrio complessivo fra entrate finali e spese finali in termini di competenza determina una politica espansiva per gli enti.

²⁷ Corte conti, Sez. auton., 23 marzo 2016, n. 9, in *www.corteconti.it*.

bilità il procedimento di impiego delle risorse acquisite dall'ente, che richiedono un periodo di tempo ultrannuale per il loro effettivo impiego ed utilizzo per le finalità programmate e previste; è anche precisato che l'importo del fondo pluriennale vincolato rileva anche per il tesoriere in quanto, su tale quota dello stanziamento, l'ente non può impegnare e pagare.

Ad evitare equivoci va tenuto presente che, in via di principio, le poste del fondo, in quanto vincolate, non possono alimentare il risultato di amministrazione (art. 186 TUEL e art. 42, principi contabili) che, ai sensi dell'art. 186, comma 1, (e art. 42 cit.), non comprende il fondo pluriennale vincolato.

Poiché il Fondo pluriennale (a regime) assume le caratteristiche di strumento di programmazione e controllo delle modalità e dei tempi di impiego delle risorse, prevalentemente vincolate, è necessario rappresentare contabilmente in modo rigoroso la destinazione delle risorse stesse che, qualora relative alla copertura di spese "impegnate", sono contabilmente descritte nel Fondo pluriennale vincolato, mentre, se destinate a finanziare spese di cui non sia stata perfezionata la relativa obbligazione giuridica, sono rappresentate contabilmente nel risultato di amministrazione tra le quote vincolate²⁸.

Lo sforzo della Consulta nel dare sostegno a una lettura conforme alla Costituzione, non fuga tuttavia le perplessità autorevolmente prospettate²⁹, sul rinvio alla legge di bilancio per l'inclusione del fondo pluriennale in bilancio per gli anni 2017-2019, posto che l'inclusione a regime opera solo dal 2020³⁰.

Il testo definitivo, approvato dal Parlamento a seguito di numerosi emendamenti, in concreto ha previsto una fase transitoria, per gli anni 2017-2019, durante la quale il fondo pluriennale vincolato è introdotto con legge di bilancio, e la definitiva inclusione dello stesso, a decorrere dal 2020, tra le entrate e le spese finali³¹.

²⁸ Corte conti, Sez. auton., 24 febbraio 2014 n. 4 (linee indirizzo), secondo cui la sostanziale differenza tra le risorse affluite al Fondo pluriennale vincolato e quelle affluite al risultato di amministrazione non deve consentire una contabilizzazione carente del presupposto giuridico voluto dal principio contabile.

²⁹ In sede di indagine conoscitiva sul nuovo testo, l'Ufficio parlamentare di bilancio (audizione 26 maggio 2016) ha osservato che il rinvio a una legge ordinaria che stabilisca di volta in volta la quota del FPV da includere nel pareggio, compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica, rischia di compromettere la capacità di programmazione degli enti riguardo la spesa per investimenti. L'intero dossier è consultabile in Rivista webb Corte conti n. 10/2016.

³⁰ La posposizione al 2020 è stata giustificata per il fatto l'introduzione di FPV è stata prevista su base triennale, mentre per il 2016 era stato introdotto in via transitoria dalla legge di stabilità n. 208/2015 (comma 711) e poi stabilizzato con la l. n. 232/2016, (art. 1, comma 466).

³¹ Nella relazione della Commissione bilancio del Senato è spiegato che la soppressione del precedente vincolo di destinazione di eventuali saldi positivi all'estinzione del debito maturato dell'ente e al finanziamento di spese di investimento, è giustificata dal

La legge di bilancio per il 2018 si è conformata alla interpretazione della Corte costituzionale³²

Va tenuto presente, peraltro, che per lo Stato non è previsto il meccanismo del fondo pluriennale vincolato, ma "appositi fondi per ciascuna amministrazione per la reiscrizione dei residui perenti su base pluriennale (art. 34, comma 5, l.c.), permanendo, peraltro, il fondo speciale (unico) per la riassegnazione delle spese correnti e l'altro per i residui perenti di parte capitale, istituiti presso il MEF (art. 27 l.c.).

La norma di cui si discute, pertanto, non ha carattere generale, ma ha una valenza settoriale limitata al comparto degli enti territoriali, sicché più che espressione di un principio di ordine generale, ha una finalità in parte ricognitiva di una disciplina già operante, con l'unica finalità di confermarla in una fonte di rango rinforzato, fissandone, al contempo, la tempistica³³; le leggi rinforzate, o meglio con procedimento rinforzato, infatti, si distinguono sia per forza attiva (possono abrogare solo le leggi che hanno quello specifico contenuto), che per forza passiva, potendo essere abrogate solo dalle leggi formate con quello specifico procedimento³⁴.

In via più generale, tuttavia, ci preme segnalare che, a prescindere dalla non uniformità (per lo Stato e per le autonomie) nella nuova tecnica di rilevazione dinamica della dei movimenti di entrata e spesa, avevamo

fatto che, restando fermo l'obbligo di garantire, a preventivo e a consuntivo, l'equilibrio tra entrate finali e spese finali, gli enti territoriali possano comunque destinare i propri avanzi solo a copertura del proprio debito, ovvero a spese di investimento

³² La legge di bilancio 27 dicembre 2017 n. 2015 (art. 1, comma 880), ha previsto: Le risorse accantonate nel fondo pluriennale vincolato di spesa dell'esercizio 2016 in applicazione del punto 5.4 del principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria di cui all'allegato n. 4/2 annesso al d.lg. 23 giugno 2011, n. 118, per finanziare le spese contenute nei quadri economici relative a investimenti per lavori pubblici e quelle per procedure di affidamento già attivate, se non utilizzate, possono essere conservate nel fondo pluriennale vincolato di spesa dell'esercizio 2017 purché riguardanti opere per le quali l'ente abbia già avviato le procedure per la scelta del contraente fatte salve dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, o disponga del progetto esecutivo degli investimenti redatto e validato in conformità alla vigente normativa, completo del cronoprogramma di spesa. Tali risorse confluiscono nel risultato di amministrazione se entro l'esercizio 2018 non sono assunti i relativi impegni di spesa.

³³ L. BARTOLUCCI, *La legge "rinforzata" n. 243 del 2012 (e le sue prime modifiche) nel sistema delle fonti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, osserva che il procedimento di approvazione della legge n. 243, frettoloso e senza un'istruttoria parlamentare solida, è probabilmente una delle ragioni che hanno portato alle recenti modifiche.

³⁴ R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in *Federalismi.it* n. 6/2013; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2011, Napoli, 2012, 108; L. CASO, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge rinforzata*, in *Riv. C. conti* 2013, 1, 476. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica* 2015, 137

già osservato che il nuovo scenario avrebbe richiesto una verifica in concreto dell'effettività dei benefici in termini di chiarezza e trasparenza³⁵; anche la Corte dei conti ha rappresentato e ribadito che, secondo la competenza potenziata, la divaricazione tra momento dell'assunzione dell'impegno e relativa imputazione in bilancio, può contribuire a rendere meno trasparente la rappresentazione del quadro delle risorse impegnate ma non pagate laddove la fase intermedia rischia di non essere ricostruibile dall'esterno³⁶.

3. Il ritardo nei pagamenti

La Consulta assume tra gli elementi ermeneutici "a contrario", anche la disciplina sul ritardo dei pagamenti adottata in adesione alla direttiva comunitaria 16 febbraio 2011, n. 2011/7/UE, ritenendo (punto 9.4) che la non corretta interpretazione delle disposizioni impugnate costituirebbe un grave passo indietro nel tempestivo adempimento delle obbligazioni passive; se l'art. 1, comma 1, lettera b) della legge n. 164 del 2016 fosse interpretato nel senso proposto dalle ricorrenti, il conseguente pregiudizio all'adempimento delle obbligazioni passive verrebbe a riprodurre i lamentati inconvenienti e a pregiudicare il piano di contrasto al richiamato fenomeno disfunzionale³⁷.

Al contrario, la già esposta interpretazione adeguatrice comporta l'assoluta neutralità delle disposizioni impugnate e la conseguente possibilità di utilizzare il fondo pluriennale vincolato alle scadenze e per gli importi programmati³⁸.

Ovviamente la salvaguardia deve intendersi riferita ai debiti derivanti da obbligazioni regolarmente assunte, transitate in bilancio e già impegnate, mentre restano fuori della copertura dei residui passivi confluiti nel fondo pluriennale, i debiti c.d. fuori bilancio, i quali, pur potendo corrispondere a debiti latenti, non sono considerati liquidi ed esigibili fino a quando non siano

³⁵ SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*. cit. 180, in cui si sottolinea che parlare di competenza finanziaria rafforzata potrebbe quindi apparire un pleonaso, dal momento che la fase centrale della contabilità finanziaria viene svuotata di contenuto, relegandola a mera scritturazione contabile con effetti precari, limitati all'anno finanziario alla stregua di una prenotazione di impegno, fatti salvi i riflessi sul fondo pluriennale flessibile e coacervato, con il rischio di rinviare oneri al futuro, con la motivazione che le obbligazioni non sono ancora venute a scadenza, nascondendo, di fatto, situazioni di difficoltà finanziaria.

³⁶ C. conti, S.R., parere 14 marzo 2016 n. 1, in Riv. C. conti 2016, 1, 47 e Parifica rendiconto generale 27 giugno 2017,

³⁷ Il d.l. 8 aprile 2013, n. 35, ha introdotto il meccanismo delle anticipazioni di liquidità, da intendersi come anticipazioni di cassa di più lunga durata temporale rispetto a quelle ordinarie (Corte cost. n. 181/2015 e 89/2017). L'anticipazione di liquidità, per il suo carattere neutrale rispetto alla capacità di spesa dell'ente, dev'essere finalizzata esclusivamente al pagamento dei debiti scaduti relativi a partite già presenti nelle scritture contabili di precedenti esercizi (Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 274)..

³⁸ L'art. 42, D.lg. n. 118/2011, consente di utilizzare (solo) la quota libera dell'avanzo di amministrazione dell'esercizio precedente per la copertura dei debiti fuori bilancio.

formalmente riconosciuti³⁹.

4. Le ulteriori criticità costituzionalmente rilevanti

Si è fatto già cenno alle altre pronunce che hanno inciso su alcune disposizioni della legge rinforzata, caducandole o conformandole additivamente.

La legge rinforzata, dopo le modifiche, infatti, sembra essere divenuta il bersaglio preferito delle regioni a statuto ordinario e speciale, quasi che volessero recuperare, ora per allora, contestazioni rimaste nel cassetto riferite al testo originario; anche a voler dare atto della non sopita litigiosità strategica⁴⁰ delle autonomie territoriali con poteri legislativi, spesso politicamente strumentale o ostentatamente preconcetta, occorre riconoscere che la rilevata poca chiarezza del testo ne offre lo spunto.

La prima pronuncia⁴¹ ha cancellato (di fatto) il novellato art. 11 della legge rinforzata n. 243/2011, sul concorso dello Stato al finanziamento dei livelli essenziali. nell'unico comma rimasto in vigore dopo la riforma della legge n. 164/2016.

La sentenza ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione della riserva di legge rinforzata, disposta dall'art. 81, sesto comma, Cost., poiché, a differenza del previgente testo, non individua esso stesso alcuna modalità attraverso cui lo Stato concorre al finanziamento, limitandosi a demandare a una futura legge ordinaria ciò che essa stessa avrebbe dovuto disciplinare, degradando così la fonte normativa della disciplina – relativa alle modalità del concorso statale al

³⁹ Cass., 19 dicembre 2003, n. 19562, in Foro amm. C.d.S. 2003, 3582. E. e P. SANTORO, *I debiti commerciali delle pubbliche amministrazioni tra inefficienza e patto di stabilità*. in Riv. trim. q app. 2013, n. 2 418. La disciplina del riconoscimento dei debiti fuori bilancio attiene certamente a finalità connesse all'armonizzazione, al coordinamento della finanza pubblica e all'ordinamento civile e, per quel che riguarda l'armonizzazione dei bilanci pubblici, non può essere consentito che l'eccezionale immissione in bilancio di spese irraturalmente ordinate sia disciplinata in modo differenziato dagli altri enti locali (Corte cost. 13 aprile 2017, n. 80, in www.cortecostituzionale.it).

⁴⁰ Recenti indagini, hanno accertato nel 2016 i ricorsi presentati alla Consulta sono stati 77, il 30% in meno rispetto all'anno precedente. La Consulta ha dovuto decidere, negli ultimi tre lustri, una media di 112 ricorsi l'anno. per un totale di 1.706 ricorsi. Nei ricorsi avviati dallo Stato le pronunce sono state favorevoli n 535 casi su 925 con una percentuale che sfiora il 58 per cento; i ricorsi proposti dalle regioni, invece, sono stati 713, tradotti in 1.083 sentenze (per un ricorso possono aversi più verdeti), di cui 514 accertative di illegittimità di disposizioni statali (con una percentuale del 47 per cento), R. BIN, L'importanza di perdere la causa, in Regioni, 1995, 1012, ha osservato che n sede di giudizio di legittimità si attaccano le leggi statali che, anche solo potenzialmente, minacciano le attribuzioni regionali, al fine di provocare una sentenza che di queste leggi circoscriva la portata normativa o precisi le condizioni di applicazione; in un secondo tempo, forti del precedente, si attaccano, in sede di conflitto, gli atti applicativi di quella legge che fuoriescano dai limiti o dalle condizioni fissati nella decisione-

⁴¹ Corte cost., 10 novembre 2017, n. 235, che ne dichiara l'incostituzionalità per violazione della riserva di legge rinforzata.

finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali – dal rango della legge rinforzata a quello della legge ordinaria; la nuova disciplina non solo non detta alcuna modalità attraverso cui debba esplicarsi il concorso statale, ma è altresì priva di qualunque indicazione normativa sostanziale o procedurale capace di orientare e vincolare la futura «legge dello Stato», così contravvenendo palesemente al dettato costituzionale.

La seconda pronuncia⁴² è più elaborata ma meno traumatica poiché la declaratoria di incostituzionalità ha per un verso effetti additivi e per l'altro effetti limitati alle province autonome.

Il primo punto, peraltro, ripropone una censura già rilevata con riferimento al precedente testo⁴³, poiché dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge 12 agosto 2016, n. 164, nella parte in cui, nel sostituire l'art. 10, comma 5, della legge 24 dicembre 2012, n. 243, non prevede la parola «tecnica», dopo le parole criteri e modalità di attuazione» e prima delle parole «del presente articolo⁴⁴.

La Corte ha osservato che la formulazione complessiva della norma, con riferimento sia alle intese sia ai patti di solidarietà richiede una disciplina di dettaglio, che potrebbe costituire esercizio di un potere tanto di natura meramente tecnica, quanto di natura discrezionale e perciò impone di riservare al decreto un compito attuativo meramente tecnico per ricondurre a legittimità costituzionale la norma impugnata⁴⁵.

L'altro punto riguardante la parte in cui domanda al medesimo DPCM le modalità attuative del potere sostitutivo dello Stato, è stato dichiarato fondato per violazione dell'art. 120, secondo comma, Cost. che introduce, all'evidenza, una riserva di legge in materia di disciplina del potere sostitutivo, disciplina che

⁴² 6 dicembre 2017, n. 252.

⁴³ Corte cost. 10 aprile 2014, n. 88, in Giur. cost. 2014, 1633, con commento di BRANCASI, *La Corte costituzionale al bivio tra il tradizionale paradigma del coordinamento finanziario e la riforma costituzionale "introduttiva del pareggio di bilancio"* (nota a C. cost. 10 aprile 2014 n. 88). La stessa pronuncia aveva respinto tutte le altre questioni, riconoscendo incostituzionale solo l'art. 12, comma 3, della l. n. 243/2012, nella parte in cui ai fini della ripartizione del contributo delle regioni al fondo di ammortamento dei titoli di Stato che fosse sentita la Conferenza permanente anziché l'intesa con la Conferenza unificata.

⁴⁴ Il testo censurato del comma quinto è il seguente: Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare d'intesa con la Conferenza unificata, sono disciplinati criteri e modalità di attuazione del presente articolo, ivi incluse le modalità attuative del potere sostitutivo dello Stato, in caso di inerzia o ritardo da parte delle regioni e delle province autonome.

⁴⁵ La Corte si preoccupa di ribadire che il discrimine fra i due profili e il relativo vaglio di legittimità costituzionale hanno modo di spiegarsi adeguatamente nelle sedi competenti, poiché, qualora il decreto dovesse esorbitare dai limiti tracciati, incidendo così sulle prerogative delle autonomie speciali, resta ferma la possibilità «di esperire i rimedi consentiti dall'ordinamento, ivi compreso, se del caso, il conflitto di attribuzione.

in effetti è stata già adottata con l'art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131.

È stata invece ritenuta infondata la modifica del comma 5 dell'art. 10 L. n. 243/2012, che vincola ad intese l'utilizzo dell'avanzo di amministrazione per spese di investimento, in quanto nel nuovo contesto normativo le intese in esso previste costituiscono lo strumento per garantire un equilibrio di bilancio non limitato al singolo ente ma riferito all'intero comparto regionale, in relazione alla disponibilità di spazi v finanziari; la corte chiarisce che se è vero che nella previsione è presente un obbligo procedimentale che condiziona l'immediata utilizzabilità degli avanzi di amministrazione, è anche vero che la concreta realizzazione del risultato finanziario rimane affidata al dialogo fra gli enti interessati ed all'avvio dell'intesa che resta nella piena disponibilità delle parti.

Per le stesse ragioni è stata ritenuta infondata l'ulteriore censura secondo cui la norma introdurrebbe il vincolo di utilizzare i risultati di amministrazione per i soli investimenti, violando, così, la sua autonomia finanziaria.

Con altra pronuncia⁴⁶ è stato salvaguardato l'art. 12, come modificato dall'art. 4 della legge n. 164/2016, sul concorso degli enti territoriali alla sostenibilità del debito pubblico⁴⁷.

Il nuovo testo è stato impugnato nella parte in cui rinvia a una legge ordinaria la definizione delle modalità del concorso degli enti territoriali alla sostenibilità del debito pubblico complessivo e alla riduzione del debito; la Corte costituzionale⁴⁸, ha ritenuto la censura non fondata in quanto, da un lato, la riserva di legge rinforzata non è assoluta ma deve essere considerata relativa e, dall'altro lato, l'art. 12 della legge n. 243 del 2012, come modificato dalla disposizione impugnata, presenta un contenuto sufficiente a soddisfare la riserva relativa, considerato che la materia finanziaria si colloca in un contesto per sua natura mutevole ed è per definizione soggetta ai corrispondenti cambiamenti, i quali richiedono capacità di rapido adattamento; l'art. 12 è idoneo a soddisfare la riserva relativa di legge rinforzata, dato che l'art. 5, comma 2, lettera c), della legge costituzionale n. 1 del 2012 prescrive proprio l'indicazione delle «modalità» del concorso alla sostenibilità del debito pubblico.

La disposizione è stata contestata anche per non avere previsto un coinvolgimento regionale nella definizione delle modalità della riduzione del debito, cioè nell'adozione dell'atto legislativo a cui tale definizione

⁴⁶ Corte cost. 10 novembre 2017, n. 237.

⁴⁷ Secondo il nuovo testo le regioni, i comuni, le province, le città metropolitane e le province autonome di Trento e di Bolzano concorrono ad assicurare la sostenibilità del debito del complesso delle amministrazioni pubbliche, secondo modalità definite con legge dello Stato, nel rispetto dei principi stabiliti dalla presente legge. L'art. 4 ha anche abrogato l'art. 12, comma 3, della legge n. 243 del 2012, già censurato con la sentenza n. 88/2014, cit.

⁴⁸ Corte cost. 10 novembre 2017, n. 237, cit.

è affidata; pur condividendo la prospettata esigenza di un loro coinvolgimento nella scelta relativa alle modalità del concorso degli enti territoriali alla riduzione del debito pubblico, per il forte impatto sulla loro autonomia finanziaria, la Consulta ha respinto l'eccezione di costituzionalità ricordando che non è stato mai ritenuto necessario un coinvolgimento delle regioni nel procedimento di formazione delle leggi, mentre è stato costantemente escluso che nel principio di leale collaborazione possa essere rinvenuto un fondamento costituzionale all'applicazione dei meccanismi collaborativi nel procedimento legislativo⁴⁹.

5. Riflessi della legge rinforzata

Sulla natura della legge rinforzata era stata prospettata, come motivo di corso, la tesi che essa sarebbe una fonte atipica, in quanto a «competenza riservata e dotata di una maggiore forza passiva» rispetto alle leggi ordinarie, poichè, l'abrogazione, la modifica o la deroga alle disposizioni da essa introdotte è possibile solo in modo espresso, attraverso una legge successiva, da approvare sempre a maggioranza assoluta dei componenti delle Camere; essa, quindi, conterrebbe norme interposte e, pertanto, sarebbe dotata di «prevalenza gerarchica di tipo contenutistico-sostanziale» sulla legge ordinaria.

In conseguenza la materia regolata rientrerebbe nella competenza esclusiva dello Stato; la Consulta, tuttavia, ha ritenuto ammissibile l'impugnazione della legge n. 243 del 2012, dal momento che, pur trattandosi di una legge «rinforzata», in ragione della maggioranza parlamentare richiesta per la sua approvazione, essa ha comunque il rango di legge ordinaria⁵⁰ e in quanto tale trova la sua fonte di legittimazione – ed insieme i suoi limiti – nella legge cost. n. 1 del 2012, di cui detta la disciplina attuativa⁵¹; ciò tutta non preclude che le disposizioni della legge rinforzata siano considerate norme interposte utilizzabili come parametri di raffronto, come di fatto accade in tutti i casi la legislazione regionale diventa oggetto di scrutinio di costituzionalità; le disposizioni della legge rinforzata, infatti, enunciano vincoli di coordinamento, e in quanto tali, costituiscono norme interposte⁵².

È stato anche ritenuto ammissibile che la legge rinforzata rinvii, a sua volta, per aspetti di dettagli a una

successiva legge ordinaria⁵³.

La legge rinforzata, rimane legge di attuazione del principio di equilibrio, essendo ad essa demandati i criteri per assicurare l'equilibrio e quindi, in certo qual modo, la misura stessa (obiettivo) del saldo si equilibrio⁵⁴.

Le disposizioni della legge rinforzata, peraltro, nei rapporti con le regioni a statuto speciale, restano di rango subordinato, rispetto alla disciplina statutaria⁵⁵.

È opportuno ricordare, in proposito, che la dottrina costituzionale⁵⁶ distingue le riserve di legge rinforzata per procedimento approvativo (maggioranza qualificata), com'è il caso della legge n. 243/2012, da quelle rinforzate per il procedimento formativo del progetto di legge, quando è richiesto, l'acquisizione di una previa intesa o consultazione degli enti di autonomia interessati⁵⁷.

In conclusione la legge n.243 ha (solo) una procedura di approvazione c.d. rinforzata, in quanto secondo quanto stabilito dal sesto comma dell'articolo 81 della Costituzione è stata approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera e, conseguentemente, tale requisito risulta necessario anche per l'introduzione delle modifiche, benché legge rinforzata, può essere oggetto e, nel contempo, parametro nel giudizio di costituzionalità, perché essa è idonea ad imporre alle autonomie speciali i limiti all'indebitamento, la cui disciplina è espressamente riservata al suo ambito di competenza.

⁴⁹ Corte cost., 14 luglio 2017, n. 192, in *www.cortecostituzionale.it*, 3 marzo 2016, n. 43, in *Giur. cost.* 2016, 2, 509 e 3 dicembre 2015, n. 250, ivi 2015, 2239.

⁵⁰ La dottrina, invece aveva delineato in un sistema di recezione misto, fatto di norme costituzionali e sub-costituzionali, quest'ultima peraltro di forza superiore alla legge ordinaria, cfr. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Riv. dir. int.* 2014, 5.

⁵¹ Corte cost., 10 aprile 2014, n. 88, cit. (punto 3).

⁵² Corte cost., 13 aprile 2017, n. 80, in *Giur. cost.* 2017, 744 11 gennaio 2017, n. 6, ivi, 2017, 20 e 20 luglio 2016, n. 184. ivi. 2016, 1368.

⁵³ Corte cost., 10 novembre 2017, n. 137. La Consulta dà atto che i criteri di concorso al debito pubblico del Trentino Alto Adige a sono stati regolati già dall'art. 1, comma 407, L. n. 190 del 2014, in epoca successiva alla legge cost. n. 1 del 2012, modificando direttamente lo Statuto unificato approvato con D.P.R. n. 670/1972.

⁵⁴ G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova costituzione finanziaria dello stato*, in *Riv. it. dir. pub. com.* 2015, 2, 531.

⁵⁵ Corte cost., 10 novembre 2017, n. 137. Va tenuto presente che sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della l. n. 243/2012 si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle Province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite (art. 10 L. cost. n. 3/2001).

⁵⁶ R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 348; R. LUGARÀ, *Sentenze additive di procedura legislativa? Il problematico seguito della sent. n. 251 del 2016*, in *AIC* n. 1/2017.

⁵⁷ Corte cost. 10 novembre 2017, n. 237 e 10 aprile 2014, n. 88, cit.

Ylenia Zaira Alfano

Avvocato del Foro di Torre Annunziata (NA) e Dottore di ricerca in Istituzioni e Politiche tributarie, finanziarie, previdenziali e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Fallimento e rapporto di lavoro: il curatore può licenziare ma nel rispetto della disciplina ordinaria.

Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 23 marzo 2018, n. 7308

abstract

The Court of Cassation, with the sentence n. 7308 of March 23, 2018, in terms of the effects of bankruptcy on the employment relationship, established that if the employment relationship ceases, the trustee may dismiss but in compliance with ordinary regulations.

keywords

Bankruptcy – Admission to liabilities – Remuneration not received from the date of bankruptcy – Suspension of the employment relationship.

abstract

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7308 del 23 marzo 2018, in tema di effetti del fallimento sul rapporto di lavoro, ha stabilito che se cessa il rapporto di lavoro il curatore può licenziare ma nel rispetto della disciplina ordinaria.

parole chiave

Fallimento – Ammissione al passivo – Retribuzioni non percepite dalla data del fallimento – Sospensione del rapporto di lavoro

Ove il curatore fallimentare intenda risolvere il rapporto di lavoro deve rispettare la disciplina ordinaria sui licenziamenti e, conseguentemente, in caso di violazione di tale disciplina, il lavoratore ha diritto alla tutela risarcitoria dalla medesima prevista.

Corte di Cassazione, Sez. Lavoro, 23 marzo 2018, n. 7308

Pres. Di Cerbo – Rel. Amendola

(Omissis)

Svolgimento del processo

1. Con sentenza del 24 gennaio 2017, la prima sezione civile della Corte di Appello di Napoli ha confermato la sentenza del Tribunale di S. Maria Capua Vetere che aveva respinto la domanda proposta da A.P. di ammissione al passivo del fallimento della Spa S.G.

fondata sul fatto che, in seguito alla dichiarazione di fallimento del 21 ottobre 1999, non aveva più percepito le retribuzioni ed era stata poi licenziata dalla curatela con lettera del 15 marzo 2002, recesso poi dichiarato “inefficace” per violazione della I. n. 223 del 1991 con sentenza passata in giudicato; la lavoratrice aveva chiesto l’ammissione per complessivi euro 70.937,06, di cui euro 65.586,50 per retribuzioni non percepite dalla data del fallimento al marzo 2003 ed euro 5.350,56 per trattamento di fine rapporto maturato nel medesimo periodo.

La Corte – in sintesi – ha ritenuto che, in seguito alla dichiarazione di fallimento, il rapporto di lavoro fosse sospeso ai sensi dell’art. 72 I. fall. e che neanche l’illegittimità del successivo licenziamento desse luogo ad un credito del dipendente in mancanza di prestazione lavorativa.

2. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione A.P. con un unico articolato motivo. Ha resistito con controricorso il curatore del Fallimento S.G. Spa.

Entrambe le parti hanno poi depositato memorie.

Ragioni della decisione

1. Con l’unico motivo di ricorso si denuncia “violazione e falsa applicazione dell’art. 18, comma IV, legge n. 300/70 nella formulazione applicabile *ratione temporis* in riferimento all’art. 72 I. fall. (art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c.). Ciò in relazione alla violazione del principio di cui all’art. 111 Cost. ed in particolare del comma 7 in una lettura integrata con l’art. 6 CEDU”.

Si lamenta che i giudici non abbiano ammesso il credito al passivo del fallimento nonostante la declaratoria di inefficacia del licenziamento, che sarebbe improduttivo di effetti giuridici con conseguente diritto al pagamento delle somme non percepite così come statuito dall’art. 18 della I. n. 300 del 1970.

2. Il ricorso è fondato nei limiti della motivazione che segue.

L’art. 2119, co. 2, c.c., in tema di effetti del fallimento sui rapporti di lavoro pendenti alla data della re-

lativa dichiarazione, stabilisce che esso “non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto”.

Secondo un risalente orientamento tale precetto, per il quale il fallimento non può determinare di per sé lo scioglimento del rapporto di lavoro, va coordinato con l'art. 72 L.F. che, nella formulazione originaria *ratione temporis* vigente per la presente fattispecie, prevede che, in caso di “vendita non ancora eseguita da entrambi i contraenti, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, dichiara di subentrare in luogo del fallito nel contratto, assumendone tutti gli obblighi relativi, ovvero di sciogliersi dal medesimo”, con un meccanismo ritenuto applicabile per ogni ipotesi negoziale non munita di espressa disciplina e, quindi, anche nel caso di rapporti di lavoro pendenti (cfr. Cass. n. 799 del 1980; Cass. n. 1832 del 2003).

Il principio per il quale, in seguito a dichiarazione di fallimento, il rapporto di lavoro rimane sospeso in attesa della dichiarazione del curatore ai sensi dell'art. 72 I.f., il quale può scegliere di proseguire nel rapporto medesimo ovvero di sciogliersi da esso, ha trovato conferma nella nuova formulazione dell'art. 72 I.f., introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006, che disciplina in generale il fenomeno degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti.

Diversamente, qualora sia disposto l'esercizio provvisorio di impresa, la regola valida per tutti i rapporti pendenti è nel senso che la prosecuzione è automatica, salva la facoltà del curatore di scioglierli o sospenderli (art. 104, co. 7, I.f.).

Pertanto, in assenza di un esercizio provvisorio della curatela, il rapporto di lavoro pendente resta sospeso nella sua esecuzione, in attesa delle decisioni del curatore sulla prosecuzione o sul definitivo scioglimento.

In tale lasso temporale, che va dalla dichiarazione di fallimento sino alla scelta del curatore, il rapporto di lavoro, in assenza di prestazione, pur essendo formalmente in essere, rimane sospeso e, difettando l'esecuzione della prestazione lavorativa, viene meno l'obbligo di corrispondere al lavoratore la retribuzione e i contributi (Cass. n. 7473 del 2012).

In detto tempo il curatore esercita una facoltà legittima, volta a verificare la possibilità e la convenienza alla prosecuzione dei rapporti di lavoro, in vista della conservazione della potenzialità produttiva dell'azienda, anche ai fini di una strategia liquidatoria; lo stato di incertezza in cui versa il lavoratore è bilanciato dalla possibilità a questi riconosciuta dall'art. 72 I.f. (in precedenza comma 3, assegnare decorso il laddove il curatore, o che possa attualmente comma 2) di mettere in mora il curatore, facendogli dal giudice delegato un termine entro il quale deve determinarsi, quale il contratto si intende sciolto; non può escludersi, infine, tempo sia oltremodo prolungato per inerzia o negligenza della comunque per un uso distorto o colpevole della facoltà riconosciuta, essere fatta valere una re-

sponsabilità risarcitoria di diritto comune da parte dei danneggiati, ove ne ricorrano i presupposti.

Nel caso in cui il curatore deliberi di subentrare nel rapporto di lavoro esso prosegue con l'obbligo di adempimento per entrambe le parti delle prestazioni corrispettive.

Ove, invece, il curatore intenda sciogliersi dal rapporto di lavoro dovrà farlo nel rispetto delle norme limitative dei licenziamenti individuali e collettivi, non essendo in alcun modo sottratto ai vincoli propri dell'ordinamento lavoristico perché la necessità di tutelare gli interessi della procedura fallimentare non esclude l'obbligo del curatore di rispettare le norme in generale previste per la risoluzione dei rapporti di lavoro (cfr., tra le altre, Cass. n. 5033 del 2009, tra le stesse parti; poi, sulla stessa vicenda, Cass. nn. 23665, 19406 e 19405 del 2011).

Il lavoratore può reagire al recesso intimato dal curatore con gli ordinari rimedi impugnatori e, ove venga giudizialmente accertato che il licenziamento è stato intimato in difformità dal modello legale, la curatela è esposta alle conseguenze derivanti dall'illegittimo esercizio del potere unilaterale, nei limiti in cui le stesse siano compatibili con lo stato di fatto determinato dal fallimento.

Così nel caso di disgregazione definitiva dell'azienda l'eventuale illegittimità del recesso non potrebbe condurre alla ripresa effettiva del rapporto di lavoro (il principio opera anche nel caso di imprenditore *in bonis*: Cass. n. 29936 del 2008; Cass. n. 13297 del 2007).

Pertanto questa Corte ha, ancora di recente (Cass. n. 2975 del 2017), ribadito che, in caso di fallimento dell'impresa datrice di lavoro, l'interesse del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro, previa dichiarazione giudiziale dell'illegittimità del licenziamento, non ha ad oggetto solo il concreto ripristino della prestazione lavorativa – che presuppone la ripresa dell'attività aziendale – ma anche le utilità connesse al ripristino del rapporto in uno stato di quiescenza attiva dalla quale possono scaturire una serie di utilità, quali sia la ripresa del lavoro (in relazione all'eventualità di un esercizio provvisorio, di una cessione in blocco dell'azienda, o della ripresa della sua amministrazione da parte del fallito a seguito di concordato fallimentare), sia la possibilità di ammissione ad una serie di benefici previdenziali (indennità di cassa integrazione, di disoccupazione, di mobilità) (Cass. n. 11010 del 1998; Cass. n. 6612 del 2003; Cass. n. 7129 del 2011).

In ogni caso la curatela che ha proceduto ad intimare un licenziamento illegittimo è esposta alle conseguenze risarcitorie previste dall'ordinamento, secondo la disciplina applicabile tempo per tempo, a tutela della posizione del lavoratore.

3. Tanto premesso in diritto, può essere risolta la questione sottoposta all'attenzione del Collegio nel senso che la Corte territoriale ha errato nel negare l'ammissione al passivo del fallimento di A.P. per cre-

diti relativi al periodo successivo al licenziamento della medesima.

Per quanto innanzi detto, sino a quando il curatore non effettua la scelta tra subentrare nel rapporto di lavoro pendente ovvero sciogliersi da esso, detto rapporto, in assenza di prestazione, pur essendo formalmente in essere, rimane sospeso e, difettando l'esecuzione della prestazione lavorativa, viene meno l'obbligo di corrispondere al lavoratore la retribuzione.

Una volta attuata la scelta dal curatore del Fallimento S.G. Spa, realizzata mediante il licenziamento della P. il 15 marzo 2002, la curatela resta esposta alle conseguenze patrimoniali derivanti dalla declaratoria di "inefficacia" del recesso per violazione della I. n. 223 del 1991, statuita con sentenza passata in giudicato.

La diversità di regime nei due periodi, pur accomunati dalla mancanza di prestazione lavorativa da parte della P., è giustificata. Fino al compimento della scelta prevista dall'art. 72 l.f. il rapporto pendente, privo di bilaterale esecuzione, è in una fase di sospensione ed il curatore esercita una facoltà espressamente prevista dalla legge, per cui alcun inadempimento è a lui imputabile, fatta salva l'*actio* interrogatoria del lavoratore o eventuali azioni di questi per il risarcimento del danno causato dall'inerzia colpevole del curatore, sempre che ne ricorrano i presupposti di diritto comune fatti valere con adeguata domanda (evenienze non verificatesi nella specie).

Successivamente, una volta che la scelta di sciogliersi dal rapporto di lavoro pendente è stata effettuata dal curatore del Fallimento S.G. Spa con modalità giudicate errate con sentenza passata in cosa giudicata, la curatela è soggetta al principio, valido per ogni datore di lavoro, secondo cui nell'ipotesi di licenziamento illegittimo il legislatore ha inteso attribuire diritti retributivi al lavoratore malgrado la non avvenuta prestazione lavorativa, prevedendo analiticamente il risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione (secondo la formulazione dell'art. 18, L. n. 300 del 1970 vigente all'epoca dei fatti), e ciò in ragione del fatto che nel caso di licenziamento illegittimo l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione consegue, oltre che alla ricostituzione del rapporto e al ripristino della *lex contractus*, all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento datoriale, e cioè dell'imputabilità al datore di lavoro della mancata prestazione lavorativa (tra molte, cfr. Cass. SS.UU. n. 2334 del 1991 e n. 508 del 1999; Cass. n. 13953 del 2000; Cass. n. 6155 del 2004).

4. Conclusivamente il ricorso deve essere accolto per quanto innanzi espresso, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio al giudice indicato in dispositivo che, uniformandosi a quanto statuito, provvederà ad ammettere la P. al passivo del fallimento quantificando i crediti retributivi maturati successivamente al

licenziamento del 15 marzo del 2002 sino al marzo del 2003 nonché il trattamento di fine rapporto; provvederà altresì alla liquidazione delle spese, anche del giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

sommario

1. Il licenziamento illegittimo intimato dal curatore fallimentare. – 2. Le sorti del rapporto di lavoro con il fallito. – 3. La (parziale) ammissione al passivo del fallimento dei crediti di lavoro richiesti.

1. Il licenziamento illegittimo intimato dal curatore fallimentare

Una lavoratrice dipendente, a seguito della dichiarazione di fallimento della propria datrice di lavoro, non aveva più percepito le retribuzioni ed era poi stata licenziata dalla curatela a distanza di circa due anni dalla dichiarazione di fallimento. Il recesso, tuttavia, era stato successivamente dichiarato inefficace per violazione della legge n. 223/1991, con conseguente diritto della lavoratrice a percepire le retribuzioni maturate dalla data del fallimento, secondo la formulazione dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori all'epoca vigente.

La lavoratrice, dunque, aveva richiesto l'ammissione al passivo fallimentare per la corresponsione dei crediti da lavoro e da risarcimento del danno, tuttavia tale richiesta veniva respinta sia dal Giudice delegato, sia dalla Corte d'Appello. Quest'ultima, in particolare, le negava l'ammissione al passivo ritenendo che, in seguito alla dichiarazione di fallimento, il rapporto di lavoro fosse sospeso ai sensi dell'art. 72 L.F. e che, pertanto, il licenziamento intimato dal curatore non desse luogo a nessun credito da lavoro, mancando di fatto la prestazione.

In altri termini, i giudici di merito ritenevano improduttiva di effetti giuridici la declaratoria di inefficacia del licenziamento per il solo fatto che la risoluzione fosse avvenuta in un momento in cui il rapporto di lavoro era sospeso per intervenuto fallimento. La lavoratrice, quindi, impugnava la sentenza denunciando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 18 applicabile *ratione temporis* al caso di specie.

2. Le sorti del rapporto di lavoro con il fallito

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione accoglie il ricorso della lavoratrice ragionando sulle sorti del rapporto di lavoro a seguito di intervenuta dichiarazione di fallimento della società datrice di lavoro.

La Suprema Corte ricorda due principi fondamentali: a) il fallimento non può determinare *ex se* lo scioglimento del rapporto di lavoro; b) a seguito della dichiarazione di fallimento, il rapporto di lavoro rimane sospeso in attesa che il curatore decida se proseguirlo (magari in un'ottica di esercizio provvisorio dell'attività) o se scioglierlo, nelle modalità previste dalla legge e,

verosimilmente, o con un licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per impossibilità sopravvenuta o, ancora, se vi sono più di cinque dipendenti da far cessare, con licenziamento collettivo (come nel caso di specie). Non è infatti legittimo che il curatore sciogla il rapporto di lavoro con modalità atipiche: la necessità di tutelare gli interessi del fallimento non può infatti superare le norme generali sulla risoluzione dei rapporti di lavoro. Ebbene, nel caso in cui il curatore opti per lo scioglimento del rapporto di lavoro, è chiaro che il lavoratore possa, a sua volta, reagire al recesso intimato dal curatore nel rispetto delle procedure previste *ex lege*.

Pertanto, una volta che la scelta di sciogliere il rapporto di lavoro sia stata giudicata (dal Giudice del lavoro) errata con sentenza passata in giudicato, il curatore sarà soggetto al principio valido per ogni datore di lavoro secondo cui, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo il lavoratore matura diritti di tipo retributivo, malgrado non si sia prestata l'attività lavorativa: si consideri, infatti, che il risarcimento del danno previsto per le ipotesi di licenziamento illegittimo è calcolato in mensilità.

Ciò considerato non v'è quindi ragione di escludere l'ammissione al passivo dei crediti vantati dal lavoratore a titolo di risarcimento del danno per licenziamento illegittimo o per competenze di fine rapporto maturate a seguito della cessazione (cfr. successiva par. 3).

Per meglio comprendere la fattispecie in esame, sarà utile senz'altro paragonare la fattispecie che ci impegna ad un caso analogo ove, tuttavia, a ricorrere in Cassazione è stato il curatore fallimentare. La Corte d'Appello di Napoli, infatti, ammetteva un uomo al passivo del fallimento di una spa, affermando che quest'ultimo non aveva percepito le retribuzioni ed era poi stato licenziato dalla curatela. Anche in tale caso, il recesso è successivamente dichiarato inefficace. I Giudici di secondo grado sostenevano, dunque, che il lavoratore, che lamenta l'illegittimità del licenziamento, ha diritto a conseguire le spettanze retributive dovute a titolo risarcitorio. Il curatore del fallimento ricorre in Cassazione, sostenendo che i rapporti di lavoro, in un caso come quello oggetto di esame, rimangono sospesi fino a quando il curatore non abbia deciso se ricorrano o meno i presupposti per recedere dallo stesso, impedendo comunque che la prestazione non resa possa dar vita a un credito. Secondo la Corte di Cassazione¹ il ricorso merita accoglimento: la dichiarazione di fallimento, in altre parole, non influisce sui rapporti di lavoro pendenti alla data della stessa e non può costituire giusta causa di risoluzione del contratto. È il curatore, piuttosto, a dover scegliere cosa fare. Il rapporto di lavoro resta, infatti, sospeso in attesa che il curatore decida di proseguire nel rapporto medesimo e di sciogliersi da esso. In questo lasso temporale (dalla dichiarazione di fallimento alla scelta del curatore), poiché la prestazio-

ne lavorativa non viene eseguita, viene meno l'obbligo di corrispondere al lavoratore la retribuzione e i contributi.

Se, dunque, il curatore decide di subentrare nel rapporto, esso prosegue con la conseguenza che le parti devono adempiere le rispettive obbligazioni. In caso contrario, il curatore è tenuto a rispettare le norme sui licenziamenti individuali e collettivi.

Tornando alla pronuncia oggetto di nota, è bene ribadire il principio fondamentale che emerge dalla lettura della stessa: una volta che la scelta di sciogliersi dal rapporto di lavoro pendente è stata effettuata dal curatore del fallimento, le modalità del licenziamento sono oggetto del vaglio di legittimità come accadrebbe in qualsivoglia rapporto di lavoro. Se, poi, tali modalità sono giudicate errate (con sentenza passata in cosa giudicata), la curatela è soggetta al principio, anch'esso valido per ogni datore di lavoro, secondo cui nell'ipotesi di licenziamento illegittimo il legislatore ha inteso attribuire diritti retributivi al lavoratore malgrado la non avvenuta prestazione lavorativa, prevedendo analiticamente il risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione (secondo la formulazione della L. n. 300 del 1970, art. 18, vigente all'epoca dei fatti); ciò in ragione del fatto che, nel caso di licenziamento illegittimo, l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione consegue, oltre che alla ricostituzione del rapporto e al ripristino della *lex contractus*, all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del comportamento datoriale, e cioè dell'imputabilità al datore di lavoro della mancata prestazione lavorativa².

3. La (parziale) ammissione al passivo del fallimento dei crediti di lavoro richiesti

In virtù di quanto innanzi rappresentato, il ricorso per cassazione promosso dalla lavoratrice è stato parzialmente accolto. In particolare, la Corte ha confermato il rigetto dell'insinuazione relativamente alla retribuzione rivendicata per il periodo compreso dal fallimento al recesso rilevando che ai sensi dell'art. 72, L.F. il fallimento del datore di lavoro determina l'immediata sospensione del rapporto lavorativo con conseguente esclusione di ogni credito retributivo in capo al lavoratore.

La Corte ha accolto, invece, il ricorso relativamente al periodo successivo al recesso (dichiarato illegittimo, come detto, con sentenza passata in giudicato) rilevando che ove il curatore fallimentare intenda risolvere il rapporto di lavoro deve rispettare la disciplina ordinaria sui licenziamenti e, conseguentemente, in caso di violazione di tale disciplina, il lavoratore ha diritto alla tutela risarcitoria dalla medesima prevista.

¹ Cass. civ., sez. lav. 11 gennaio 2018, n. 522

² cfr. Cass. SS.UU. n. 2334 del 1991 e n. 508 del 1999; Cass. n. 13953 del 2000; Cass. n. 6155 del 2004

Pietro Sorrentino
Avvocato

Sulle condizioni di ammissibilità del ricorso ex art. 696-bis c.p.c. *Nota a Tribunale di Torre Annunziata, Sezione II civile, 18 aprile 2018, R.G. n. 867/18*

abstract

The Court of Torre Annunziata clarifies the conditions of admissibility of the appeal for prior technical assessment for conciliatory purposes pursuant to art. 696-bis c.p.c.

keywords

Preventive technical advice. – Merely exploratory. – Inadmissible.

abstract

Il Tribunale di Torre Annunziata chiarisce le condizioni di ammissibilità del ricorso per accertamento tecnico preventivo ai fini conciliativi ex art. 696-bis c.p.c.

parole chiave

Consulenza tecnica preventiva. – Meramente esplorativa. – Inammissibile.

Ricorso ex art. 696 bis c.p.c. – limiti – questioni controverse – varie e non circoscritte – inammissibile, anche a seguito della L. 24/2017 (Legge Gelli-Bianco)

È inammissibile il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. qualora la consulenza tecnica preventiva richiesta non abbia la potenzialità di esaurire tutti gli aspetti della controversia ai fini della conciliazione della causa.

Tribunale di Torre Annunziata, Sezione II civile,
18 aprile 2018, R.G. n. 867/18
G.I. Dott. Gian Piero Vitale

(Omissis)

Svolgimento del processo

Il Giudice istruttore, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 29.3.2018 e letti gli atti; esaminato il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. proposto nell'interesse di O. C.;

premessi, in via di principio, che presupposto per l'applicabilità dell'istituto previsto dall'articolo 696-

bis c.p.c. è che la controversia fra le parti abbia come unico punto di dissenso ciò che in sede di processo di cognizione può costituire oggetto di consulenza tecnica, acquisita la quale, secondo le intenzioni dichiarate dalle parti, appare probabile che esse si concilieranno, non residuando, con valutazione da compiersi in concreto ex ante, altre questioni controversi;

osservato che il ricorso ex articolo 696-bis c.p.c. non è, pertanto, ammissibile laddove le parti controvertendo sulla effettiva sussistenza dell'obbligazione o sulla individuazione del soggetto ad essa tenuto, condizionino la decisione della causa di merito alla soluzione di questioni giuridiche complesse o all'accertamento di fatti estranei all'ambito di indagini di natura tecnica e non suscettibili di conciliazione; – che, in sostanza, la consulenza di cui all'articolo 696-bis c.p.c. può essere disposta anche a fronte di contestazioni circa l'an della pretesa a condizione che la stessa sia comunque volta ad acquisire elementi tecnici di fatto risolutivi ai fini non solo della quantificazione ma altresì dell'accertamento del credito derivante dalla inesatta esecuzione delle obbligazioni contrattuali assunte, – che, pertanto, il criterio risolutivo per l'ammissibilità della C.T.P. è che la materia del contendere sia tale che l'esito della stessa sia, in astratto, idonea a comporre la lite in quanto è pacifico il fatto storico e non vi sono questioni, all'infuori di quella concernente il profilo tecnico della responsabilità, quali rapportabilità causale dell'effetto al fatto illecito, presenza di concause e distribuzione del coefficiente causale, incidenza di eventuali fattori interruttivi del rapporto eziologico, etc.; – che, inoltre, occorre che vi sia una puntuale allegazione dei fatti costitutivi della pretesa azionata, funzionale al pieno esercizio del diritto di difesa e tale da evitare che a mezzo dello strumento processuale in questione si perseguano inammissibili finalità di carattere meramente esplorativo;

ritenuto che gli indicati presupposti di ammissibilità del procedimento ex art. 696-bis c.p.c. non sono ravvisabili nella fattispecie in esame, considerato, invece, che, nel caso di specie, parte ricorrente, oltre a non

distinguere in modo chiaro i danni ascrivibili a ciascuno dei sanitari convenuti (e risultando non specificata la condotta colposa ascrivibile al medico radiologo dr. M.), ha chiesto la nomina di un c.t.u anche al fine di accertare la responsabilità del Comune di T.A. per la caduta occorsa alla O. sul marciapiede di via Tagliamonte;

ritenuto, pertanto, che la invocata c.t.u. appare volta a perseguire inammissibili finalità di natura esplorativa ed a supplire all'onere, finanche deduttivo, gravante sulla parte, oltre che a richiedere accertamenti di fatti estranei all'ambito di indagini di natura tecnica, in punto di responsabilità, che richiedono invece l'espletamento di un'istruttoria da svolgersi nelle forme e con le garanzie di un ordinario giudizio di cognizione;

ritenuto, pertanto, sulla base delle considerazioni che precedono, che il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. proposto nell'interesse di O. C. deve essere dichiarato inammissibile;

ritenuta la sussistenza di giusti motivi, in considerazioni dei diversi orientamenti giurisprudenziali

esistenti in ordine ai presupposti di ammissibilità del procedimento ex art. 696-bis c.p.c., per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del procedimento;

P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c. ed i limiti all'ammissibilità. – 2. In particolare: l'accertamento tecnico preventivo ai fini conciliativi nella materia della responsabilità sanitaria. – 3. La decisione

Premessa

L'ordinanza in commento ci offre utile occasione per fare il punto sulla giurisprudenza da ultimo formata in relazione all'istituto dell'accertamento tecnico preventivo ai fini conciliativi ex art. 696-bis c.p.c., istituto di notevole rilevanza sia per il largo uso che se ne è fatto in questi anni in alcune particolari materie (usura bancaria, colpa medica) sia per le recenti novità legislative (L. 24/2017). Il caso di specie trae origine dalle pretese risarcitorie di una signora che sosteneva di aver subito delle lesioni dapprima per una caduta occorsa a causa del cattivo stato di manutenzione di un marciapiede del Comune di T.A. e successivamente per la non corretta assistenza sanitaria ricevuta presso un Presidio Ospedaliero dell'A.S.L. Napoli 3 Sud.

L'istante, volendo agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei pretesi danni, proponeva nei confronti dei due suddetti Enti, oltre che dei singoli medici intervenuti nella vicenda, un ricorso ex art. 696

bis c.p.c. al fine, nominato un consulente tecnico d'ufficio, di accertare le responsabilità delle parti resistenti e l'entità delle lesioni subite.

1. La consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c. ed i limiti all'ammissibilità

L'art. 696-bis c.p.c. è stato introdotto dall' art. 2, D.L. 14.03.2005, n. 35, come modificato dall'allegato alla L.14.05.2005, n. 80 con decorrenza ed efficacia dalle date contenute rispettivamente nei commi 3 quater e 3-quinquies del medesimo articolo. L'articolo così recita «L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696, ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili».

A seguito dell'introduzione di tale articolo si è aperto, all'interno di dottrina e della giurisprudenza, un dibattito relativo sia alla natura di tale consulenza tecnica preventiva sia in relazione ai requisiti di ammissibilità del ricorso. In particolare ci si è chiesti se persista in capo al Giudice un potere/dovere di valutazione del requisito del *fumus boni iuris* e se l'effettiva perseguibilità della finalità conciliativa possa considerarsi un elemento necessario.

Parte della dottrina e della giurisprudenza, partendo da una interpretazione letterale del primo comma (L'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696...) nel porre l'attenzione sulla natura non cautelare di tale strumento, ha in passato escluso che il *fumus boni iuris* possa essere considerato requisito necessario per l'ammissibilità del ricorso. In poche parole, secondo tale impostazione, sono in ogni caso ammissibili i ricorsi ex art. 696-bis c.p.c., pur se esplorativi e finalizzati ad indagare sull'*an* oltre che sul *quantum*¹.

Diversamente, altra e maggioritaria parte di dottrina e giurisprudenza, ritiene che sia onere del ricorrente, a pena di inammissibilità del ricorso, fornire ele-

¹ *ex multis* Trib. Torino, 31 marzo 2008.

menti probatori da cui poter desumere, pur se con un accertamento sommario, l'esistenza degli elementi sui quali poter fondare una eventuale e successiva azione ordinaria (*fumus boni iuris*). Diversamente, è necessario per il giudice della C.T.P. ai fini conciliativi valutare, seppure con delibazione sommaria, la sussistenza delle condizioni dell'azione anche al fine di impedire l'ingresso di consulenze "esplorative" e cioè finalizzate, in prospettiva, a supplire alle deficienze delle allegazioni ed offerte di prova gravanti sul ricorrente nel futuro giudizio di merito ai sensi dell'art. 2697 c.c. Secondo tale impostazione l'a.t.p. conciliativo ha la sola funzione di quantificare i danni (*quantum*) lamentati dal richiedente per procedere ad una eventuale conciliazione della vertenza onde evitare una lite giudiziaria, consentendo altresì di anticipare in tal sede l'accertamento del *quantum* ma soltanto quando l'*an* è di facile soluzione². I sostenitori di tale orientamento, in sintesi, ritengono che la finalità di tale istituto, ovvero favorire la conciliazione tra le parti a scopo deflattivo del contenzioso ordinario, venga frustrata nelle ipotesi in cui la conciliazione risulti impossibile perché parte resistente contesti non solo l'entità delle richieste di parte ricorrente, ma l'esistenza stessa del diritto leso o ancora la legittimazione passiva.

Sull'argomento, di notevole rilievo fu un arresto del Tribunale civile di Napoli – Sez. 8. che con l'ordinanza del 05 novembre 2014 affermò la necessità di vincolare l'ammissibilità del ricorso ex art. 696-*bis* c.p.c. all'accertamento del *fumus boni iuris*, al fine di evitare abusi dell'istituto della consulenza tecnica preventiva. L'ordinanza così recita «L'attore 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, anch'esso oggetto dell'onere deduttivo e probatorio; che, laddove tali pretese risarcitorie vengano avanzate nei confronti di una pluralità di resistenti, i quali siano, peraltro, in più occasioni intervenuti chirurgicamente sulla paziente, tale onere deduttivo si impone avuto riguardo a ciascuna pretesa risarcitoria concretamente azionata»³.

Oltre al *fumus boni iuris*, la più recente giurisprudenza di merito è concorde nell'individuare un ulteriore elemento che deve sempre accompagnare la consulenza tecnica preventiva ex art. 696-*bis* c.p.c. Tale elemento è costituito dalla ragionevole possibilità di raggiungere un accordo ovvero dall'astratta valenza risolutoria a fini conciliativi dell'invocato accertamento tecnico. In altre parole l'accertamento tecnico preventivo deve avere la possibilità di chiudere la controversia

insorta tra le parti senza ricorrere al giudizio a cognizione piena e si considera di conseguenza inammissibile il ricorso qualora la consulenza non abbia la potenzialità di esaurire tutti gli aspetti della controversia di impedimento alla conciliazione della causa⁴.

2. In particolare: l'accertamento tecnico preventivo ai fini conciliativi nella materia della responsabilità sanitaria

Naturalmente la giurisprudenza sopra richiamata ha riguardato anche (e soprattutto) il contenzioso in materia di c.d. "colpa medica", ambito in cui l'accertamento di natura tecnica occupa senza dubbio un ruolo fondamentale. Tuttavia i risultati raggiunti e le convinzioni consolidate nelle varie corti di merito (necessità del *fumus boni iuris* e dell'astratta possibilità conciliativa) sono state rimesse in discussione dall'entrata in vigore della c.d. Legge GELLI-BIANCO.

Il legislatore difatti, a 5 anni di distanza dalla legge n. 189/2012 (c.d. Legge BALDUZZI), con l'emanazione della Legge 8 marzo 2017, n. 24, è nuovamente intervenuto per dare chiarezza e fornire un nuovo assetto alla disciplina della c.d. responsabilità sanitaria tendando di eliminare alcune criticità anche di natura interpretativa – ad esempio sulla natura della responsabilità del sanitario – che la precedente riforma aveva residuo, ed in parte di recepire alcune indicazioni provenienti dal diritto vivente.

Di più diretto interesse ai fini della presente nota è senza dubbio l'art. 8 il quale, ai commi 1 e 2, così recita «1. Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente. 2. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. E' fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28. In tali casi non trova invece applicazione l'articolo 3 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice, ove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento». La nuova normativa prevede pertanto che chi intenda eserci-

² Trib. di Taranto, 23 marzo 2013 – R.G. 756/13; Trib. di Bari sez. stralcio articolazione Modugno, 18 giugno 2015 – R.G. 608/13; Trib. di Torre Annunziata, 25 febbraio 2016 – R.G. 5731/15.

³ *conf.* Trib. di Napoli, 06 ottobre 2017 – R.G. 4057/17.

⁴ Trib. Napoli Nord, sez. I, 02 marzo 2017, Trib. Pisa, 02 giugno 2017, Trib. Salerno, 03 aprile 2017.

tare in giudizio un'azione relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ex articolo 696-*bis* del c.p.c., passando quindi attraverso una consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. La presentazione di tale ricorso – ed è questa la più rilevante novità – costituisce quindi condizione di procedibilità della domanda di risarcimento tanto che il giudice, dove rilevi che il procedimento di cui all'articolo 696-*bis* del c.p.c. non è stato espletato ovvero che è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva o di completamento del procedimento.

Attesa tale novità legislativa, la questione che si pone ai magistrati e se si possa ancora oggi, in suddetta materia, vagliare l'ammissibilità o meno di un ricorso per a.t.p. ai fini conciliativi quando è il Legislatore stesso ad averlo indicato quale condizione di procedibilità della domanda.

Una prima risposta è stata già fornita dal Tribunale di Napoli che, con una recentissima ordinanza, ha dichiarato comunque l'inammissibilità di un ricorso ex art. 696-*bis* c.p.c. così motivando «...la previsione dell'art. 8 della legge n. 24 del 2017 che subordina la procedibilità della domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria alla proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 696-*bis* c.p.c. o al tentativo di mediazione, non esclude che il ricorso ex art. 696 bis cpc debba uniformarsi a quanto previsto dalla citata disposizione e non esime, dunque, l'istante dall'onere di puntuale esposizione dei fatti posti a fondamento della pretesa». In definitiva il Tribunale partenopeo ha confermato che, anche a seguito della L. 24/17 (Gelli-Bianco), debbano comunque dichiararsi inammissibili i ricorsi privi delle necessarie specificazioni e di natura esplorativa⁵.

3. La decisione

Con l'annotata ordinanza il Tribunale di Torre Annunziata si è posto in continuità rispetto alla decisione del Tribunale di Napoli del febbraio 2018 sopra riportata.

Il Giudice, difatti, pur dovendosi confrontare con un procedimento ex art. 696-*bis* c.p.c. ove venivano paventate delle responsabilità dei medici e della struttura ospedaliera che assisterono la ricorrente, nonostante in detta materia il ricorso per a.t.p. sia divenuta (in alternativa alla mediazione obbligatoria) condizione di procedibilità della domanda, ha concluso in ogni caso per l'inammissibilità del ricorso ritenuto di natura meramente esplorativa.

Nello specifico il Giudicante, tra i vari elementi costitutivi della richiesta, ha indicato quale criterio ancora oggi risolutivo per l'ammissibilità della consulenza

tecnica preventiva, la circoscrivibilità della materia del contendere tale che, all'esito della operazioni peritali, seppur in astratto, sia effettivamente possibile proporre la lite.

Altrimenti detto è necessario che non vi siano questioni ultronee a quella concernente il profilo tecnico della responsabilità, quali ad esempio possono essere la rapportabilità causale dell'effetto al fatto illecito, la presenza di concause e distribuzione del coefficiente causale ovvero l'incidenza di eventuali fattori interruttivi del rapporto eziologico.

Nel caso di specie, oltre che lamentare errori nell'assistenza sanitaria ricevuta, la richiedente allegava altresì la responsabilità del Comune di T. A. per una caduta che l'aveva vista protagonista, avvenuta a causa della cattiva manutenzione di un marciapiede. Orbene, in virtù di tale circostanza, il Giudice ha ritenuto che la consulenza medico-legale non avrebbe comunque risolto tutte le questioni (stato del marciapiede, nesso causale con la caduta, responsabilità del Comune, etc.) potenzialmente di ostacolo per la conciliazione, e pertanto si è pronunciato per l'inammissibilità della richiesta.

D'altronde la scelta del legislatore di mantenere l'alternatività (come condizione di procedibilità) tra il ricorso ex art. 696-*bis* c.p.c. ed il procedimento di mediazione ex D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (art. 8 comma 2 L. 24/17) è stata probabilmente dettata dalla necessità di salvaguardare quelle particolari ipotesi – come il caso di specie – in cui il ricorso per atp si palesi inammissibile per la natura delle doglianze, per la complessità dell'intera vicenda e per la presenza di questioni estranee alla valutazione medico-scientifica.

⁵ Trib. di Napoli, sez. VIII, 8 febbraio 2018.

Ugo Maria Chirico
Avvocato

Sulla validità del contratto quadro finanziario o bancario munito della firma del solo cliente.

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 16 gennaio 2018, n. 898

abstract

For the Court of Cassation the framework contract produced in court and signed by the customer alone is valid.

keywords

Banking framework contract. – Customer's sign only. – Validity.

abstract

Per la Corte di Cassazione è valido il contratto quadro prodotto in giudizio e sottoscritto dal solo cliente.

parole chiave

Contratto quadro bancario. – Firmato dal solo cliente. – Validità.

Titoli di credito – strumenti finanziari (valori mobiliari) – intermediazione finanziaria – I contratti bancari mono firma sono validi.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 16 gennaio 2018, n. 898

Primo Pres. f.f. Rordorf – Rel. Di Virgilio

(Omissis)

Svolgimento del processo

1. Con sentenza del 30/1-22/3/2013, la Corte d'appello di Milano, in accoglimento dell'impugnazione proposta da C.E. ed R.E. nei confronti della (OMISSIS) s.c. a r. l. ed in riforma della sentenza resa dal Tribunale di Milano n. 11542 del 15/729/9/2009, ha dichiarato la nullità, per la mancanza di un valido contratto quadro, delle operazioni di investimento effettuate il 18/11/1999 ed il 21/12/1999 tra le parti per l'acquisto di obbligazioni "Argentina Euro 8,75% 1998/2003", ed ha conseguentemente condannato la Banca a restituire agli appellanti la somma complessiva di Euro 70.124,25, oltre interessi legali dal 21/9/2007 al saldo, nonché la somma di Euro 12.172,07, ottenu-

ta a titolo di spese in forza della sentenza impugnata, oltre interessi legali dal 28/2/2010 al saldo; ha condannato gli appellanti a restituire alla Banca le obbligazioni argentine di cui è causa ed ha posto le spese di ambedue i gradi del giudizio a carico dell'appellata.

La Corte del merito, per quanto specificamente ancora interessa, premesso che il contratto quadro, da redigersi in forma scritta a pena di nullità D.lgs 24 febbraio 1998, n. 58, ex art. 23, è elemento essenziale per la validità di ogni operazione di investimento, che si pone come semplice negozio esecutivo, ha rilevato che in causa risultava prodotto solo un modulo contrattuale, datato 25/1/1994, predisposto dalla Banca e sottoscritto dai clienti, privo di ogni manifestazione di volontà negoziale della prima e della sottoscrizione del funzionario delegato, da ritenersi quale semplice proposta, ancorché corredata dalla dichiarazione prestampata "un esemplare del presente contratto ci viene rilasciato debitamente sottoscritto dai soggetti abilitati a rappresentarvi," a valere quale dichiarazione unilaterale ricognitiva dei soli clienti, inidonea a dar vita al contratto a forma scritta obbligatoria o anche solo a provarne la stipulazione.

Né il contratto poteva ritenersi concluso per adesione con la sola sottoscrizione del cliente o in forza del successivo ordine del cliente o delle successive comunicazioni della Banca, prive di valenza negoziale, nè ne era possibile la sanatoria, così come erano irrilevanti le manifestazioni di volontà desumibili da comportamenti attuativi.

Né la banca si sarebbe potuta avvalere dell'orientamento secondo il quale la produzione in giudizio del contratto da parte di chi non l'ha sottoscritto determina il sorgere del contratto valido, che avrebbe richiesto la produzione non solo della parte del cliente, ma anche di quella della Banca, e che comunque, intervenendo successivamente all'operazione di cui è causa, ne avrebbe confermato la nullità.

La Corte d'appello ha disatteso l'interpretazione del Tribunale, secondo cui la forma scritta vale a tutelare solo l'investitore, mentre analoghe ragioni di

tutela non potrebbero ravvisarsi nella Banca, per cui l'investitore, che ha firmato, non avrebbe interesse a sollevare l'eccezione, rilevando che la ratio della certezza e ponderazione, sottesa alla forma scritta a pena di nullità, è riscontrabile anche nel contratto di negoziazione di strumenti finanziari; che questo non è un mero documento destinato ad informare il cliente delle condizioni che la banca intende utilizzare nei successivi acquisti, ma costituisce un vero accordo inteso a costituire e regolare tra le parti rapporti di carattere patrimoniale; che anche per la banca, la sola sottoscrizione del cliente è insufficiente a creare un valido titolo contrattuale.

Secondo il Giudice del merito, è ben possibile che il cliente, eccependo la nullità del contratto quadro, possa chiedere la nullità solo di alcune operazioni, essendo la sanzione di nullità specificamente prevista dalla legge, e rispondente a finalità di interesse generale, la regolarità dei mercati e la stabilità del sistema finanziario, da cui la facoltà legittima di agire in relazione ai singoli ordini, aventi autonoma valenza di negozi esecutivi del contratto quadro, e lo stesso carattere relativo della nullità esclude che l'investitore possa essere tenuto a dolersi anche di operazioni eseguite in buona fede e produttive di utili, difettando di interesse e anzi, ove questi dovesse scegliere tra agire per la nullità dell'intero rapporto o subire la violazione dell'intermediario, verrebbe meno lo stesso carattere protettivo della nullità.

La Corte territoriale ha respinto la richiesta della Banca di restituzione degli importi delle cedole maturate sui titoli, da ritenersi "frutti civili" dell'investimento, che, in difetto di prova contraria, devono ritenersi ottenuti in buona fede dall'investitore.

La (*OMISSIS*) ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, a cui si sono opposti con contro-ricorso C.E. ed R.E..

Il P.G. ha depositato le conclusioni scritte, ex art. 380 bis c.p.c., comma 1, chiedendo la declaratoria di inammissibilità e in subordine, il rigetto del ricorso.

Le parti hanno depositato le memorie ex art. 380 bis c.p.c., comma 1.

Con ordinanza del 17/5/2017, la I sezione civile ha rimesso la causa al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, in relazione alla questione di massima di particolare importanza ex art. 374 c.p.c., comma 2, che si pone in relazione al secondo motivo di ricorso, ove respinto il primo, già oggetto di precedente ordinanza di rimessione, per avere il giudice del merito disatteso la rilevanza dell'*exceptio doli* sollevata per paralizzare l'uso "selettivo" della nullità, ex art. 18 *Eurosim*, e per non avere quindi "valutato la contrarietà a buona fede della pretesa di far valere il difetto di forma del contratto quadro, per porre nel nulla non tutte ma solo alcune delle operazioni compiute".

Il primo presidente ha disposto l'assegnazione del

ricorso alle sezioni unite.

In prossimità della pubblica udienza, ambedue le parti hanno depositato le memorie illustrative, ex art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

2. Col primo motivo di ricorso, la Banca denuncia la violazione e falsa applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), sostenendo che la previsione dell'art. 1350 c.c., è intesa a favorire la ponderazione dei contraenti e la certezza del rapporto contrattuale, mentre la ratio della L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), è nel senso di assicurare la trasmissione al contraente debole (il cliente) delle condizioni contrattuali, così colmando le asimmetrie informative tra le parti; la forma scritta funge da veicolo del contenuto del contratto, e pertanto l'unica sottoscrizione rilevante è quella del cliente, come confermato dall'obbligo di consegnare a questi la copia del contratto, dal tenore letterale della norma, dal fatto che solo il cliente può far valere la nullità, dal riscontro comparatistico con la disciplina tedesca del credito al consumo, dalla pronuncia di legittimità del 22/3/2012, n. 4564.

Alla stregua di detti rilievi, secondo la ricorrente, deve ritenersi un fuor d'opera il riferimento della Corte territoriale alla ratio della certezza e della ponderazione, visto che il contratto-quadro è un mero accordo normativo e non comporta alcun trasferimento patrimoniale, e, a ritenere prevalente la finalità della ponderazione, sarebbe ben difficile giustificare la libertà di forma dei singoli ordini di investimento.

Col secondo motivo, logicamente subordinato al primo, la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., e L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), e art. 1418 c.c., comma 1, per avere la Corte di merito escluso la rilevanza dell'*exceptio doli* sollevata dalla Banca per paralizzare l'uso selettivo della nullità, mentre tale eccezione ha natura di rimedio di carattere generale, e l'ordinamento vigente conferma come il principio di buona fede oggettiva possa impedire l'esercizio di un diritto pur astrattamente previsto da una norma.

Secondo la ricorrente, si tratta di verificare l'utilizzo di un rimedio in modo "scindibile", così da conseguire i benefici, senza sopportarne gli svantaggi.

Col terzo mezzo, in subordine, la Banca denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 820, 1148, 1418, 1458 e 2033 c.c., per avere la Corte del merito rigettato la richiesta di restituzione delle cedole, qualificate come frutto civile dell'investimento, ottenute, in difetto di prova contraria, in buona fede dall'investitore.

La ricorrente obietta che la Corte territoriale sul punto ha applicato i principi di cui all'art. 1148 c.c., (ed anche dell'art. 2033 c.c.) ad una fattispecie del tutto diversa da quella presupposta, dato che detta norma è applicabile solo nel giudizio di rivendica e non nel

caso sia esercitata azione personale e che la nullità del contratto d'acquisto tra cliente ed intermediario produce gli stessi effetti che deriverebbero dal venir meno del contratto di mutuo sottostante: da una parte, la restituzione del capitale versato e dall'altra, la restituzione dei titoli e del corrispettivo ricevuto (le cedole).

3. Prima di esaminare la questione di diritto posta col primo motivo, vanno valutate le eccezioni pregiudiziali sollevate dai controricorrenti, di carenza di potere rappresentativo processuale e sostanziale dei conferenti la procura, dott. N.L. quale "Direttore centrale" e dott. D.G.S. quale "procuratore," nonché l'impossibilità di verificare, sulla base della copia notificata del ricorso, se la procura sia stata rilasciata e da chi, prima della notifica del ricorso, e di improcedibilità ex art. 366 c.p.c., n. 6, stante la mancanza della specifica elencazione degli atti e dei documenti su cui è basato il ricorso.

Dette eccezioni sono da ritenersi infondate.

Ed infatti, la Banca ha depositato e notificato alla controparte, ex art. 372 c.p.c., le delibere del Consiglio di amministrazione di nomina dei sigg. N. e D.G. quali rispettivamente "Direttore centrale principale" e "Procuratore" e di conferimento a dette figure del potere di rappresentanza in giudizio e di nomina allo scopo di avvocati e procuratori; quanto alla mancata sottoscrizione dei conferenti la procura nella copia notificata del ricorso, va richiamato il principio espresso nella pronuncia 21/11/2000, n. 14999 (e conformi le successive sentenze del 15/5/2001, n. 6679 e del 31/3/2006, n. 7611), secondo cui l'art. 125, comma 1, cod. proc. civ., che prescrive la sottoscrizione delle parti sia nell'originale che nella copia degli atti, non si riferisce alla procura alle liti, la quale, apposta in calce o a margine, si incorpora nell'atto stesso ed è valida anche se non è sottoscritta dalla parte nella copia notificata (nella specie, la sottoscrizione di uno dei ricorrenti figurava sull'originale ma non sulla copia notificata dell'atto, che pur indicava quel soggetto tra i ricorrenti).

È altresì infondata l'eccezione di improcedibilità ex art. 366 c.p.c., n. 6, atteso che nel primo motivo è chiaro il riferimento al documento "denominato "contratto di negoziazione", sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini concernenti valori mobiliari", sub doc.8, fascicolo di primo grado, ed è incontestato, nonché ampiamente menzionato dalla sentenza impugnata, che in detto documento manchi la sottoscrizione dell'intermediario, di talché non incide nella specie la mancata specifica indicazione nella nota finale; gli altri due motivi di ricorso sono di puro diritto e non richiedono l'esame di atti o documenti.

Passando all'esame del merito, va rilevato che nella specie, dato che la domanda spiegata dai sigg. C. e R. è intesa a far valere la nullità di due operazioni di investimento del 18/11/1999 e del 21/12/1999, con le relative conseguenze, per la addotta mancanza di un

valido contratto-quadro, occorre vagliare detto profilo avuto riguardo alla disciplina applicabile alla data delle operazioni di investimento, il che vuol dire che, pur risalendo al 25/1/1994 la scrittura a cui le parti hanno fatto riferimento, ed essendo applicabile a detta data *ratione temporis*, la L. 2 gennaio 1991, n. 1, il cui art. 6, è stato abrogato dal D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, e l'intera legge è stata abrogata dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 214, comma 1, lett. aa), è alla successiva disciplina di cui al D.lgs. n. 58 del 1998, ed al regolamento Consob n.11522 del 1998 che occorre avere riguardo, proprio perchè rileva il collegamento tra le operazioni del 1999 ed il contratto-quadro, la cui regolamentazione è mutata nel tempo.

Ai sensi del D.lgs. n. 58 del 1998, art. 23, nella formulazione applicabile nella specie, e per la parte che qui rileva "1. I contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

2. È nulla ogni pattuizione...

3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2, la nullità può essere fatta valere solo dal cliente..."

Detto disposto normativo pone la questione, specifico oggetto di rimessione da parte della I sezione civile con l'ordinanza del 27/4/2017, n. 10447, "se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione ad *substantiam* dell'intermediario".

Ai fini della compiuta valutazione del profilo che qui specificamente interessa, va ricordato che il modulo contrattuale, su cui si è sviluppato il contenzioso tra le parti, porta la sola sottoscrizione dei clienti, e vi è contenuta la dichiarazione prestampata che: "un esemplare del presente contratto ci viene rilasciato debitamente sottoscritto per accettazione dai soggetti abilitati a rappresentarvi".

Il contratto-quadro, già previsto dalla L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6, nonché dal successivo D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, art. 18, così qualificato in quanto destinato a costituire la regolamentazione dei servizi alla cui prestazione si obbliga l'intermediario verso il cliente, è stato ritenuto nella giurisprudenza di legittimità accostabile per alcuni aspetti al mandato, derivandone obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente, e le successive operazioni sono state considerate quali momenti attuativi dello stesso (così le pronunce Sez. U. 19/12/2007, nn. 26724 e 26725).

Per costante giurisprudenza, il D.lgs. n. 58 del 1998, art. 23, laddove parla di forma scritta a pena di nullità, si riferisce ai contratti-quadro e non ai singoli servizi di investimento o disinvestimento, la cui

validità non è soggetta a requisiti formali, salvo la diversa previsione convenzionale nel contratto-quadro (in tal senso, si richiamano le pronunce del 9/8/2017, n. 19759; del 2/8/2016, n. 16053; del 29/2/2016, n. 3950, del 13/1/2012, n. 384 e del 22/12/2011, n. 28432).

Ne consegue che la questione della nullità per difetto di forma scritta nell'intermediazione finanziaria riguarda, salvo eccezioni del regolamento negoziale, unicamente il contratto-quadro, che è alla base delle singole operazioni concluse nel tempo.

Per la nullità del contratto-quadro qualora sia prodotto, come nella specie, un modulo sottoscritto solo dall'investitore, si è pronunciata ripetutamente la sezione semplice, con le recenti pronunce del 24/2/2016, n. 3623; del 24/3/2016, n. 5919; dell'11/4/2016, n. 7068; del 27/4/2016, nn. 8395 e 8396; del 19/5/2016, n. 10331 (da ultimo, la decisione del 3/1/2017, n. 36 si è espressa in senso conforme in relazione all'analoga disposizione di cui al D.lgs. 24 settembre 1993, n. 385, art. 117).

In particolare, nell'ampia e complessa motivazione, la sentenza 5919/2016, premesso che ben si sarebbe potuto provare il contratto in forma scritta anche in presenza di sottoscrizioni delle parti contenute in documenti distinti, purchè risultante il collegamento inscindibile tra gli stessi, così da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo, ha applicato il principio di carattere generale, secondo cui se è prevista la forma scritta *ad substantiam*, il contratto deve essere provato a mezzo della produzione in giudizio; si è poi concentrata sulla possibilità, negata, di desumere la conclusione del contratto dalla dichiarazione sottoscritta dalla cliente di avere ricevuto copia del contratto sottoscritta dal soggetto abilitato a rappresentare la banca; ha di seguito ritenuto preclusa la prova testimoniale, non ricorrendo il caso della perdita incolpevole ex art. 2724 c.c., n. 3, quella per presunzioni ex art. 2729 c.c., ed a mezzo del giuramento ex art. 2739 c.c.; ha escluso infine che potesse invocarsi nella specie il principio secondo il quale la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione, dato che si sarebbe in tal modo potuto ritenere perfezionato il contratto, ma solo con effetti "*ex nunc*" e non "*ex tunc*".

Su detto ultimo profilo, vale la pena di segnalare la difforme pronuncia del 22/3/2012, n. 4564, che, in relazione al contratto di conto corrente bancario, disciplinato dall'analoga normativa D.lgs. n. 385 del 1993, ex artt. 117 e 127, ha escluso la nullità per difetto di forma, rilevando che il contratto aveva avuto pacifica esecuzione, visti gli ordini di investimento e la comunicazione degli estratti conto, e richiamando il principio secondo il quale la produzione in giudizio del contratto realizza un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purchè la parte che ha sottoscritto

non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero sia deceduta.

A detto precedente si è rifatta l'ordinanza del 7/9/2015, n. 17740, per ritenere valida la clausola compromissoria prevista nel contratto di intermediazione finanziaria.

Dette due pronunce sono sostanzialmente isolate, tanto che la questione che qui specificamente interessa è stata correttamente portata all'attenzione delle sezioni unite come di massima di particolare importanza ex art. 374 c.p.c., comma 2, e non per dirimere un contrasto tra le sezioni semplici o all'interno della stessa sezione.

Tanto premesso, deve aversi in primis riguardo al profilo della nullità, come prevista dalla normativa richiamata, ponendosi, solo ove debba concludersi per il vizio radicale, l'ulteriore questione dell'equipollenza a mezzo della produzione in giudizio della scrittura.

A riguardo, pur non attribuendosi alla formulazione letterale della norma efficacia dirimente, va evidenziato che nell'art. 23 t.u.f. si enfatizza la redazione per iscritto, e, per dato normativo chiaramente espresso, si considerano sullo stesso piano detta redazione e la consegna di un esemplare al cliente, che è l'unica parte che può far valere la nullità.

Si è quindi in presenza di un precetto normativo che in modo inequivoco prevede la redazione per iscritto del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento e la consegna della scrittura al cliente, a cui solo si attribuisce la facoltà di far valere la nullità in caso di inosservanza della forma prescritta.

Le previsioni in oggetto rendono ben chiara la *ratio* della norma.

La nullità per difetto di forma è posta nell'interesse del cliente, così come è a tutela di questi la previsione della consegna del contratto, il cui contenuto, previsto di base dall'art. 30 del regolamento Consob, siccome prevedente le modalità di svolgimento del rapporto, deve rimanere a disposizione dell'investitore.

Si coglie quindi la chiara finalità della previsione della nullità, volta ad assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, ed altro come specificamente indicato, considerandosi che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto, che è proprio dello specifico settore del mercato finanziario.

Va da sé che la finalità protettiva nei confronti dell'investitore si riverbera in via mediata sulla regolarità e trasparenza del mercato del credito.

L'aver individuato la ragione giustificatrice della prescrizione normativa non vale peraltro a risolvere di

per sé la questione che qui interessa, ma sostanzialmente ad indirizzare l'interpretazione dei profili che qui si pongono, e cioè il rapporto tra il perfezionamento del contratto e la forma con cui questo si estrinseca, e tra il documento in forma scritta come espressione della regolamentazione del rapporto e la sottoscrizione come riferibilità dell'atto.

Il vincolo di forma imposto dal legislatore (tra l'altro composito, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativa, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità.

Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro.

Ed infatti, atteso che, come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma ex art. 1325 c.c., n. 4, va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati.

Si impone a questo punto un'ulteriore osservazione: tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura, e l'art. 2702 c.c., rende chiaro come la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, valga ad attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto.

Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscri-

zione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione.

Né l'interpretazione qui seguita incide sulla doverosa, specifica ponderazione con cui l'investitore sceglie di concludere il contratto-quadro né porta a concludere per un singolare contratto "a forma scritta obbligatoria per una sola delle parti e con effetti obbligatori solo per l'altra parte che nulla ha invece sottoscritto", scenario che non tiene conto della precipua ricostruzione imposta dalla normativa e che omette integralmente di considerare che la nullità può essere fatta valere solo dall'investitore.

Nella ricostruzione che qui si è offerta, inoltre, la previsione della nullità, azionabile solo dal cliente, in caso di inosservanza dei requisiti di forma della redazione per iscritto e della consegna dell'esemplare alla parte, si palesa quale sanzione per l'intermediario, ben armonizzandosi nello stesso contesto del D.lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario, e rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione (e sulla rilevanza cardine del principio di proporzionalità queste sezioni unite si sono di recente espresse, sia pure nell'ambito della responsabilità civile, ai fini del riconoscimento di sentenza straniera comminatoria di danni punitivi nella pronuncia del 5/7/2017, n. 16601).

È stato sostenuto da autorevole dottrina che la normativa in oggetto sarebbe intesa non solo alla tutela del cliente, ma risponderebbe anche all'esigenza di garantire una buona organizzazione interna della banca, da ciò conseguendo la nullità del contratto-quadro ove privo della sottoscrizione del delegato dell'istituto di credito: tale ricostruzione, pur muovendo dall'esigenza di modificare in *melius* prassi organizzative non del tutto commendevoli, oltre a non trovare un solido fondamento nella normativa che qui si esamina, sembrando una sorta di giustificazione a posteriori della nullità, si muove in un'ottica esasperatamente sanzionatoria, e perviene ad un risultato manifestamente sproporzionato rispetto alla funzione a cui la forma è qui preordinata.

A riguardo, ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche.

L'interpretazione seguita è altresì in linea con le

disposizioni dell'ordinamento Europeo, che nell'art. 19, par. 7 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21/4/2004 (Mifid 1), recepita dal d.lgs. 17/9/2007, n.164, così come nell'art. 25, par. 5 della direttiva 2014/65/UE (Mifid 2), a cui è stata data attuazione con il D.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli investitori, punta l'accento sulla registrazione del o dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato.

Né la conclusione muterebbe a ritenere ancora in vigore l'art.39 della direttiva 2006/73/CE del 10/8/2006, con il riferimento all' accordo di base "scritto, su carta o su altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente".

Conclusivamente, va affermato il seguente principio di diritto:

"Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti".

3.2. Il secondo ed il terzo motivo di ricorso sono conseguentemente assorbiti.

4.1. Conclusivamente, accolto il primo motivo di ricorso, assorbiti gli ulteriori mezzi, va cassata la pronuncia impugnata, con rinvio alla Corte d'appello di Milano in diversa composizione, che si atterrà al principio di diritto sopra indicato e che provvederà anche alla statuizione sulle spese del presente giudizio.

PQM

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. Art. 23 del Decreto Legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 - Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria. Il cd. contratto monofirma. – 2. L'Art. 117 del Decreto Legislativo n. 385 del 1° settembre 1993 - Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia in relazione alla sentenza. Applicazione analogica della massima ai contratti bancari cd. monofirma. – 3. La decisione.

Premessa

Con l'annotato provvedimento la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è intervenuta ad affrontare, quale "questione di massima di particolare importanza ex art. 374, comma 2, cpc" la questione se fosse vali-

do o meno il contratto quadro prodotto in giudizio recante la sola sottoscrizione del cliente, sulla quale si era creato, negli ultimi tempi, un acceso contrasto giurisprudenziale di legittimità e di merito.

1. Art. 23 T.U.F, Decreto Legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 - Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria. Il cd. contratto monofirma

Le Sezioni Unite, nel dare risposta al quesito, fanno una premessa sulla *ratio* ispiratrice della norma di cui all'art. 23 T.U.F (che a pena di nullità prevede che "i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti..."), stabilendo che trattasi di nullità per difetto di forma posta nell'interesse esclusivo del cliente, intesa ad assicurare a quest'ultimo, da parte dell'Intermediario, la piena indicazione degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione ed altro come specificamente indicato, considerato che è l'investitore che abbisogna di conoscere e all'occorrenza di poter verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole, che riguardano la vigenza del contratto.

Il vincolo di forma imposto dalla norma va inteso secondo quella che è la funzione propria della norma medesima e non automaticamente richiamando la disciplina generale della nullità. Le SSUU proseguono dunque sostenendo che, se questa è la *ratio* della norma, la specificità della disciplina consente di scindere i due profili del documento come certezza della regola contrattuale e dell'accordo.

È dunque irrilevante la sottoscrizione del delegato della banca sul contratto quadro, quando questo è firmato dall'investitore ed una copia gli è stata consegnata ed il contratto ha avuto esecuzione, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione.

2. L'Art. 117 del Decreto Legislativo n. 385 del 1° settembre 1993 - Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia in relazione alla sentenza. Applicazione analogica della massima ai contratti bancari cd. monofirma

Il principio espresso dalle Sezioni Unite, seppur riferentesi a caso di contratto di intermediazione finanziaria, deve ritenersi applicabile anche ai contratti bancari, attesa la sostanziale identità di disciplina e

di *ratio* di protezione del cliente degli artt. 23 T.U.F. e 117 T.U.B. a mente del quale “i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti”.

La decisione delle Sezioni Unite in commento da un lato ha composto un contrasto sorto in seno alle sezioni semplici della Corte di legittimità sulla necessità o meno della sottoscrizione del funzionario di banca, che aveva portato i giudici di merito ad adottare decisioni difformi, dall'altro ha posto in giusta evidenza, quale ulteriore requisito formale previsto dalla norma a pena di nullità, l'obbligo della banca di consegnare al cliente una copia del contratto sottoscritto. La finalità di protezione del cliente verrebbero frustrate se si ritenesse sufficiente per la banca raccogliere la sottoscrizione del cliente e dare esecuzione al contratto, senza fornire a quest'ultimo copia dello stesso.

È quindi ragionevole prevedere che, dopo la decisione delle SS.UU., il contenzioso si sposterà sulla prova o meno dell'avvenuto assolvimento da parte della banca dell'obbligo di consegna del documento contrattuale al cliente, normativamente previsto.

3. La decisione

Nel caso in esame è stata sottoposta al giudizio di legittimità una sentenza della Corte di Appello di Milano, la quale aveva accolto un appello ad una precedente sentenza del Tribunale di Milano, dichiarando la nullità, per mancanza di un valido contratto quadro, delle operazioni di investimento effettuate il 18 novembre 1999 ed il 21 dicembre 1999 tra le parti per l'acquisto di obbligazioni “Argentina Euro 8,75% 1998/2003”, ed ha conseguentemente condannato la Banca a restituire agli appellanti la somma complessiva di Euro 70.124,25, oltre gli interessi legali dal 21 settembre 2007 al saldo, nonché la somma di Euro 12.172,07, ottenuta a titolo di spese in forza della sentenza impugnata, oltre interessi legali dal 28 febbraio 2010 al saldo; ha condannato gli appellanti a restituire le obbligazioni argentine di cui è causa ed ha posto le spese legali di ambedue i gradi del giudizio a carico dell'appellata.

La Banca ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione della L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), sostenendo che la previsione dell'art. 1350 c.c., è intesa a favorire la ponderazione dei contraenti e la certezza del rapporto contrattuale, mentre la *ratio* della L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), è nel senso di assicurare la trasmissione al contraente debole (il cliente) delle condizioni contrattuali, così colmando le asimmetrie informative tra le parti.

Col secondo motivo, logicamente subordinato al primo, la ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., e L. n. 1 del 1991, art. 6, comma 1, lett. c), e art. 1418 c.c., comma 1, per avere la Corte di merito escluso la rilevanza dell'*exceptio doli* sollevata dalla Banca per paralizzare l'uso selettivo della nullità, mentre tale eccezione ha

natura di rimedio di carattere generale, e l'ordinamento vigente conferma come il principio di buona fede oggettiva possa impedire l'esercizio di un diritto pur astrattamente previsto dalla norma.

Col terzo mezzo la Banca, in subordine, ha denunciato la violazione e falsa applicazione degli artt. 820, 1148, 1418, 1458 e 2033 c.c., per avere la Corte del merito rigettato la richiesta di restituzione delle cedole, qualificate come il frutto civile dell'investimento, ottenute, in difetto di prova contraria, in buona fede dall'investitore.

La decisione della Corte ha evidenziato che il contratto quadro, già previsto dalla L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6, nonché dal successivo D.lgs 23 luglio 1996, n. 415, art. 18, così qualificato in quanto destinato a costituire la regolamentazione dei servizi alla cui prestazione si obbliga l'intermediario verso il cliente, è stato ritenuto nella giurisprudenza di legittimità avvicabile in parte al mandato, derivandone gli obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente, e le successive operazioni sono state considerate quali momenti attuativi dello stesso.

Le Sezioni Unite hanno dunque ritenuto accoglibile il primo motivo di ricorso ed assorbiti gli altri evidenziando che:

1. ai sensi dell'art. 23 T.U.F., il contratto quadro è da redigersi in forma scritta a pena di nullità; sicché, in difetto, trattasi di nullità per difetto di forma, posta nell'interesse esclusivo del cliente, volta ad assicurare la *ratio* della certezza e ponderazione, diritto dell'utente. La Corte, in motivazione precisa che, tale obbligo si riferisce solo ai contratti-quadro e non ai singoli servizi di investimento o disinvestimento, la cui validità non è soggetta a requisiti formali, salvo la diversa previsione convenzionale nel contratto-quadro (in tal senso, si richiamano le pronunce del 9/8/2017, n. 19759; del 2/8/2016, n. 16053; del 29/2/2016, n. 3950, del 13/1/2012, n. 384 e del 22/12/2011, n. 28432).

Invero, la forma scritta funge da veicolo conoscitivo del contenuto del contratto, e pertanto, la sola sottoscrizione rilevante e significativa è quella del cliente – come confermato dall'obbligo di consegnare a questi la copia del contratto, pertanto solo costui può far valere la nullità.

Per la nullità del contratto-quadro qualora sia prodotto, come nella specie, un modulo sottoscritto solo dall'investitore, si è pronunciata ripetutamente la sezione semplice, con le recenti pronunce del 24/2/2016, n. 3623; del 24/3/2016, n. 5919; dell'11/4/2016, n. 7068; del 27/4/2016, nn. 8395 e 8396; del 19/5/2016, n. 10331 (da ultimo, la decisione del 3/1/2017, n. 36 si è espressa in senso conforme in relazione all'analoga disposizione di cui al D.lgs.... 24 settembre 1993, n. 385, art. 117). La Suprema Corte mette in luce la motivazione esposta nella sentenza 5919/2016, premettendo che ben si sarebbe potuto provare il contratto in forma scritta anche in presenza di sottoscrizioni

delle parti contenute in documenti distinti, purché risultante il collegamento inscindibile tra gli stessi, così da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo, provabile attraverso produzione del contratto in giudizio.

2. il fine della previsione di nullità è: «assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, ed altro come specificamente indicato, considerandosi che è l'investitore che necessita di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto, che è proprio dello specifico settore del mercato finanziario.»

Fermo questo indirizzo interpretativo, il vincolo di forma, definito "formalismo negoziale", va inteso, a parere delle S.U., infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità, pertanto: "è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro".

3. La sottoscrizione del contratto ha duplice funzione. La prima riguardante la formazione del consenso delle parti, mentre l'altra l'attribuibilità della scrittura. La sottoscrizione è prevista dunque per attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto.

Tale duplice funzione trova la base normativa negli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone "la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione."

Nella posizione adottata dalla Suprema Corte, la previsione della nullità, azionabile solo dal cliente, nei casi già detti di inosservanza dei requisiti di forma, – ovvero con riguardo alla redazione per iscritto e

della consegna dell'esemplare alla parte –, rappresenta una sanzione per l'intermediario, ben inquadrabile nel contesto del D.lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole comportamentali per l'intermediario, e rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione.

"A riguardo, ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche."

Così argomentando le Sezioni Unite hanno evitato che la portata applicativa della norma divenisse sproporzionata rispetto alla sua previsione normativa ed sanzionasse con la nullità il contratto firmato dal solo cliente.

Nel caso esaminato dalle Sezioni Unite, la Cassazione ha affermato il principio di diritto secondo il quale: "Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti".

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

Diritti della personalità – Adottato – Diritto alla conoscenza delle proprie origini – Accesso alle informazioni relative alle sorelle e ai fratelli biologici adulti – Condizioni

L'adottato ha diritto, nei casi di cui all'art. 28, comma 5, della l. n. 184 del 1983, di conoscere le proprie origini, accedendo alle informazioni concernenti non solo l'identità dei genitori biologici, ma anche quella delle sorelle e dei fratelli biologici adulti, previo loro interpello mediante procedimento giurisdizionale idoneo ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità, al fine di acquisirne il consenso all'accesso alle dette informazioni o di constatarne il diniego, da ritenersi impeditivo dell'esercizio del diritto".

Cass., sez. I, 20 marzo 2018, n. 6963 - Pres. Di Palma, Est. Acierno

Espropriazione presso terzi – Accertamento dell'obbligo del terzo – Fallimento del debitore – Improseguibilità dell'azione ex art. 51 l.f. – Esclusione – Carenza di interesse ad agire in ragione dell'improcedibilità del processo esecutivo – Esclusione

La Sez. 3, pronunciando ai sensi dell'art. 363 c.p.c., ha statuito che al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo non si applica la disposizione l'art. 51 l.f., di talché il sopravvenuto fallimento del debitore esecutato non determina l'improseguibilità dell'azione né il venir meno dell'interesse ad agire del creditore procedente, atteso che la sopravvenuta improcedibilità della procedura esecutiva non esclude la possibilità che il fallito torni in bonis e venga dunque sottoposto a nuova esecuzione.

Cass., sez. III, 19 aprile 2018, ord. n. 9624 - Pres. Di Amato, Est. Frasca

Giurisdizione ordinaria e amministrativa – Conflitto di giurisdizione ex art. 11 c.p.a. – Relativo potere del g.a. – Limiti e modalità di preclusione

Qualora il G.A., adito in riassunzione di una controversia su cui altro giudice abbia declinato la giurisdizione, la assuma in decisione nella prima udienza fissata per la discussione, ai sensi dell'art. 71 c.p.a., senza manifestare l'intenzione di sollevare conflitto di giurisdizione, ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a. e comunque senza esternare dubbi sulla giurisdizione, indicando di rimmetterli alla decisione riservata e senza neppure precisare di volersi riservare a norma dell'art. 186 c.p.c., perde il potere di elevare conflitto e non può più elevarlo nemmeno utilizzando il secondo inciso del comma 3 dell'art. 73. La preclusione del conflitto si verifica anche qualora il G.A., investito in riassunzione di una domanda principale e di una o più domande subordinate, abbia nella prima udienza manifestato dubbi sulla giurisdizione riguardo alla sola o alle sole domande subordinate e, quindi, elevi successivamente il conflitto, previo esercizio del potere di cui al detto comma 3, riguardo alla domanda principale.

Cass., sez. un., 11 aprile 2018, ord. n. 8901 - Pres. Rordorf, Est. Frasca

Impugnazioni civili – Ricorso per cassazione – Dedotta violazione o falsa applicazione di norme di diritto – Principio di specificità ex artt. 366 n. 4 e 360-bis, n. 1, c.p.c. – Motivo volto a mutare un indirizzo consolidato – Modalità di deduzione

Ove col ricorso per cassazione si denunci la violazione o falsa applicazione di norme di diritto, processuali o sostanziali, il principio di specificità dei motivi, ex art. 366, comma 1, n. 4, c.p.c., va letto in correlazione col disposto dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., con conseguente inammissibilità, per difetto di tale requisito, del motivo che, nel denunciare la violazione di norme di diritto, ometta di raffrontare la "ratio decidendi" della sentenza impugnata con la giurisprudenza della Corte e, ove la prima risulti conforme alla seconda, ometta di fornire argomenti per mutare tale giurisprudenza.

Cass., sez. VI, 02 marzo 2018, ord. n. 5001 - Pres. Manna, Est. Lombardo

Licenziamenti – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Impossibilità del "repechage" – Inclusione – Tutela reale – Applicabilità – Non eccessiva onerosità per il datore di lavoro – Rilevanza

In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel regime di cui al novellato art. 18 st.lav., la verifica del requisito della "manifesta insussistenza del fatto" concerne sia le ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ed il regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore e va riferita, sul piano probatorio, ad una evidente e facilmente verificabile assenza dei suddetti presupposti, a fronte della quale il giudice potrà applicare la tutela reintegratoria ove essa non sia eccessivamente onerosa per il datore.

Cass., sez. lav., 02 maggio 2018, n. 10435 - Pres. Di Cerbo, Est. Boghetich

Processo civile – Procura alle liti – Firma digitale – Diverse estensioni – Ammissibilità

Secondo il diritto dell'UE e le norme, anche tecniche, di diritto interno, le firme digitali di tipo CAAdES e di tipo PAdES, sono entrambe ammesse ed equivalenti, sia pure con le differenti estensioni <.p7m> e <*.pdf>, e devono, quindi, essere riconosciute valide ed efficaci, anche nel processo civile di cassazione, senza eccezione alcuna.*

Cass., sez. un., 27 aprile 2018, n. 10266 - Pres. Mammone, Est. Cirillo

Sanzioni amministrative – Opposizione ordinanza ingiunzione – Disciplina ex art. 6 d.lgs. n. 150 del 2011 – Deposito dei documenti diversi dalla copia del rapporto – Termine di cui all'art. 416 c.p.c. – Applicabilità

Nei procedimenti di opposizione a sanzioni amministrative disciplinati dall'art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, il termine per il deposito dei documenti diversi dalla copia del rapporto, con gli atti relativi all'accertamento, alla contestazione o alla notificazione della violazione, è perentorio, essendo applicabile l'art. 416 c.p.c.

Cass., sez. II, 18 aprile 2018, n. 9545 - Pres. Cosentino, Est. Scarpa

Sanzioni amministrative – Competenza per giudice di pace – Materia con limite di valore – impugnativa preavviso di fermo – Applicabilità

La competenza del giudice di pace, ex art. 6 del d.lgs. n. 150 del 2011, relativa alle controversie aventi ad oggetto opposizione a sanzioni amministrative per violazione del codice della strada è per materia ed in alcune ipotesi con limite di valore; la competenza del detto giudice ex art. 7 del d.lgs. cit. per le controversie aventi ad oggetto opposizione al verbale di accertamento è competenza per materia; gli stessi criteri di competenza vanno applicati anche con riferimento all'impugnativa del preavviso di fermo, in quanto azione di accertamento negativo nei termini di cui a Sez. U. n. 15354 del 2015.

Cass., sez. un., 27 aprile 2018, n. 10261 - Pres. Rordorf, Est. Armano

Tributi – Contributo unificato – Riassunzione del processo – Pagamento – Necessità

La Sez. T ha affermato che, stante la finalità del contributo unificato di supportare i costi di funzionamento del giudizio in ogni fase processuale, ed in assenza di espressa esenzione, esso è dovuto anche nell'ipotesi di riassunzione della causa dinanzi al giudice competente, dovendo ritenersi, in ragione di detta "ratio" del tributo, il riferimento, operato dall'art. 9, comma 1, del d.P.R. n. 115 del 2002, "a ciascun grado del giudizio", comprensivo dell'iscrizione a ruolo del procedimento dinanzi ad un giudice diverso da quello inizialmente adito.

Cass., sez. V, 11 aprile 2018, n. 8912 - Pres. Chindemi, Est. Mondini

Tributi – Reddito di impresa – Canoni di leasing – Canoni di prefinanziamento e interessi passivi corrisposti prima della consegna – Deducibilità – Criteri

In caso di leasing traslativo, anche i canoni di prefinanziamento e gli interessi passivi, corrisposti prima della consegna, devono essere considerati afferenti al bene per il quale sono stati sostenuti, e quindi, quali "oneri di diretta imputazione" essi non si sottraggono al principio della competenza, ma devono essere dedotti "pro quota" mediante la tecnica contabile del risconto, per l'intera durata del contratto, a partire dal momento di consegna.

Cass., sez. V, 11 aprile 2018, n. 8897 - Pres. Crucitti, Est. Giudicepietro

a cura di
Antonio De Simone
Avvocato
Fabrizia Abbate
Dottoressa in Giurisprudenza

Rassegna di merito

ASSEGNO PROTESTATO IMPAGATO: l'inserimento nelle banche dati CAI e RIP quali conseguenze del pagamento tardivo

Al fine di provare il fumus boni iure il cliente che si duole dell'inserimento nella Centrale di Allarme Interbancaria ed in altre "Banche dati pregiudizievoli", deve fornire la prova che l'iscrizione si sia effettivamente verificata, il dato temporale nel quale è stata compiuta e, soprattutto, da quale Banca Dati il ricorrente reputi di avere diritto di essere cancellato.

L'accoglimento di una misura cautelare implica la presenza di un periculum in mora, costituito dall'imminenza di un pregiudizio irreparabile che possa compromettere il diritto azionato nel periodo necessario a farlo valere in via ordinaria e l'imminenza e l'irreparabilità del pregiudizio ricorrono allorquando l'evento dannoso paventato incomba con vicina probabilità e il pregiudizio sia non risarcibile o, pur essendo lo stesso in tutto o in parte risarcibile, il risarcimento lascia comunque scoperto un margine di danno non rimediabile.

Il tardivo pagamento di un assegno protestato per mancanza di fondi non impedisce l'inserimento del nominativo nel registro informatico dei protesti (RIP) e la segnalazione nella Centrale di Allarme interbancario (CAI).

Trib. Catanzaro, 06 febbraio 2018 - Giud. F. Rinaldi

ATP 669-BIS CPC: inammissibile in caso di contrasto su questioni giuridiche complesse

Non può essere disposto un accertamento tecnico preventivo ex art. 669-bis cpc ove le ragioni di contrasto tra le parti non attengano a profili tecnici ma originino da diversità di posizioni su questioni strettamente giuridiche in quanto compito del consulente tecnico è di percepire, verificare, descrivere e talora valutare economicamente i fatti controversi tra le parti mentre è rimesso solo al giudice decidere di questioni di diritto, individuando la rilevanza giuridica delle questioni controverse.

Ebbene, con riferimento ad un accertamento che sia teso alla verifica di una eventuale nullità delle clausole contrattuali concernenti la pattuizione di interessi usurari ed anatocistici, lo stesso, non attenendo a profili tecnici ma essendo relativo questioni strettamente giuridiche in relazione alle quali, peraltro, si registrano orientamenti contrastanti, non può essere validamente eseguito da un C.T.U.

Trib. Roma, 16 febbraio 2018 - Giud. M. Libri

CONTO CORRENTE: la condictio indebiti richiede necessariamente la produzione del contratto

Nelle azioni di ripetizione dell'indebito bancario la mera dichiarazione del cliente di non aver sottoscritto il contratto di conto corrente è irrilevante, dovendo il cliente provare positivamente la condictio indebiti con la produzione del contratto di conto corrente.

Una diversa interpretazione della disciplina in merito alla mancata produzione in giudizio dei contratti comporterebbe una indebita inversione di quell'onere della prova che è carico del cliente-attore.

In mancanza della produzione del contratto tutte le eventuali rimesse effettuate dalla correntista devono presumersi come meramente ripristinatorie della provvista, non avendo parte attrice dedotto in modo compiuto di avere effettuato, nel corso del rapporto, rimesse solutorie (ossia versamenti atti a ripianare una scopertura eccedente i limiti del fido qualificabili alla stregua di pagamenti).

Trib. Teramo, 15 febbraio 2018 - Giud. F. Avancini

CONTO CORRENTE: se concluso con procuratore di persona giuridica costituisce un rapporto autonomo

La conclusione di un contratto tra la banca e l'amministratore delegato di una persona giuridica è circostanza che attiene esclusivamente ai rapporti tra la banca ed il soggetto privato – persona fisica.

Sussistono quindi ragioni di riservatezza che possono essere opposte dalla banca a terzi, quantomeno in sede stragiudiziale.

Trib. Napoli, 06 febbraio 2018 - Giud. D. Ragozini

INDEBITO: il mancato assolvimento dell'onere della prova non può essere superato con ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.

Grava su chi agisce in ripetizione, l'onere di dimostrare i propri assunti producendo la documentazione di natura contrattuale – o comunque, relativa allo svolgimento dei rapporti – a supporto delle proprie allegazioni e domande. Ciò vale anche in ordine alla pretesa che il rapporto dedotto in giudizio sia iniziato prima della data riportata dai contratti.

L'istanza ex art. 210 c.p.c., avanzata da chi è gravato della produzione di determinati documenti in base al riparto dell'onere della prova, è ammissibile solo se la parte dia dimostrazione di non essere in possesso di detti documenti e, parimenti, dimostri di essersi diligentemente adoperata per acquisirli in fase pre-processuale. Altrimenti è da ritenere che la parte si assuma il rischio di inoltrare istanze giudiziarie "al buio", in quanto tali di necessità generiche e/o inattendibili. Più precisamente in ambito bancario è necessario che l'istante dimostri di aver attivato tempestivamente (ossia almeno 90 giorni prima dell'inoltro della citazione) la procedura di cui all'art. 119 co. 4 TUB, senza aver ottenuto adeguata risposta.

Trib. Verona, 12 marzo 2018 - Giud. C. Dal Martello

INDEBITO: nulla la citazione senza l'indicazione della condizione contrattuale illegittima e delle singole rimesse

Nell'ambito di un giudizio promosso dal cliente di un istituto bancario che eserciti l'azione di ripetizione dell'indebito, lo stesso ha l'onere di indicare nell'atto di citazione a pena di nullità ex art. 164, comma 4:

- 1) *la condizione contrattuale illegittima o il comportamento illegittimo della banca, quindi, il titolo in forza del quale è stata eseguita la rimessa;*
- 2) *indicare le singole rimesse che si assumono indebitamente eseguite;*
- 3) *la natura solutoria delle rimesse, cioè che esse sono state eseguite su un conto scoperto. In alternativa, il cliente dovrà allegare la natura ripristinatoria della rimessa e la sua trasformazione in pagamento al momento della chiusura del conto;*
- 4) *la data del pagamento;*
- 5) *calcolo delle diverse rimesse che consente di individuare la correttezza della somma finale richiesta a titolo di ripetizione di indebito.*

Solo se il cliente-attore allega in modo preciso questi fatti che connotano la causa petendi e il petitum, si consente da un lato, alla Banca convenuta di difendersi e dall'altro al Giudice di verificare l'esistenza e la conformità alla legge della clausola o del comportamento qualificato come illegittimo dal cliente e, tramite CTU, l'esecuzione della singola rimessa individuata dal cliente e la relativa natura, anche ai fini della prescrizione.

È inammissibile l'allegazione implicita di tali elementi compiuta tramite il rinvio con l'atto di citazione alla relazione tecnica depositata in giudizio atteso che, in base al principio del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., le allegazioni implicite e la causa petendi devono essere portate a conoscenza, unitamente all'atto di citazione, al convenuto per consentire allo stesso di esercitare immediatamente, nel termine libero di cui all'art. 163 bis c.p.c., il proprio diritto di difesa, avendo piena e completa cognizione dei fatti che la controparte pone a sostegno della pretesa fatta valere dinanzi all'Autorità Giudiziaria.

Trib. Napoli Nord, 06 aprile 2018 - Giud. E. Caria

LITE TEMERARIA: sussiste quando la domanda è fondata su allegazioni astratte, ipotetiche, dubitative e generiche

Integra la fattispecie di lite temeraria la proposizione di un giudizio basato su allegazioni astratte, ipotetiche, dubitative e generiche, prive di concreti e specifici agganci con una realtà fattuale non adeguatamente rappresentata e dimostrata.

La reticenza nel fornire la documentazione in possesso (contratti ed estratti conto) ed il generico e strumentale disconoscimento dei documenti contrattuali che la controparte produce in giudizio; l'uso di una perizia dichiaratamente difforme dai corretti criteri di calcolo econometrico, l'invocazione di argomenti giuridici già ripetutamente disattesi dalla giurisprudenza con motivazioni chiare ed argomentate, ivi compresa l'interpretazione distorta della giurisprudenza di legittimità, integrano ipotesi di lite temeraria.

Trib. Roma, 28 marzo 2018 - Giud. F. Crisafulli

PROTESTO ASSEGNI: in caso di illegittima iscrizione il danno non sussiste in re ipsa

In tema di risarcimento del danno da protesto di assegno bancario, la semplice illegittimità del protesto non è di per sé sufficiente al risarcimento in quanto il danno alla reputazione ed onorabilità scaturente da illegittima iscrizione non è in re ipsa ma deve essere provato, anche per presunzioni, sulla base delle circostanze del caso concreto, fermo restando l'onere del danneggiato di allegare gli elementi di fatto dai quali possa desumersi l'esistenza e l'entità del pregiudizio, come la lesione di un diritto della persona, sotto il profilo dell'onore e della reputazione, o la lesione della vita di relazione o della salute.

Trib. Nocera Inferiore, 01 febbraio 2018 - Giud. G. Danise

RIMBORSO ONERI: esclusa solidarietà della Banca per la ripetizione di premi assicurativi e commissioni agente

L'affermazione per la quale il mutuante è tenuto in solido con la società di intermediazione o la compagnia assicurativa all'obbligo di ripetizione di quanto indebitamente trattenuto anche a titolo di premi assicurativi e commissioni di intermediazione non può essere condiviso contrastando con la natura stessa dell'azione di ripetizione di indebitato e con il suo fondamento logico che intende porre rimedio ad uno spostamento patrimoniale verificatosi in assenza di giustificazione causale.

Non essendo stata prevista in sede legislativa una sua eventuale efficacia retroattiva, l'art. 125-sexies T.u.b., che sancisce la facoltà del debitore di estinguere anticipatamente il mutuo e regola la possibilità per lo stesso di ottenere una riduzione del costo o un equo indennizzo, trova applicazione solo in riferimento ai contratti stipulati dopo la sua entrata in vigore, in conformità al principio cronologico di risoluzione delle antinomie.

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 20 marzo 2018 - Giud. E. Cacace

SEGNALAZIONE CAI: irrilevante il caso fortuito o la forza maggiore

Il mancato pagamento dell'assegno comporta per il traente, tra l'altro, la segnalazione e iscrizione per sei mesi nell'archivio CAI gestito dalla Banca d'Italia (art. 10-bis l. 386/1990); che, a sua volta, comporta la c.d. "revoca di sistema", ossia il divieto per sei mesi di emettere assegni e l'obbligo di restituire quelli posseduti.

Nel caso di mancato pagamento dell'assegno per difetto di provvista, tali conseguenze possono essere evitate effettuando il pagamento entro 60 giorni (artt. 8 e 8-bis l. 386/1990); in particolare, la segnalazione in CAI per difetto di provvista deve essere preceduta da un preavviso di revoca (art. 9-bis l. 386/1990), che ha la funzione di consentire al traente di evitare l'iscrizione, pagando l'importo facciale dell'assegno, oltre interessi, penale ed eventuali spese per il protesto o per la constatazione equivalente, entro 60 giorni dalla data di scadenza del termine di presentazione del titolo.

In difetto di pagamento nel termine di tutte le somme indicate, l'iscrizione, e la conseguente revoca di sistema, può essere cancellata prima dei sei mesi solo ove sia stata effettuata "erroneamente", cioè in assenza dei presupposti, e sia quindi illecita.

Trib. Lanciano, 25 gennaio 2018 - Giud. G. Nappi

USURA: gli interessi di mora non devono essere computati con riferimento ai tassi-soglia

Gli interessi di mora non devono essere computati con riferimento ai tassi-soglia usura.

Sussiste poi una profonda differenza tra interessi corrispettivi ed interessi moratori con riferimento alla base di calcolo ed ai periodi di applicazione: gli interessi corrispettivi si applicano all'ammontare totale del credito e per il periodo di durata del finanziamento; gli interessi di mora si applicano, invece, all'ammontare delle rate non pagate e per il periodo dell'inadempimento.

Se gli interessi di mora fossero, in ipotesi, conteggiati in astratto ai fini della rilevazione del TEGM sull'intero ammontare del finanziamento e per tutto il periodo di durata del finanziamento, ancora una volta l'effetto sarebbe un innalzamento dei tassi medi.

Il dedotto superamento del tasso soglia usura del c.d. T.E.M.O ossia di un tasso effettivo di mora è una la tesi del tutto infondata, priva di riscontro normativo, in quanto sconosciuto alla normativa, sia primaria che regolamentare per cui un eventuale calcolo con tale criterio è arbitrario.

Trib. Bologna, 05 marzo 2018 - Giud. D. Grossi

USURA-LEASING: ancora sull'eccezione di usurarietà degli interessi corrispettivi e di mora

I decreti ministeriali sono atti amministrativi, seppure di alta amministrazione, per i quali non è applicabile il principio "Jura novit curia" di cui all'art. 113 cpc.

È pertanto onere di chi voglia avvalersene, produrli in giudizio.

Trib. Roma, 23 marzo 2018 - Giud. S. A. Castelnuovo

USURA: gli interessi di mora non possono essere valutati con riferimento ai TEGM determinati per i corrispettivi

Ai fini della verifica del superamento del tasso soglia usura, gli interessi di mora non possono essere valutati con riferimento ai TEGM di cui ai decreti ministeriali di rilevazione dei tassi soglia posto che gli stessi non sono comprensivi degli interessi moratori, pertanto dovrà tenersi conto dell'indagine statistica condotta a fini conoscitivi dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio italiano dei cambi la quale ha rilevato che, con riferimento al complesso delle operazioni facenti capo al campione di intermediari considerato, la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento è mediamente pari a 2,1 punti percentuali.

Ne consegue che i TEGM rilevati devono essere aumentati di 2,1 punti percentuali per poter ottenere il tasso medio di mora e, quindi, su detti tassi medi di mora così ricavati dovrà essere determinato il tasso soglia.

Trib. Roma, 11 gennaio 2018 - Giud. E. Colazingari

USURA: del tutto superata la tesi della sommatoria dei tassi di interesse

La tesi che sostiene la possibilità del cumulo, che trova fondamento in una distorta interpretazione delle affermazioni contenute nella pronuncia della Cass. Civ. 9 gennaio 2013 n. 350, è considerata ormai del tutto superata dalla giurisprudenza di merito, dal momento che in tale sentenza non è in alcun modo sostenuta la pretesa a sommare i due tassi di interesse al fine di verificarne la legittimità o meno sul piano dell'usura, ma si limita ad evidenziare come il controllo dell'usurarietà degli interessi debba operare non solo con riferimento agli interessi corrispettivi ma anche con riferimento agli interessi moratori.

La possibilità di cumulo non può neppure fondarsi sulla considerazione che il contratto prevede che, in caso di ritardo nel pagamento delle rate, gli interessi moratori vadano calcolati sull'intera rata, in quanto simili pattuizioni non prevedono una sommatoria a livello di tassi tra tasso di interesse moratorio e quello corrispettivo compreso nella rata medesima. Viceversa, tali clausole disciplinano l'applicabilità degli interessi moratori in conformità a quanto consentito dall'art. 3 della Delibera CICR del 9.2.2000, in materia di capitalizzazione degli interessi.

Allo stato, peraltro, non si può neppure procedere a una valutazione del carattere usurario o meno degli interessi di mora mediante un loro raffronto con il tasso soglia, stante la mancanza di un termine di raffronto, ossia proprio di un tasso soglia, che sia coerente con il valore che si vuole raffrontare, ciò in quanto i TEGM sono determinati in forza di rilevazioni statistiche condotte esclusivamente con riferimento agli interessi corrispettivi, per cui non si potrebbe pretendere di confrontare la pattuizione relativa agli interessi di mora con il Tasso Soglia così determinato perché così operandosi giungerebbe a una rilevazione priva di qualsiasi attendibilità scientifica e logica, prima ancora che giuridica, in quanto si pretenderebbe di raffrontare fra di loro valori disomogenei, in aperto contrasto con la ratio della legge 108/1996, con la quale si è inteso "oggettivizzare" la nozione di usura.

Se ne deduce che l'affermazione della giurisprudenza di legittimità resta valida e praticabile solo in riferimento alla possibile rilevanza degli interessi di mora esclusivamente ai fini della c.d. usura soggettiva.

Trib. Roma, 12 febbraio 2018 - Giud. F. Mazzaro

USURA: la CMS è irrilevante fino al 01.01.2010

Fino al 31.12.2009, al fine di verificare il rispetto del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari ai sensi dell'art. 2 comma IV della L. 108/96, gli intermediari devono attenersi ai criteri indicati nelle Istruzioni della Banca d'Italia e dell'UIC pubblicate rispettivamente nella GU n. 74 del 29.03.2006 e n. 102 del 4.05.2006.

La Cms deve ritenersi esclusa dal calcolo del tasso soglia, non solamente sino al 31.12.2009, ma anche in seguito e fino alla concreta attuazione della legge n.2/2009. Detta legge confermando come l'autonomia contrattuale delle parti, ex art. 1322 cod.civ., consenta di concordare il pagamento di simile commissione, corrispettivo di un onere effettivamente gravante sulla Banca.

Trib. Roma, 27 marzo 2018 - Giud. T. Marvasi

Diritto e procedura penale

L'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 590-SEXIES C.P. "OLTRE" IL DETTATO NORMATIVO: OPERA NECESSITATA O INVASIONE GIURISPRUDENZIALE? <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite Penali, 21 dicembre 2017, n. 8770</i>	260
di Rosalba Cornacchia	
IMPUTAZIONE COATTA E PROVVEDIMENTO ABNORME: L'AMMISSIBILITÀ DELL'IMPUGNAZIONE DA PARTE DELL'IMPUTATO AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 1938, 12 ottobre 2017, n. 25387/2017</i>	282
di Erica Vicentini	
SULLA MOTIVAZIONE DEL DECRETO DI CONVALIDA DEL SEQUESTRO PROBATORIO: LA PAROLA TORNA ALLE SEZIONI UNITE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, ord. 25 gennaio 2018, n. 3677</i>	288
di Emanuele Sylos Labini	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	301
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	305
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	308
a cura di Giuseppina Marotta	



L'interpretazione dell'art. 590-sexies c.p. "oltre" il dettato normativo: opera necessitata o invasione giurisprudenziale?

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite Penali, 21 dicembre 2017, n. 8770

abstract

The sentence in note by the Joint Sessions of the Supreme Court of Cassation is aimed at overcoming the opposing positions within its IV Section with regard to the correct application of art. 590-sexies of the Italian Penal Code. By avoiding extremist positions, the Joint Sessions reach a compromise thesis, which is aimed at giving constitutional value to the above-mentioned article. Therefore, art. 590-sexies p.c. establishes a new cause of exclusion of punishment for medical practitioners, which only works in case of slight negligence and in case of malpractice during the execution of Clinical practice guidelines. Only through this interpretation, can the ratio legis of the reform and the whole legal system be guaranteed.

keywords

Art. 590-sexies p.c. – Constitutionally oriented interpretation – Malpractice – Degree of negligence.

abstract

Le Sezioni unite Penali, con la sentenza in nota, intendono risolvere il contrasto formatosi in seno alla IV sezione della Suprema Corte di Cassazione in ordine al corretto ambito applicativo dell'art. 590-sexies c.p. Rifuggendo da posizioni estremiste, le Sezioni unite aderiscono ad una tesi di compromesso, orientata a dare coerenza al dettato normativo rispetto ai valori costituzionali. Ne deriva che l'art. 590-sexies c.p., laddove introduce per l'esercente la professione sanitaria una causa di esclusione della punibilità per colpa dipesa da imperizia, non possa che riferirsi alla imperizia nella fase esecutiva delle linee guida e, per di più, di natura lieve, poiché solo in tal modo non sarebbe contraddetta la ratio legis e, con essa, il sistema ordinamentale nel suo complesso.

parole chiave

Art. 590-sexies c.p. – Interpretazione costituzional-

mente orientata – Imperizia – Graduazione della colpa.

Impugnazioni in materia penale – Reato colposo – Colpa professionale – Cause di esclusione della punibilità – Ambito di operatività dell'art. 590-sexies c.p. – Graduazione della colpa

L'esercente la professione sanitaria risponde per morte o lesioni personali colpose nel caso in cui l'evento si sia verificato, anche per colpa lieve, a causa di una condotta negligente o imperita; risponde altresì per colpa lieve dipesa da imperizia laddove manchino linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali finalizzate a regolare il caso concreto, ovvero nell'ipotesi in cui queste ultime, per imperizia, siano state erroneamente individuate o non siano adeguate al caso di specie. L'esercente la professione sanitaria risponde, infine, per colpa grave dovuta ad imperizia nell'esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee guida o nelle buone pratiche clinico-assistenziali che siano adeguate al caso di specie, avuto riguardo al grado di gestione del rischio e alle speciali difficoltà dell'atto medico.

Corte di Cassazione, Sezioni unite Penali,
21 dicembre 2017 – 22 febbraio 2018, n. 8770.
Presidente Canzio, Estensore Vessichelli

(Omissis)

CONSIDERATO IN FATTO

1. Ha proposto ricorso per cassazione M.F. avverso la sentenza della Corte di appello di Firenze in data 7 dicembre 2015 con la quale è stato confermato, nei suoi confronti, il giudizio di responsabilità pronunciato dal Tribunale di Pistoia con riferimento all'imputazione di lesioni personali colpose.

1.1. Al ricorrente, nella qualità di medico specialista in neurochirurgia in servizio presso l'ambulatorio del Centro Fisioterapico (*Omissis*), è stato addebitato il comportamento omissivo ingiustificatamente tenuto dopo alcune visite del paziente P.G., nell'ottobre

del 2008. Un comportamento contestato come caratterizzato da negligenza, imprudenza e imperizia e consistito nel non avere effettuato tempestivamente la diagnosi della sindrome da compressione della “cauda equina”, con conseguente considerevole differimento nella esecuzione – avvenuta ad opera di altro medico specialista, successivamente interpellato dalla persona offesa – dell'intervento chirurgico per il quale vi era, invece, indicazione di urgenza, in base alle regole cautelari di settore.

L'intervento doveva essere finalizzato alla decompressione della cauda e, per l'effetto, avrebbe dovuto impedire che la prolungata compressione in atto procurasse al paziente effetti poi riscontrati, e cioè un rilevante deficit sensitivo-motorio con implicazioni dirette sul controllo delle funzioni neurologiche concernenti l'apparato uro-genitale e di quelle motorie del piede destro.

1.2. In punto di fatto, era rimasto accertato che il ricorrente, in occasione della prima visita del 9 ottobre 2008, nella quale il paziente aveva manifestato forti dolori alla schiena, aveva prescritto una terapia farmacologica e richiesto una elettromiografia; in occasione della seconda visita, a distanza di una settimana, non avendo il P. eseguito l'esame diagnostico, il medico aveva prospettato, in ragione del persistere dei forti dolori, la eventuale necessità di un intervento chirurgico con inserimento di dischetti in silicone fra le vertebre; in occasione della terza visita del 23 ottobre, verificata la esecuzione dell'esame prescritto, il ricorrente aveva diagnosticato un'ernia in L 2 e consigliato un intervento chirurgico per la relativa asportazione.

Il paziente aveva chiesto una pausa per riflettere ma la stessa notte (tra il 23 e il 24 ottobre) aveva accusato una marcata ingravescenza del quadro clinico, evidenziata da sintomi allarmanti di incontinenza fecale, notevole difficoltà nella motilità degli arti inferiori ed infine perdita dello stimolo ad urinare.

L'indomani mattina, sollecitata telefonicamente all'imputato una visita in ragione della nuova e più preoccupante condizione in cui versava, il P. l'aveva potuta ottenere non prima di una settimana, il 30 ottobre, ma, giunto in ritardo all'appuntamento, non aveva rinvenuto il medico. Questi, raggiunto telefonicamente per rimarcare la persistenza della sintomatologia invalidante, aveva replicato di poterlo operare non prima del mese successivo e di insistere nella terapia farmacologica, non accennando ad alcuna problematica legata all'urgenza, ma indicando il Pronto soccorso per la ricerca di un rimedio ai dolori. Una ricostruzione, quella appena ricordata, accreditata in base al racconto della persona offesa, che i giudici di primo e secondo grado hanno reputato affidabile sia per intrinseca coerenza, sia perchè confortato dalla deposizione della teste A., sebbene in contrasto con la prospettazione dell'imputato che invece aveva affer-

mato di non essere stato reso edotto, nella telefonata del 24 ottobre, della gravità dei nuovi sintomi.

Ritenutosi non adeguatamente seguito, il paziente si era rivolto ad altro sanitario, l'ortopedico dott. D.B., il quale a sua volta, fissato in tre giorni l'appuntamento ed effettuata la diagnosi di “sindrome della cauda”, nonché verificata l'urgenza dell'intervento di competenza neurochirurgica, aveva indirizzato il P. al CTO di Firenze ove, eseguita una TAC, questi era stato operato, in via d'urgenza, nella notte tra il 4 e il 5 novembre.

L'intervento era consistito nella decompressione della cauda ed exeresi di una grossa ernia discale espulsa.

1.3. A seguito dell'intervento, ed a distanza di circa due mesi, era stata accertata, mediante consulenza tecnica, la permanenza di una serie di gravi sintomi e quindi di un danno neurologico a carico delle funzioni sfinteriche, della sensibilità perineale e della motilità del piede destro, ritenuti effetto della prolungata compressione delle fibre della “cauda equina”, non prontamente contrastata con intervento chirurgico urgente. Questo sarebbe intervenuto tardi a causa del differimento della visita finalizzata alla diagnosi, ritardo quest'ultimo a sua volta dovuto alla sottovalutazione, imputata al ricorrente, dei gravi e allarmanti sintomi da ultimo manifestatisi nel paziente, pur affetto da lombosciatalgia cronica per la quale era da tempo seguito dal M. stesso.

In conclusione, il ritardo colpevole del M. veniva quantificato almeno nei sei giorni fatti inutilmente decorrere tra il momento in cui il paziente gli rappresentò i gravissimi sintomi neurologici e quello in cui ritenne di far cadere l'appuntamento per la verifica della situazione, senza peraltro, neppure in quella occasione, prospettare la necessità di un pronto intervento chirurgico.

Nella sentenza di primo grado, inoltre, veniva verificata positivamente la configurabilità del nesso di causalità ed esclusa la causa di non responsabilità penale introdotta dal d.l. n. 158 del 2012, art. 3 (c.d. decreto Balduzzi) perchè l'imputato non si era attenuto alle linee-guida o alle *best practices* che gli avrebbero imposto una diagnosi tempestiva e la sollecitazione di un intervento chirurgico non ulteriormente procrastinabile.

2. Deduce il ricorrente:

- il vizio di motivazione e la violazione di legge con riferimento agli artt. 199 e 499 cod. proc. pen. in particolare denunciando il travisamento della prova costituita dalle dichiarazioni della teste A., citate a riscontro della versione della persona offesa costituita parte civile che sarebbero state frutto di domande suggestive del pubblico ministero.
- il vizio della motivazione e la violazione dell'art. 40 cod. pen. in tema di nesso di causalità. Assume la difesa che illogicamente sarebbe stato

trascurato il rilievo del consulente dell'imputato, accreditato neuropatologo, secondo cui, posto che nella cartella clinica relativa alla degenza per l'intervento neurochirurgico era stato attestato un recupero parziale del deficit motorio agli arti inferiori, avrebbe dovuto inferirsene che la compressione della cauda non aveva potuto avere la durata denunciata dalla parte civile, ma una ben inferiore, in quanto, diversamente, i relativi effetti sarebbero stati ben più gravi.

Allo stesso modo, la difesa denuncia il travisamento delle certificazioni mediche in atti circa la datazione dei sintomi che derivava non dalla constatazione diretta da parte dei sanitari successivamente interpellati ma dalla ripresa delle dichiarazioni del paziente.

Posto, dunque, che il 30 ottobre era la data di effettiva "presa in carico", da parte del ricorrente, quantomeno sul piano cognitivo, degli allarmanti sintomi della parte civile, non poteva non considerarsi che l'indicazione in quel frangente, da parte del medesimo, di rivolgersi al Pronto soccorso con urgenza rappresentava la corretta attuazione delle buone pratiche sanitarie.

Ne derivava altresì che, dovendosi imputare al P. l'ulteriore ritardo di cinque giorni connesso alla scelta di non recarsi al Pronto soccorso diversamente da quanto suggeritogli, ma di investire altri due sanitari, il differimento e l'addebito delle correlate conseguenze lesive non potevano ricondursi, con il necessario grado di certezza, al comportamento del ricorrente.

3. Il ricorso è stato segnalato al Primo Presidente dal Presidente del Collegio della Quarta Sezione cui il processo era stato assegnato perchè, all'interno di questa, si registrava un contrasto giurisprudenziale su tema di possibile rilievo ai fini della trattazione, e cioè quello della misura della incidenza della recente L. 8 marzo 2017, n. 24, che, nell'abrogare la previgente disciplina della L. n. 189 del 2012, ha rimodulato i limiti della colpa medica a fronte del rispetto delle linee-guida dettate in materia, con conseguenze in punto di individuazione della legge più favorevole.

Con decreto del 13 novembre 2017, il Primo Presidente ha disposto, ai sensi dell'art. 610 cod. proc. pen., comma 2, l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite, da trattarsi all'odierna udienza pubblica.

4. Il difensore del ricorrente ha depositato memoria avente ad oggetto la specifica questione di diritto devoluta alle Sezioni unite.

L'interpretazione letterale della riforma induce a ritenere che la nuova causa di non punibilità è operativa in ogni caso in cui risultino rispettate le raccomandazioni previste dalle linee-guida pertinenti. Anche l'andamento dei lavori parlamentari starebbe a dimostrare che la colpa grave non viene ritenuta ragione di inoperatività della causa che esclude la punibilità.

Secondo la nuova normativa, il parametro di verifica della colpa è il rispetto, constatato *ex post*, della

adeguatezza delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida, non anche le modalità di applicazione in concreto delle stesse, altrimenti non comprendendosi quale possa essere l'area di operatività della causa di non punibilità introdotta dall'art. 590-*sexies* cod. pen. e riferita espressamente all'imperizia.

Nel caso di specie, le linee-guida erano state correttamente individuate, e cioè il medico aveva fatto una scelta attendista in assenza di sintomi rivelatori della "sindrome della cauda"; quando invece tali sintomi egli aveva percepito, aveva correttamente avviato il paziente al Pronto soccorso per l'espletamento dell'attività diagnostica o interventistica, avente carattere di urgenza.

In conclusione, nessun rimprovero può muoversi al sanitario e, per l'eventualità che, invece, si ravvisasse imperizia con riferimento alle scelte operate il 24 ottobre 2008, la stessa dovrebbe ricadere nell'ambito della causa di non punibilità introdotta dalla novella del 2017.

5. Il Procuratore generale, pur dando atto della inammissibilità dei motivi di ricorso volti ad accreditare una ricostruzione dei fatti alternativa a quella motivatamente emergente dalla sentenza impugnata, ha chiesto sollevarsi la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590-*sexies* cod. pen., per contrasto con i principi posti negli artt. 2, 3, 24, 25, 27, 32, 33, 101, 102 e 111 Cost.

Ha osservato preliminarmente che l'unica interpretazione possibile della nuova norma codicistica sarebbe quella propugnata dalla sentenza che ha dato luogo al contrasto giurisprudenziale, Sez. 4, n. 50078 del 19/10/2017, Cavazza, basata sulla lettera della legge, a differenza di quella della sentenza Tarabori della medesima Sezione, n. 28187 del 20/04/2017, che se ne è distaccata tentando una ricostruzione normativa costituzionalmente conforme ma inaccettabile perchè sostanzialmente abrogativa del nuovo precetto. Il Procuratore generale ha perciò rilevato che ci si troverebbe di fronte alla necessità di applicare una previsione normativa che confligge: con il principio di divieto ingiustificato di disparità di trattamento fra situazioni omologhe (le diverse forme di colpa e le diverse categorie di professionisti coinvolti); con il principio di tassatività della norma penale, per la derivazione delle linee-guida da fonte normativa secondaria; con quello di responsabilità personale, per la scarsa prevedibilità ed evitabilità dell'evento; con quello del diritto alla tutela della salute, posto in crisi da una richiesta di applicazione dei protocolli non chiaramente calibrati sul caso concreto; con quello della dignità della professione sanitaria, che si contrappone alla rigidità delle linee-guida da applicare; con quello della libera valutazione del giudice, che si verrebbe a limitare attribuendogli un criterio di giudizio non flessibile.

In subordine, il Procuratore generale ha sollecitato l'annullamento con rinvio al giudice civile, data la or-

mai maturata prescrizione del reato, per il necessario approfondimento riguardo alla possibilità di parametrizzazione della condotta del M. alle linee-guida e alla eventuale sussistenza di profili di negligenza nel suo operato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La questione sottoposta alle Sezioni unite è la seguente:

“Quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni, l'ambito applicativo della previsione di “non punibilità” prevista dall'art. 590-*sexies* cod. pen., introdotta dalla L. 8 marzo 2017, n. 24”.

2. All'origine del contrasto giurisprudenziale che ha determinato la rimessione alle Sezioni unite vi è la promulgazione della L. 8 marzo 2017, n. 24 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie), entrata in vigore il 1 aprile 2017, nota come “legge Gelli-Bianco” in ragione dei nomi dei rispettivi relatori di maggioranza alla Camera e al Senato. Questa, proseguendo nella volontà manifestatasi nella presente legislatura, di tipizzazione di modelli di colpa all'interno del codice penale, ha disposto, all'art. 6, nel primo comma, la formulazione dell'art. 590-*sexies* cod. pen. contenente la nuova disciplina speciale sulla responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario e, nel secondo comma, la contestuale abrogazione della previgente disciplina extra-codice della materia. E cioè del d.l. 13 settembre 2012, n. 158, art. 3, comma 1, recante disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, decreto convertito, con modificazioni, dalla L. 8 novembre 2012, n. 189 e conosciuto come “decreto Balduzzi”, dal nome del Ministro della Salute del Governo che lo aveva presentato.

2.1. L'art. 3 del d.l. Balduzzi era stato concepito per normare i limiti della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria a fronte di un panorama giurisprudenziale divenuto sempre più severo nella delineazione della colpa medica punibile, salvo il mantenimento di una certa apertura all'utilizzo della regola di esperienza ricavabile dall'art. 2236 cod. civ., per la stessa individuabilità della imperizia, nei casi in cui si fosse imposta la soluzione di problemi di specifica difficoltà di carattere tecnico-scientifico (fra le molte, Sez. 4, n. 16328 del 05/04/2011, Montalto, Rv. 251960; Sez. 4, n. 39592 del 21/06/2007, Buggè, Rv. 237875).

Si era, invero, pervenuti nel volgere di un ventennio – dopo un passato di approdi giurisprudenziali più indulgenti che ricavavano direttamente dall'art. 2236 cod. civ. la possibilità di punire il solo errore inescusabile derivante dalla mancata applicazione delle cognizioni generali – ad un assetto interpretativo

in base al quale la colpa medica non veniva di regola esclusa, una volta accertato che l'inosservanza delle linee-guida era stata determinante nella causazione dell'evento lesivo, essendo rilevante in senso liberatorio soltanto che questo, avuto riguardo alla complessiva condizione del paziente, fosse, comunque, inevitabile e, pertanto, ascrivibile al caso fortuito (Sez. 4, n. 35922 del 11/07/2012, Ingrassia, Rv. 254618).

Ebbene, l'art. 3 citato era stato congegnato nel senso di sancire la esclusione della responsabilità per colpa lieve, quando il professionista, nello svolgimento delle proprie attività, non ulteriormente perimetrata con riferimento alla idoneità dell'evento ad integrare specifiche figure di reato nè quanto alla afferibilità alla negligenza, imprudenza o imperizia, si fosse “attenuto” a linee-guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

2.2. Dal canto suo, l'art. 6 della legge Gelli-Bianco, volto ad incidere con la previsione di una causa di non punibilità sulla responsabilità colposa per morte o lesioni personali da parte degli esercenti la professione sanitaria, la ha introdotta come specificazione ai precetti penali generali in tema di lesioni personali colpose (art. 590 cod. pen.) o omicidio colposo (art. 589), con espressa limitazione agli eventi verificatisi a causa di “imperizia” e sul presupposto che siano state “rispettate” le raccomandazioni previste dalle linee-guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee-guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.

E' comunque fatta salva, dall'art. 7, la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, ai sensi dell'articolo 2043 cod. civ..

2.3. Il precetto dell'art. 6 deve essere letto alla luce degli artt. 1, 3 e 5 che lo precedono: norme che costituiscono uno dei valori aggiunti della novella, nella ottica di una migliore delineazione della colpa medica, poichè pongono a servizio del fine principale dell'intervento legislativo – la sicurezza delle cure unitamente ad una gestione consapevole e corretta del rischio sanitario (art. 1), a sua volta anticipato nel disegno della L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, commi 538 e segg. (legge di stabilità per il 2016) – un metodo nuovo di accreditamento delle linee-guida. Queste ambiscono così a costituire non solo, per i sanitari, un contributo autorevole per il miglioramento generale della qualità del servizio, essendo, tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie riconosciute, chiamati ad attenersi (art. 5, comma 1), ma anche, per il giudizio penale, indici cautelari di parametrizzazione, anteponendosi alla rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali, che, elemento valorizzato nel decreto Balduzzi, assumono oggi rilievo solo sussidiario per il minor grado di ponderazione scientifica che presuppongono, pur rimanendo comunque da individuare

in modelli comportamentali consolidati oltre che accreditati dalla comunità scientifica.

È qui sufficiente rammentare che dall'art. 3 è prevista la istituzione di un Osservatorio delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità destinato a raccogliere dati utili per la gestione del rischio sanitario e quelli concernenti le buone pratiche per la sicurezza delle cure, predisponendosi linee di indirizzo con l'ausilio delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie. Oltre a ciò, viene regolamentata la creazione di un elenco delle predette società e associazioni, aventi peculiari caratteristiche idonee a garantirne la trasparenza e la capacità professionale scientifica; enti deputati ad elaborare, unitamente alle istituzioni pubbliche e private, le raccomandazioni da includere in linee-guida che hanno la finalità di fungere da parametro per la corretta esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale.

Tali linee-guida sono recepite attraverso un sistema di pubblicità garantito dall'Istituto superiore di sanità pubblica che lo realizza nel proprio sito internet, previa una ulteriore verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti resi pubblici dello stesso Istituto.

È sicuramente rimarchevole che tanto l'istituzione dell'Osservatorio quanto la formazione del predetto elenco siano ufficialmente avvenuti mediante la pubblicazione di due decreti del Ministero della Salute in date, rispettivamente, 2 agosto e 29 settembre 2017 (in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 186 del 10 agosto 2017 e n. 248 del 23 ottobre 2017).

3. Va osservato preliminarmente che, sul tema della natura, finalità e cogenza delle linee-guida – che hanno assunto rilevanza centrale nel costrutto della intera impalcatura della legge – non vi è motivo per discostarsi dalle condivisibili conclusioni maturate in seno alla giurisprudenza delle sezioni semplici della Cassazione, icasticamente riprese e sviluppate, anche dopo la introduzione della novella, dalla sentenza Sez. 4, n. 28187 del 20/04/2017, nota nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale col riferimento al nome, Tarabori, della parte civile ricorrente contro il proscioglimento dell'imputato D. L.: sentenza che costituisce uno dei due poli del contrasto sottoposto alle Sezioni unite, ma non sul tema della natura delle linee-guida, che non risulta investito da divergenza di interpretazioni.

Ebbene, può convenirsi con il rilievo che, anche a seguito della procedura ora monitorata e governata nel suo divenire dalla apposita istituzione governativa, e quindi tendente a formare un sistema con connotati pubblicistici, le linee-guida non perdono la loro intrinseca essenza, già messa in luce in passato con riferimento alle buone pratiche. Quella cioè di costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecno-

logiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti.

La utilità della descritta introduzione delle linee-guida, pubblicate a cura del competente istituto pubblico, resta indubbia.

Da un lato, una volta verificata la convergenza delle più accreditate fonti del sapere scientifico, esse servono a costituire una guida per l'operatore sanitario, sicuramente disorientato, in precedenza, dal proliferare incontrollato delle clinical guidelines. Egli è oggi posto in grado di assumere in modo più efficiente ed appropriato che in passato, soprattutto in relazione alle attività maggiormente rischiose, le proprie determinazioni professionali. Con evidenti vantaggi sul piano della convenienza del servizio valutato su scala maggiore, evitandosi i costi e le dispersioni connesse a interventi medici non altrettanto adeguati, affidati all'incontrollato soggettivismo del terapeuta, nonché alla malpractice in generale.

Dall'altro lato, la configurazione delle linee-guida con un grado sempre maggiore di affidabilità e quindi di rilevanza – derivante dal processo di formazione – si pone nella direzione di offrire una plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse. Fattispecie che, nella prospettiva di vedere non posto in discussione il principio di tassatività del precetto, integrato da quello di prevedibilità del rimprovero e di prevenibilità della condotta colposa, hanno necessità di essere etero-integrate da fonti di rango secondario concernenti la disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo.

Con una espressione sintetica, proprio attraverso tali precostituite raccomandazioni si hanno parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia. Ed è in relazione a quegli ambiti che il medico ha la legittima aspettativa di vedere giudicato il proprio operato, piuttosto che in base ad una norma cautelare legata alla scelta soggettiva, a volte anche estemporanea e scientificamente opinabile, del giudicante. Sempre avendo chiaro che non si tratta di veri e propri precetti cautelari, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto.

Così come è da escludere che il nuovo sistema introdotto, pur sembrando formalmente sollecitare alla esatta osservanza delle linee-guida, anche al fine di ottenere il beneficio previsto in campo penale, possa ritenersi agganciato ad automatismi.

Non si tratta, infatti, di uno "scudo" contro ogni ipotesi di responsabilità, essendo la loro efficacia e for-

za precettiva comunque dipendenti dalla dimostrata “adeguatezza” alle specificità del caso concreto (art. 5), che è anche l’apprezzamento che resta, per il sanitario, il mezzo attraverso il quale recuperare l’autonomia nell’espletare il proprio talento professionale e, per la collettività, quello per vedere dissolto il rischio di appiattimenti burocratici. Evenienza dalla quale riemergerebbero il pericolo per la sicurezza delle cure e il rischio della “medicina difensiva”, in un vortice negativo destinato ad autoalimentarsi.

Non, dunque, norme regolamentari che specificano quelle ordinarie senza potervi derogare, ma regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all’obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene.

4. Tutto ciò premesso, può ora più efficacemente riassumersi il senso del contrasto giurisprudenziale rilevato.

4.1. Il primo orientamento è sostenuto dalla sentenza De Luca-Tarabori sopra citata, concernente il caso di un medico psichiatra, responsabile del piano riabilitativo redatto per un paziente e chiamato a rispondere, a titolo di colpa, dell’omicidio volontario da questi compiuto, con un mezzo contundente, nella occasione della convivenza con la futura vittima, posta unitamente all’imputato in una struttura residenziale a bassa soglia assistenziale: posizione, quella del medico prosciolto dal G.I.P. ai sensi dell’art. 425 cod. proc. pen., che la Cassazione ha fatto oggetto di annullamento con rinvio, tra l’altro, per il necessario raffronto con le linee-guida del caso concreto, anche nella prospettiva della operatività del decreto Balduzzi quale legge più favorevole.

Tale decisione, confrontandosi con le potenzialità apparentemente liberatorie della novella, muove dal preliminare rilievo di incongruenze interne alla formulazione del precetto dell’art. 6 cit. che porrebbero in crisi la possibilità stessa di comprendere la ratio della norma e poi quella di applicarla, se dovesse darsi corso ad una adesione acritica alla lettera della legge.

Questa, infatti, con l’enunciato della non punibilità dell’agente che rispetti le linee-guida accreditate, nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto, sarebbe una norma quantomeno inutile perchè espressione dell’ovvio; e cioè del fatto che chi rispetta le linee-guida scelte in modo appropriato non può che essere riconosciuto esente da responsabilità, sia a titolo di imperizia che ad altro titolo, perchè non ha tenuto alcun comportamento rimproverabile.

La sentenza ripudia anche la interpretazione della norma secondo cui l’ambito della imperizia esclusa dall’area della colpevolezza sarebbe quello che vede prodotto l’evento lesivo in una situazione nella quale, almeno “in qualche momento della relazione terapeu-

tica”, il sanitario “abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate”.

Infatti, ove tale evento lesivo fosse legato causalmente ad un comportamento in sè connotato da imperizia ed esulasse dall’ambito specificamente regolato dalle linee-guida adottate dal sanitario nel caso concreto, sarebbero traditi, con l’applicazione della causa di non punibilità, lo stesso principio costituzionale di colpevolezza e i connotati generali della colpa. Questa, pur non estendendosi a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione di una prescrizione, è tuttavia inscindibilmente connessa ai risultati che la regola mira a prevenire e, soggettivamente, alla prevedibilità e prevenibilità oltre che, in sintesi, alla rimproverabilità.

In conclusione, per l’orientamento in esame, non è consentito invocare l’utilizzo di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell’evento, per vedere esclusa la responsabilità colpevole, non dovendosi per giunta dimenticare il carattere non esaustivo e non cogente delle linee-guida.

La scelta contraria sarebbe in violazione dell’art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, e del principio di uguaglianza, ove stabilisse uno statuto normativo irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili.

Secondo la sentenza De Luca-Tarabori, dunque, va escluso che il sintagma enunciativo della “causa di non punibilità” possa davvero reputarsi riferibile dogmaticamente a tale istituto, dovendo piuttosto essere inteso come un atecnico quanto ripetitivo riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa.

Ne discende che, in primo luogo, va dato per certo che la nuova disciplina specificatrice dei precetti generali in tema di colpa comunque non è destinata ad operare negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee-guida, rientrando in questa ipotesi anche il caso di linee-guida pertinenti ma aventi ad oggetto regole di diligenza o prudenza e non di perizia; nè nelle situazioni concrete nelle quali le raccomandazioni dipendenti da quelle debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate (la previsione della possibile inadeguatezza, nella relazione terapeutica esecutiva, peraltro, è essa stessa evidenza della impossibilità di qualificare la linea-guida come fonte di colpa specifica); né in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell’ambito di approccio terapeutico regolato da linee-guida pertinenti ed appropriate (con riferimento, dunque, al momento della scelta delle linee stesse), non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo.

Negli altri casi, il riferimento alle linee-guida è null’altro che il parametro per la individuazione-gra-

duazione-esclusione della colpa secondo le regole generali, quando quella dipenda da imperizia.

Dal punto di vista del regime intertemporale, la previgente disciplina – che pure abrogata continuerebbe ad operare se risultasse essere legge sostanziale più favorevole – appare avere tale connotato alla stregua della novella del 2017. Essa infatti, come interpretata dalla giurisprudenza maggioritaria di legittimità, introduceva una ipotesi di decriminalizzazione delle condotte connotate da colpa lieve, a prescindere dal tipo di colpa, evenienza invece cancellata dalla legge Gelli-Bianco, con la conseguenza della impossibilità di continuare a distinguere, per i comportamenti futuri, ai fini della esclusione della responsabilità penale, la colpa lieve da quella grave.

In chiusura, la sentenza De Luca-Tarabori auspica che possa continuare a rappresentare un valido contributo la tradizione ermeneutica che accredita la possibile rilevanza, in ambito penale, dell'art. 2236 cod. civ., quale regola di esperienza cui attenersi nel valutare, in ambito penalistico, l'addebito di imperizia.

4.2. La sentenza Cavazza che sostiene l'orientamento opposto è della Sez. 4, n. 50078 del 19/10/2017, intervenuta in un caso di doppia pronuncia conforme di condanna, nei confronti di un medico che aveva effettuato un intervento di ptosi (lifting) del sopracciglio, cagionando al paziente una permanente diminuzione della sensibilità in un punto della zona frontale destra per la lesione del corrispondente tratto di nervo. Tale decisione ha dichiarato la prescrizione del reato rilevando che la condotta del sanitario, descritta dai giudici del merito come gravemente imperita, non poteva godere della novella causa di non punibilità sol perchè nella motivazione della sentenza non si affrontava il tema dell'eventuale individuazione di corrette linee-guida, omissione non più emendabile per il sopravvenire della causa di estinzione; non poteva neppure beneficiare della previsione liberatoria della legge Balduzzi, data la accertata "gravità" della colpa e dell'"errore inescusabile", come plasmato dalla giurisprudenza della Cassazione con riferimento tanto alla scelta del sapere appropriato quanto al minimo di correttezza della fase esecutiva.

In essa si sostiene il carattere innovativo e in discontinuità col passato, sul versante penalistico, della legge Gelli-Bianco.

Questa viene recepita eminentemente in base al criterio della interpretazione letterale, il quale evidenzia che si è voluta adottare una causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia, la cui operatività è subordinata al rispetto delle linee-guida ufficiali. Non manca, nella stessa sentenza, l'inquadramento sistematico di tale conclusione, basato sulla considerazione della finalità perseguita e cioè quella di attenuare specifici profili della colpa medica, favorendo tale professione di cui il legislatore ha inteso diminuire l'ambito della responsabilità penale, ferma restando

quella civile.

Tale rispetto viene però preteso soltanto nella fase della selezione delle stesse, cosicché resta fuori dalla gamma delle condotte punibili la "imperita applicazione" di esse, cioè la imperizia che cada nella fase esecutiva.

Si tratterebbe di una previsione, quella della non punibilità, che opera al di fuori delle categorie dogmatiche della colpevolezza e della causalità colposa e trova giustificazione nell'intento del legislatore di non vedere mortificata la professionalità medica dal timore di ingiuste rappresaglie e, con una sola espressione, di prevenire la c.d. medicina difensiva.

5. Ritengono le Sezioni unite che in ciascuna delle due contrastanti sentenze in esame siano espresse molteplici osservazioni condivisibili, in parte anche comuni, ma manchi una sintesi interpretativa complessiva capace di restituire la effettiva portata della norma in considerazione. Sintesi che richiede talune puntualizzazioni sugli elementi costitutivi della nuova previsione, da individuare attraverso una opportuna attività ermeneutica che tenga conto, da un lato, della lettera della legge e, dall'altro, di circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la ratio, anche alla luce del complesso percorso compiuto negli anni dal legislatore sul tema in discussione. Percorso al quale non risultano estranei il contributo della Corte costituzionale nè gli approdi della giurisprudenza di legittimità, di cui, dunque, ci si gioverà.

Infatti, val la pena osservare che il canone interpretativo posto dall'art. 12 preleggi, comma 1, prevede la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonchè della "intenzione del legislatore". E da tale disposizione – che va completata con la verifica di compatibilità coi principi generali che regolano la ricostruzione degli elementi costitutivi dei precetti – si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare "contro" il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale. Non gli è invece vietato andare "oltre" la literalità del testo, quando l'opzione ermeneutica prescelta sia in linea con i canoni sopra indicati, a maggior ragione quando quella, pur a fronte di un testo che lascia aperte più soluzioni, sia l'unica plausibile e perciò compatibile col principio della prevedibilità del comando; sia, cioè, il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al "diritto vivente" nella materia in esame.

Il tentativo di sperimentare una interpretazione costituzionalmente conforme è, d'altro canto, il passaggio necessario e, se come nella specie concluso

con esito positivo, ostativo all'investitura della Corte costituzionale, in contrasto con quanto auspicato dal Procuratore generale.

Ed è, quella anticipata, l'elaborazione che le Sezioni unite intendono rendere, essendo proprio compito, nell'esercizio della funzione nomofilattica, individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto.

Ciò, in altri termini, senza che sia riconducibile alla attività interpretativa che ci si accinge a compiere un'efficacia sanante di deficit di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata normativa dell'art. 6 sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità.

6. E' utile premettere, all'analisi degli enunciati delle due sentenze in contrasto, che la ricostruzione del sistema di esenzione da pena della legge Gelli-Bianco usufruisce in maniera consistente del dibattito già avviato su temi affacciatisi alla disamina della giurisprudenza e della dottrina in relazione al decreto Balduzzi, essendo presente anche in questo la previsione del raffronto del comportamento medico con il complesso di linee-guida o buone pratiche oggetto di accreditamento da parte della comunità scientifica e scaturendo da esso la necessità di confrontarsi col problema delle diverse forme di colpa generica.

6.1. Occorre ribadire che la valutazione da parte del giudice sul requisito della rispondenza (o meno) della condotta medica al parametro delle linee-guida adeguate (se esistenti) può essere soltanto quella effettuata *ex ante*, alla luce cioè della situazione e dei particolari conosciuti o conoscibili dall'agente all'atto del suo intervento, altrimenti confondendosi il giudizio sulla rimproverabilità con quello sulla prova della causalità, da effettuarsi *ex post*. Ma con la ulteriore puntualizzazione che il sindacato *ex ante* non potrà giovare di una soglia temporale fissata una volta per sempre, atteso che il dovere del sanitario di scegliere linee-guida "adeguate" comporta, per il medesimo così come per chi lo deve giudicare, il continuo aggiornamento della valutazione rispetto alla evoluzione del quadro e alla sua conoscenza o conoscibilità da parte del primo. Attività, quella qui descritta, destinata a rimanere estranea al pericolo di vedere confuso il giudizio sulla "adeguatezza" delle linee-guida (*ex ante*) con quello sulle modalità e gli effetti della loro concreta "attuazione" che, essendo necessariamente postumo, non è incluso fra i criteri di individuazione della condotta esigibile.

6.2. Nella stessa ottica di fissazione delle linee generali lungo le quali sviluppare la disamina qui richiesta, va anche ribadita la consapevolezza della estrema

difficoltà, che talvolta si presenta, nel riuscire ad operare una plausibile distinzione tra colpa da negligenza e colpa da imperizia. Distinzione comunque da non potersi omettere in quanto richiesta dal legislatore del 2017 che, consapevolmente, ha regolato solo il secondo caso, pur in presenza di un precedente, articolato dibattito giurisprudenziale sulla opportunità di non operare la detta differenziazione quando non espressamente richiesta dalla lettera della legge (come avveniva per il decreto Balduzzi) per la estrema fluidità dei confini fra le dette nozioni.

La distinzione riacquista oggi una peculiare rilevanza perchè, nell'ipotesi di colpa da negligenza o imprudenza, la novella causa di non punibilità è destinata a non operare; mentre la semplice constatazione della esistenza di linee-guida attinenti al caso specifico non comporta che la loro violazione dia automaticamente luogo a colpa da imperizia.

Si è già rilevato che non può escludersi che le linee-guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza di compiti magari particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale (Sez. 4, n. 45527 del 01/07/2015, Cerracchio, non massimata sul punto).

È da citare il caso paradigmatico della omessa valutazione del sintomo e della conseguente omessa o ritardata diagnosi: una ipotesi da ascrivere, di regola, all'imperizia per inosservanza delle *leges artis* che disciplinano tale settore della attività sanitaria, salvo il caso che il comportamento del sanitario sia improntato ad indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo, sicchè possa escludersi di essere nel campo della negligenza propria dell'agire del sanitario o specifica di esso e dunque della imperizia.

Il superamento di tali difficoltà che attengono, in genere, all'inquadramento del caso concreto più che alle categorie astratte, va perseguito mediante il ricorso agli ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo che, nella fattispecie qui in discussione, hanno condotto più che plausibilmente alla delineazione di un caso di negligenza, dal quale non vi è ragione di prescindere, anche per mancanza di specifiche contestazioni sul punto da parte dell'interessato. Con la conseguenza che anche la prospettazione della questione di legittimità costituzionale sull'art. 590-*sexies*, da parte del Procuratore generale, è destinata a mostrare la sua irrilevanza, non venendo in considerazione l'ipotesi della imperizia.

7. Può ora entrarsi nel merito del contrasto giurisprudenziale.

7.1. La sentenza Tarabori-De Luca ha il pregio di richiamare alla necessità di perimetrazione dell'ambito di operatività della novella, in modo da evidenziarne la notevole efficacia riduttiva rispetto al passato,

pur non facendo a meno, nel prosieguo, di criticare in radice la eventualità stessa di trovarsi al cospetto di una vera e propria causa di non punibilità.

È condivisibile la prima parte del ragionamento seguito, laddove si pongono in luce gli evidenti limiti applicativi alla causa di non punibilità enunciati dall'art. 590-*sexies*, posto che la dipendenza di questa dal rispetto delle linee-guida adeguate allo specifico caso in esame, nell'ipotesi di responsabilità da imperizia, non consente di sfuggire alla esatta osservazione che lo speciale abbuono non può essere invocato nei casi in cui la responsabilità sia ricondotta ai diversi casi di colpa, dati dalla imprudenza e dalla negligenza; nè quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche; nè quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso. Evenienza, quest'ultima, comprensiva sia della ipotesi in cui la scelta è stata del tutto sbagliata, sia della ipotesi in cui la scelta sia stata incompleta per non essersi tenuto conto di fattori di co-morbilità che avrebbero richiesto il ricorso a più linee-guida regolatrici delle diverse patologie concomitanti o comunque la visione integrata del quadro complesso, sia, infine, della ipotesi in cui il caso avrebbe richiesto il radicale discostarsi dalle linee-guida regolatrici del trattamento della patologia, in ragione della peculiarità dei fattori in esame.

Situazioni, quelle descritte, che danno conto della incompatibilità della novella con qualsiasi forma di appiattimento dell'agente su linee-guida che a prima vista possono apparire confacenti al caso di specie (e magari risultano, in rapporto al caso specifico, sbilanciate verso la tutela del generale contrasto del rischio clinico e quindi verso interessi aziendalistici piuttosto che verso la tutela della sicurezza della cura del singolo paziente) e conseguentemente con ipotesi di automatismo fra applicazione in tale guisa delle linee-guida ed operatività della causa di non punibilità.

Una conclusione che consente anche di escludere che il precetto in esame possa essere sospettato di tensione col principio costituzionale di libertà della scienza e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), come pure di quello dell'assoggettamento del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Ciò posto, va tuttavia osservato che la sentenza richiamata commette l'errore di non rinvenire alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità, giungendo alla frettolosa conclusione circa l'impossibilità di applicare il precetto, negando addirittura la capacità semantica della espressione "causa di non punibilità" e così offrendo, della norma, una interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare. Senza considerare che la principale obiezione della sentenza in questione, e cioè la confusione della

formulazione legislativa e la sua incongruenza interna, avrebbero dovuto trovare sfogo nella denuncia di incostituzionalità per violazione del principio di legalità.

7.2. Dal canto suo, la sentenza Cavazza ha il pregio di non discostarsi in modo patente dalla lettera della legge, ma, per converso, nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell'errore opposto perchè attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata: quella di rendere non punibile qualsiasi condotta imperita del sanitario che abbia provocato la morte o le lesioni, pur se connotata da colpa grave. E ciò, sul solo presupposto della corretta selezione delle linee-guida pertinenti in relazione al caso di specie, sì da rendere più che concreti i profili di illegittimità della interpretazione stessa, quantomeno per violazione del divieto costituzionale di disparità ingiustificata di trattamento rispetto ad altre categorie di professionisti che parimenti operano con alti coefficienti di difficoltà tecnica.

8. Invero, proprio a partire dalla interpretazione letterale, non può non riconoscersi che il legislatore ha coniato una inedita causa di non punibilità per fatti da ritenersi inquadrabili – per la completezza dell'accertamento nel caso concreto – nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 cod. pen., quando l'esercente una delle professioni sanitarie abbia dato causa ad uno dei citati eventi lesivi, versando in colpa da imperizia e pur avendo individuato e adottato, nonchè, fino ad un certo punto, bene attualizzato le linee-guida adeguate al caso di specie.

8.1. Il comportamento dell'esercente la professione sanitaria oggetto di scrutinio è quello che ha prodotto un evento causalmente connesso ad un errore colpevole, a sua volta dipendente dalla violazione di una prescrizione pertinente. Sono destinati a rimanere esclusi i casi di eventi lesivi o letali connessi a comportamenti in relazione ai quali la violazione di prescrizioni potrebbe non essere per nulla ravvisabile o comunque potrebbe non essere stata qualificante, avendo il sanitario, ad esempio, fatto ricorso, pur senza l'esito sperato, e fatti salvi i principi in materia di consenso del paziente, a raccomandazioni o approdi scientifici di dimostrato, particolare valore i quali, pur sperimentati con successo dalla comunità scientifica, non risultino ancora avere superato le soglie e le formalità di accreditamento ufficiale descritte dalla legge.

8.2. La previsione della causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile non essendovi ragione per escludere apoditticamente – come fa la sentenza De Luca-Tarabori – che il legislatore, nell'ottica di porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute, abbia inteso ritagliare un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente connessi a specifiche regole di comportamento a loro volta sollecitate dalla necessità

di gestione del rischio professionale: comportamenti che, pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date.

Semmai, è da sottolineare che era il decreto Balduzzi, non messo in discussione dalla giurisprudenza passata sotto il profilo della tecnica legislativa, ad agire sul terreno della delimitazione della colpa che dà luogo a responsabilità, circoscrivendo la operatività dei principi posti dall'art. 43 cod. pen. e dunque derogando ad essa, tanto che il risultato è stato ritenuto quello della parziale *abolitio criminis*. Viceversa, la legge Gelli-Bianco non si muove in senso derogatorio ai detti principi generali, bensì sul terreno della specificazione, ricorrendo all'inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti.

La possibile disparità di trattamento dovuta a tale opzione, rispetto ad altre categorie di professionisti che pure siano esposti alla gestione di peculiari rischi, non è automaticamente evocabile, una volta che l'intera operazione si riveli, anche per la delimitazione enucleata dallo stesso precetto, non irragionevole ed anzi in linea con uno schema già collaudato dalla Corte costituzionale (sent. n. 166 del 1973; ord. n. 295 del 2013).

Anche la modifica in senso limitativo, rispetto all'art. 3 del decreto Balduzzi, della esenzione da pena ai soli comportamenti che causano uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 cod. pen. fa ritenere più adeguatamente finalizzato il nuovo precetto al contrasto del sospetto – che si materializzò con riferimento al citato art. 3 – di incompatibilità con il divieto costituzionale di disparità di trattamento (art. 3 Cost.), data l'ampiezza allora reputata ingiustificata, dal giudice che sottopose la norma allo scrutinio costituzionale, della platea dei soggetti che potevano avvantaggiarsene.

Appare infatti oggi, diversamente che in passato, direttamente connesso, l'intervento protettivo del legislatore, con la ragione ispiratrice della novella, che è quella di contrastare la c.d. "medicina difensiva" e con essa il pericolo per la sicurezza delle cure, e dunque creare – in relazione ad un perimetro più circoscritto di operatori ed atti sanitari che si confrontano con la necessità della gestione di un rischio del tutto peculiare in quanto collegato alla mutevolezza e unicità di ognuna delle situazioni patologiche da affrontare – un'area di non punibilità che valga a restituire al sanitario la serenità dell'affidarsi alla propria autonomia professionale e, per l'effetto, ad agevolare il perseguimento di una garanzia effettiva del diritto costituzionale alla salute.

9. La formulazione della causa di non punibilità nell'art. 590-*sexies* sollecita dunque a sperimentare una interpretazione della norma che consenta di darle concreta applicazione.

Non è condivisibile, in senso ostativo, il rilievo contenuto nella sentenza De Luca-Tarabori, anche sulla scia di una parte della dottrina, secondo cui la formulazione lessicale del precetto creerebbe un corto circuito capace di renderlo inservibile.

La norma descrive un presupposto per la operatività della causa di non punibilità – quella del versare, il sanitario, nella situazione di avere cagionato per colpa da imperizia l'evento lesivo o mortale, pur essendosi attenuto alle linee-guida adeguate al caso di specie – che non è incongruente con la soluzione che promette. Le fasi della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono, infatti, articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e/o 590 cod. pen..

Si tratta, d'altro canto, di una struttura del precetto che ricalca quella dell'art. 3 del decreto Balduzzi il quale, allo stesso modo, ricavava un'area di irresponsabilità a favore del sanitario che, pur rispettoso ("si attiene") delle linee-guida, potesse riconoscersi in colpa nella causazione dell'evento lesivo dipendente dalla propria professione. Una struttura, cioè, metabolizzata dalla giurisprudenza che su di essa ha edificato un complesso apparato ricostruttivo del precetto.

In tal senso, la sentenza Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, nel commentare la portata dell'art. 3 del decreto Balduzzi, aveva osservato, con una affermazione utile anche relativamente alla formulazione dell'art. 590-*sexies*, che «il professionista (che) si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico» è l'agente che in base al decreto del 2012 non rispondeva per colpa lieve.

9.1. L'errore non punibile non può, però, alla stregua della novella del 2017, riguardare – data la chiarezza dell'articolo al riguardo – la fase della selezione delle linee-guida perchè, dipendendo il "rispetto" di esse dalla scelta di quelle "adeguate", qualsiasi errore sul punto, dovuto a una qualsiasi delle tre forme di colpa generica, porta a negare l'integrazione del requisito del "rispetto".

Ne consegue che la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi sulla fase attuativa delle linee-guida, sia pure con l'esigenza di individua-

re opportuni temperamenti che valgano a non esporre la conclusione a dubbi o censure sul piano della legittimità costituzionale, per irragionevolezza o contrasto con altri principi del medesimo rango.

La ratio di tale conclusione si individua nella scelta del legislatore di pretendere, senza concessioni, che l'esercente la professione sanitaria sia non solo accurato e prudente nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli ma anche e soprattutto preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino. Con la conseguenza che, se tale percorso risulti correttamente seguito e, ciononostante, l'evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario, il residuo dell'atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia potrà, alle condizioni che si indicheranno, essere quello che chiama in campo la operatività della novella causa di non punibilità.

Infatti, nel caso descritto, che è indispensabile contemplare per dare attuazione alla nuova riforma, può dirsi che si rimanga nel perimetro del "rispetto delle linee guida", quando cioè lo scostamento da esse è marginale e di minima entità.

9.2. Viene di nuovo in considerazione, per tale via, la necessità di circoscrivere un ambito o, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con la attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario della esenzione dalla pena per avere rispettato, nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee-guida adeguate al caso di specie.

Tanto più ove si consideri contestualmente che, come sottolineato nel parere espresso dalla Commissione giustizia del Senato sul disegno di legge approvato dalla Camera in prima lettura, il testo è volto ad assicurare una tutela effettiva della salute del paziente anche nello specifico ambito del processo civile garantendogli il risarcimento dovutogli in base ad una sentenza, attraverso una serie di strumenti disciplinati dall'art. 7, oltre, tra l'altro, la previsione del sistema di assicurazione obbligatoria (art. 9) accompagnato dalla azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice (art. 12).

A ciò va aggiunto che la contemplazione di un errore lieve (da imperizia) esente da sanzione penale ha, come pendant e rafforzamento sul piano sistemico, all'interno della legge Gelli-Bianco, la disciplina (art. 16) che favorisce i flussi informativi volti a far emergere le criticità nel compimento della ordinaria attività professionale, onde elaborarle e superarle, con divieto

di utilizzazione di quei flussi nel processo penale: un insieme coordinato di regole, cioè, finalizzato ad una gestione del rischio clinico sempre più responsabilizzante per la stessa struttura organizzativa e senza la frustrante ricerca, in ogni caso, di un capro espiatorio.

È necessario peraltro sottolineare che non osta a tale scelta interpretativa l'obiezione di fondo, scaturente dalla giurisprudenza passata in tema di esclusione della operatività in ambito penale dell'art. 2236 cod. civ., nonchè da una parte dalla dottrina, secondo cui non è consentita e comunque non ha senso la distinzione tra colpa lieve e colpa grave nel diritto penale ove, applicando rigorosamente il criterio della valutazione *ex ante* ed in concreto il giudizio di prevedibilità ed evitabilità proprio della colpa, sono già presenti tutti gli strumenti per la risoluzione dei casi liminari, potendosi giungere, per essi, alla esclusione, in radice, della ravvisabilità della colpa.

Invero, non solo la previsione esplicita della "colpa lieve" come ambito di esclusione della responsabilità, nel decreto Balduzzi, ha dimostrato che è già stato legittimato, dal legislatore, un approccio dogmatico diverso, apprezzabile non solo come opzione meramente interpretativa o ricognitiva dei termini generali di definizione della colpa, ma come possibilità aggiuntiva di misurazione di questa a fini diversi da quelli – già previsti dall'art. 133 cod. pen., comma 1, n. 3, – di commisurazione della pena. In più, l'interpretazione qui accolta, rispetto a quella appena ricordata, è destinata ad ampliare il novero dei comportamenti che si sottraggono legittimamente all'intervento del giudice penale e a far risaltare concretamente la intuitibile volontà del legislatore di proseguire lungo la direttrice segnata dal decreto Balduzzi; soprattutto con la finalità di impedire che l'abrogazione di questo apra scenari di automatica reviviscenza dei pregressi indirizzi interpretativi che, per la loro estrema severità nel passato, sono all'origine del porsi del tema delle risposte difensive dei sanitari.

D'altra parte, il timore che la distinzione tra colpa lieve e colpa grave possa essere anche fonte di scelte non prevedibili e ondivaghe, dipendenti dalla ampiezza della valutazione del giudice e quindi in contrasto con la necessaria tassatività del precetto, non tiene conto che analogo timore sarebbe ravvisabile, a monte, riguardo al giudizio sulla "esigibilità" della condotta, ossia al momento valutativo, qualificante per la individuazione stessa della colpevolezza: timori da sempre adeguatamente contrastati dalla complessa opera ricostruttiva, in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, riguardo ai criteri utili per la tendenziale definizione dei giudizi in esame e, nella presente decisione, utilmente richiamati.

10. La ricerca ermeneutica conduce a ritenere che la norma in esame continui a sottendere la nozione di "colpa lieve", in linea con quella che l'ha preceduta e con la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi

decenni. Un complesso di fonti e di interpreti che ha mostrato come il tema della colpa medica penalmente rilevante sia sensibile alla questione della sua graduabilità, pur a fronte di un precetto, quale l'art. 43 cod. pen., che scolpisce la colpa senza distinzioni interne.

Dal punto di vista teorico non si individua alcuna ragione vincolante per la quale tale conclusione debba essere scartata, diversamente da quanto ritenuto da entrambe le sentenze che hanno dato luogo al contrasto.

Queste, peraltro, proprio sulla base di una conclusione di tal genere, fatta discendere dal silenzio della legge, si sono trovate a polarizzare in modo opposto le relative conclusioni, avendo osservato, la sentenza De Luca-Tarabori, che l'esonero complessivo da pena, destinato ad inglobare anche il responsabile di colpa grave da imperizia, non è praticabile perchè genera una situazione in contrasto con il principio di colpevolezza e, la sentenza Cavazza, che la novella causa di non punibilità è destinata a operare senza distinzione del grado della colpa.

Al contrario, ritengono le Sezioni unite che la mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto, sempre che questa sia l'espressione di una ratio compatibile con l'esegesi letterale e sistematica del comando espresso.

10.1. In tale prospettiva appare utile giovarsi, in primo luogo, dell'indicazione proveniente dall'art. 2236 cod. civ..

L'articolazione colpa grave/altre tipologie di condotte rimproverabili, pur causative dell'evento, è presente nelle valutazioni giurisprudenziali sui limiti della responsabilità penale del sanitario che, sotto diversi profili, hanno valorizzato nel tempo i principi e la ratio della disposizione contenuta nella norma citata, plasmata, invero, nell'ambito civilistico del riconoscimento del danno derivante da prestazioni che implicino soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e che lo esclude, appunto, salvo il caso di dolo o colpa grave.

Ebbene, tralasciando l'ormai sopito dibattito sulla non diretta applicabilità del precetto al settore penale per la sua attinenza alla esecuzione del rapporto contrattuale o al danno da responsabilità aquiliana, merita di essere valorizzato il condivisibile e più recente orientamento delle sezioni penali che hanno comunque riconosciuto all'art. 2236 la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza.

Ciò che del precetto merita di essere ancor oggi valorizzato è il fatto che, attraverso di esso, già prima della formulazione della norma che ha ancorato l'esonero da responsabilità al rispetto delle linee-guida e al

grado della colpa, si fosse accreditato, anche in ambito penalistico, il principio secondo cui la condotta tenuta dal terapeuta non può non essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto (Sez. 4, n. 4391 del 12/11/2011, dep. 2012, Di Lella, Rv.251941; Sez. 4, n. 16328 del 05/04/2011, Montalto, Rv. 251960; Sez. 4, n. 39592 del 21/06/2007, Buggè, Rv. 237875; Sez. 4, n. 1693 del 29/09/1997, dep. 1998, Azzini, non massimata sul punto). Sicchè l'eventuale addebito di colpa era destinato a venire meno nella gestione di un elevato rischio senza errori rimproverabili connotati da gravità. Viceversa, quando non si fosse presentata una situazione emergenziale o non fossero da affrontare problemi di particolare difficoltà, non sarebbe venuto in causa il principio dell'art. 2236 cod. civ. e non avrebbe avuto base normativa la distinzione della colpa lieve. Ne conseguiva che il medico in tali ipotesi, come in quelle nelle quali venivano in considerazione le sole negligenza o imprudenza, versava in colpa, essendo pacifico che in queste si dovesse sempre attenere ai criteri di massima cautela.

Un precetto, quello appena analizzato, che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili. Sicchè, vuoi sotto un profilo della non rimproverabilità della condotta in concreto tenuta in tali condizioni, vuoi sotto quello della mera opportunità di delimitare il campo dei comportamenti soggetti alla repressione penale, sono richieste misurazioni e valutazioni differenziate da parte del giudice.

Non è marginale, del resto, l'avallo dato a tale interpretazione da parte della Corte costituzionale, con sentenza n. 166 del 1973, per taluni aspetti ribadita dalla ordinanza n. 295 del 2013. Un avallo cui, viceversa, va riconosciuta riacquisita rilevanza ai fini che ci occupano, soprattutto a seguito della scelta, operata dalla legge Gelli-Bianco, di rendere la causa di non punibilità operativa soltanto in relazione alla colpa da imperizia, pur dopo che, nel recente passato, la giurisprudenza di legittimità applicativa del sopravvenuto decreto Balduzzi, aveva invece mostrato di propendere per la estensione della irresponsabilità da colpa lieve a tutte le forme di colpa generica. La prima pronuncia del Giudice delle leggi aveva, infatti, ammesso che gli artt. 589 e 42 cod. pen. potessero essere integrati dall'art. 2236 cod. civ., così da ricavarne il principio, costituzionalmente compatibile, della graduabilità della colpa da "imperizia" del sanitario impegnato nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e il riconoscimento della possibilità di esenzione di una parte di essa dal rilievo penale.

La stessa sentenza De Luca-Tarabori evoca tale soluzione sia pure per presentarla come strumento tec-

nico residuo per perseguire il pur meritevole fine di mandare esente da rimproverabilità l'errore colpevole del sanitario contestato a titolo di imperizia.

10.2. In secondo luogo, è un dato di fatto che il legislatore del 2012 abbia espressamente utilizzato e disciplinato l'ipotesi della "colpa lieve" del sanitario come quella da sottrarre, a condizioni date, alla responsabilità penale.

Tale opzione legislativa prescindeva dalla pregiudiziale della dimostrata situazione di particolare difficoltà tecnica ed era invece plasmata sul criterio della conformazione alle linee-guida, con riferimento a situazioni che potevano sottrarsi alla repressione penale anche quando non qualificate da speciale difficoltà. Con l'avvertenza che se, da un lato, tale ultima condizione è quella che, di regola, ha minore attitudine a generare "colpa lieve", dall'altro possono darsi condotte del sanitario che, pur rientranti agevolmente in linee-guida standardizzate, risultano di difficile esecuzione per la urgenza o per l'assenza di presidi adeguati.

Quella opzione ha dato luogo ad una cospicua elaborazione giurisprudenziale volta a fissare i criteri utili per individuare preventivamente e, quindi, in sede giudiziaria riconoscere il grado lieve della colpa, del quale – stante l'esplicito testo normativo sopravvenuto – non sembra ragionevole negarsi la idoneità alla convivenza con i principi generali dettati dall'art. 43 cod. pen.

Questi, peraltro, continuano ad avere piena applicazione con riferimento alla colpa da negligenza e da imprudenza.

Basterà, al fine di dare pratica attuazione alla lettura dell'art. 590-*sexies* qui accreditata, rievocare i canoni maggiormente condivisi nel recente passato, sollecitati dall'esigenza di contrastare gli effetti di interpretazioni eccessivamente severe, nella cui filigrana traspariva una non condivisibile tendenza a fare della relazione sanitaria una "obbligazione di risultato", laddove il fine di garantire la "sicurezza delle cure" ne ribadisce la natura di "obbligazione di mezzi".

È da ribadire, cioè, quanto già sostenuto in molte sentenze pubblicate sotto la vigenza del decreto Balduzzi (tra le molte, Sez. 4, n. 16237 del 29/01/2013, Cantore, Rv. 255105; Sez. 4, n. 23283 del 11/05/2016, Denegri) in ordine al fatto che la colpa sia destinata ad assumere connotati di grave entità solo quando l'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente. Ovvero, per converso, quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente: come nel caso di "patologie concomitanti" emerse alla valutazione del sanitario, e indicative della necessità di considerare i

rischi connessi.

Nella demarcazione gravità/lievetà rientra altresì la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa (oltre alle precedenti, Sez. 4, n. 22405 del 08/05/2015, Piccardo, Rv. 263736; Sez. 4, n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, Rv. 260740).

In altri termini, è da condividere l'assunto consolidato nella giurisprudenza di legittimità secondo cui la valutazione sulla gravità della colpa (generica) debba essere effettuata "in concreto", tenendo conto del parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, che è quello del modello dell'agente operante in concreto, nelle specifiche condizioni concretizzatesi.

Meritano di essere ricordati, tali criteri, non sempre in relazione diretta al loro contenuto, riferito anche alla rimproverabilità del momento di "scelta" delle linee-guida adeguate al caso concreto che, come si è visto, esorbita dal perimetro di operatività della novella causa di non punibilità. Piuttosto è utile richiamare l'elaborazione del metodo "quantitativo", del quantum dello scostamento dal comportamento che ci si sarebbe attesi come quello utile, per determinare il grado della colpa.

La discrezionalità del giudice, ravvisabile nel dare pratica attuazione ai detti criteri nel contesto del decreto Balduzzi che li connetteva a linee-guida e buone pratiche di non univoca individuazione, risulta oggi drasticamente ricomposta attraverso la novella che riguarda il procedimento pubblicistico per la formalizzazione delle linee-guida rilevanti.

Oltre a ciò, la circoscrizione, dovuta alla legge Gelli-Bianco, della causa di non punibilità alla sola imperizia spinge ulteriormente verso l'opzione di delimitare il campo di operatività della causa di non punibilità alla "colpa lieve", atteso che ragionare diversamente e cioè estendere il riconoscimento della esenzione da pena anche a comportamenti del sanitario connotati da "colpa grave" per imperizia – come effettuato dalla sentenza Cavazza – evocerebbe, per un verso, immediati sospetti di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento ingiustificata rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili, quali quelle connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza; determinerebbe, per altro verso, un evidente sbilanciamento nella tutela degli interessi sottesi, posto che la tutela contro la "medicina difensiva" e, in definitiva, il miglior perseguimento della salute del cittadino ad opera di un corpo sanitario non

mortificato nè inseguito da azioni giudiziarie spesso inconsistenti non potrebbero essere compatibili con l'indifferenza dell'ordinamento penale rispetto a gravi infedeltà alle *leges artis*, nè con l'assenza di deroga ai principi generali in tema di responsabilità per comportamento colposo, riscontrabile per tutte le altre categorie di soggetti a rischio professionale; determinerebbe, infine, rilevanti quanto ingiuste restrizioni nella determinazione del risarcimento del danno addebitabile all'esercente una professione sanitaria ai sensi dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco, poichè è proprio tale articolo, al comma 3, a stabilire una correlazione con i profili di responsabilità ravvisabili ex art. 590-*sexies* cod. pen..

10.3. È indicativa, in terzo luogo, l'evoluzione dei lavori parlamentari.

L'originario testo della legge approvato dalla Camera mostrava di volere differenziare, ai fini della esenzione da responsabilità, la colpa grave (da imperizia) dagli altri minori gradi della (stessa tipologia di) colpa, in una prospettiva specifica. Nel senso, cioè, che la colpa non grave (da imperizia) era automaticamente inclusa in detta esenzione anche a prescindere dal raffronto con linee-guida, mentre quella grave dello stesso tipo lo era alla condizione del rispetto delle stesse linee-guida.

La scomparsa della detta previsione dal testo successivamente passato al vaglio dell'altro ramo del Parlamento non può però dirsi un ripudio tout court della differenziazione del grado della colpa, non risultando in tal senso esplicitata la volontà del legislatore in alcun passo dei lavori preparatori, quanto piuttosto, come auspicato nel citato Parere della Commissione Giustizia del Senato, l'espressione della rinuncia a quella peculiare distinzione che si poneva come tendenzialmente apparente e quindi fortemente a rischio di censura per incostituzionalità, perchè garantiva una tutela eccessivamente e irragionevolmente estesa alla colpa tecnica del sanitario in tutte le sue espressioni, essendo per di più, la esclusione della imperizia grave in caso di rispetto delle linee-guida, conformata in una sorta di presunzione che poteva essere vinta soltanto con la prova delle "rilevanti specificità del caso concreto".

Si apprende, dai resoconti delle discussioni della Commissione giustizia del Senato del 7, 8 e 21 giugno 2016 – mostratasi interessata a cristallizzare certi approdi della giurisprudenza di legittimità e a sollecitare una apposita riformulazione dell'art. 6 poi realizzata -, semmai un reiterato ed esplicitato timore del legislatore che il comma 2 del precetto della legge in itinere si prestasse, attraverso la condizione del rispetto delle linee-guida, ad una interpretazione aperta alla esclusione della responsabilità penale anche per imperizia grave; evenienza non perseguita, oltre che in aperta discontinuità con i principi del decreto Balduzzi, nel cui solco, tanto nei lavori della Camera in

prima lettura quanto in quelli del Senato, si dichiara di volersi mantenere.

Specularmente, può dunque ammettersi che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento.

In conclusione, la colpa dell'esercente la professione sanitaria può essere esclusa in base alla verifica dei noti canoni oggettivi e soggettivi della configurabilità del rimprovero e altresì in ragione della misura del rimprovero stesso. Ma, in quest'ultimo caso – e solo quando configurante "colpa lieve" -, le condizioni richieste sono il dimostrato corretto orientarsi nel campo delle linee-guida pertinenti in relazione al caso concreto ed il progredire nella fase della loro attuazione, ritenendo l'ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti.

11. Sul quesito proposto devono quindi affermarsi i seguenti principi di diritto:

"L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;
- b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;
- c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;
- d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico".

12. Il connesso tema concernente la individuazione della legge più favorevole, in dipendenza dai principi posti dall'art. 2 cod. pen., comma 4, sulla successione delle leggi penali nel tempo, trova il proprio naturale sviluppo raffrontando il contenuto precettivo dell'art. 590-*sexies* cod. pen., come individuato, con quello dell'art. 3, abrogato.

Si enucleano soltanto i casi immediatamente apprezzabili.

In primo luogo, tale ultimo precetto risulta più favorevole in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario – commessi prima della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco – connotati da negligenza o imprudenza, con configurazione di colpa lieve, che solo per il decreto Balduzzi erano esenti da responsabilità quando risultava provato il rispetto del-

le linee-guida o delle buone pratiche accreditate.

In secondo luogo, nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve, che sia caduto sul momento selettivo delle linee-guida e cioè su quello della valutazione della appropriatezza della linea-guida era coperto dalla esenzione di responsabilità del decreto Balduzzi (v. Sez. 4, n. 47289 del 09/10/2014, Stefanetti, non massimata sul punto), mentre non lo è più in base alla novella che risulta anche per tale aspetto meno favorevole.

In terzo luogo, sempre nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve nella sola fase attuativa andava esente per il decreto Balduzzi ed è oggetto di causa di non punibilità in base all'art. 590-*sexies*, essendo, in tale prospettiva, ininfluenza, in relazione alla attività del giudice penale che si trovi a decidere nella vigenza della nuova legge su fatti verificatisi antecedentemente alla sua entrata in vigore, la qualificazione giuridica dello strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto liberatorio.

Analogamente, agli effetti civili, l'applicazione dell'art. 3, comma 1, del decreto Balduzzi prevedeva un coordinamento con l'accertamento del giudice penale, nella cornice dell'art. 2043 cod. civ., ribadito dall'art. 7, comma 3, della legge Gelli-Bianco. La responsabilità civile anche per colpa lieve resta ferma (v. Sez. 3 civ., n. 4030 del 19/02/2013; Sez. 4 civ., ord. n. 8940 del 17/04/2014) a prescindere, dunque, dallo strumento tecnico con il quale il legislatore regoli la sottrazione del comportamento colpevole da imperizia lieve all'intervento del giudice penale.

13. In ordine ai motivi di ricorso, deve rilevarsi la inammissibilità perchè diversi da quelli che possono legittimamente fondare l'impugnazione dinanzi a questa Corte di legittimità. La inammissibilità del ricorso impedisce, altresì, la rilevazione della prescrizione atteso che il termine per la estinzione del reato non è più decorso dalla data della pronuncia della sentenza impugnata, che non può dirsi seguita dalla valida instaurazione di un rapporto processuale in prosecuzione.

13.1. La prima doglianza viene prospettata come vizio di motivazione anche nella forma del travisamento della prova (quella dichiarativa della teste A.) con riferimento alla ricostruzione dei fatti che precedettero il finale ricovero della persona offesa. In altri termini, posto che la rimproverabilità della condotta del neurochirurgo, censurata dai giudici di merito come ingiustificatamente manchevole, si fonda sull'assunto della sua piena consapevolezza dei gravissimi sintomi neurologici, comunicatigli dallo stesso P. la mattina del 24 ottobre 2008, il punto toccato dalla difesa è quello del mancato raggiungimento della prova – e a maggior ragione di una plausibile motivazione – riguardo alla effettività e pienezza di detta conoscenza.

Per far ciò, il difensore ricorrente aggredisce la motivazione nel punto riguardante la asserita atten-

dibilità della persona offesa – che tanto ha sostenuto – nonchè il giudizio della Corte di merito riguardo alla idoneità della testimonianza della A. a costituire valido riscontro e comunque prova aggiuntiva della bontà del costrutto del denunciante: tale prova dichiarativa sarebbe, sul punto, frutto di domande suggestive della accusa.

Si tratta di censure volte, in realtà, a criticare inammissibilmente il punto di vista accolto e ampiamente motivato nella sentenza impugnata, sul piano della opinabilità piuttosto che su quello della decisiva carenza o manifesta illogicità.

La evenienza di domande suggestive da parte del pubblico ministero risulta dedotta per la prima volta con il ricorso e in nessun modo riesce a dare corpo a una ammissibile censura sulla illogicità della motivazione riguardante la credibilità della teste, la quale è stata fondata su una serie di ulteriori elementi di fatto valorizzati in sentenza e non contestati nel ricorso.

Anche il tema della prova oggettiva della effettiva manifestazione, sin dal 24 ottobre, dei sintomi della cauda per i quali le linee-guida prescrivono un intervento di decompressione nelle 24-48 ore, risulta congruamente affrontato nella sentenza impugnata ove sono posti in evidenza i numerosi e gravi elementi (la certificazione rilasciata dal dott. D.B.; la assoluta non significatività della diversa data riportata nella relazione di dimissione del paziente dal C.T.O. di Firenze l'11 novembre; il grado di recupero incompleto del paziente, dopo l'intervento, come accertato dal c.t. della persona offesa) dimostrativi della correttezza della ricostruzione sostenuta dalla accusa e del tutto razionalmente condivisa dai giudici, con una motivazione alla quale la difesa ricorrente oppone soltanto diversi elementi di fatto, considerazioni congetturali e, in definitiva, una alternativa ricostruzione di quelli, che è prospettiva non perseguibile nella sede di legittimità.

13.2. Il secondo motivo è inammissibile per analoghe considerazioni.

La contestazione della motivazione sul nesso di causalità ha natura e valenza meramente fattuali, fondandosi sul presupposto della preferibilità della tesi dell'imputato circa il momento in cui ebbe effettivamente conoscenza della gravità dei sintomi e della condizione del paziente e, conseguentemente spostata in avanti di una settimana tale evenienza -, sulla richiesta che sia riconosciuta la assenza di qualsiasi rimproverabilità nelle sue scelte diagnostiche e terapeutiche. Il tutto, con sollecitazione, altresì, del riconoscimento che il rapporto di causalità con l'evento andrebbe ridelineato, dovendo esso essere riferito all'unica condotta colpevole individuabile: quella della persona offesa che, pure invitata tempestivamente a recarsi al pronto soccorso, avrebbe lasciato trascorrere numerosi giorni prima di sottoporsi all'intervento chirurgico.

Ebbene, va ribadito che la proposta di alternativa ricostruzione delle emergenze fattuali non è ricevibile dalla Cassazione, dovendosi piuttosto notare che il rapporto di causalità è stato razionalmente delineato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, nel rispetto degli approdi condivisi della giurisprudenza di legittimità (sez.un., n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 22213). Con riferimento, cioè, alla natura della patologia accertata; alla gravità dei relativi sintomi che danno indicazione di intervento urgente nelle 48 ore secondo le acquisizioni scientifiche non contestate nemmeno dalla difesa; al momento di acquisizione della conoscenza dei sintomi da parte del sanitario cui il paziente si era affidato; al comportamento gravemente negligente e ingiustificatamente omissivo, motivo dell'inescusabile ritardo che ha dato luogo al non tempestivo riconoscimento della patologia, al suo aggravamento e all'instaurarsi dei postumi neurologici accertati.

Un comportamento che la giurisprudenza costante di questa Corte inquadra nella cornice della negligenza avendo il medico l'obbligo di seguire, appunto con diligenza, il decorso della sintomatologia del paziente che a lui si affida ed essendo suo dovere assicurare, attraverso i concordati controlli periodici, nonché interpretando e valorizzando le sintomatologie riferite, o comunque apprese, che l'intervento eventualmente richiesto con urgenza abbia luogo o venga indicato come indifferibile, mediante le necessarie comunicazioni (vedi, tra le molte, Sez. 4, n. 40703 del 14/06/2016, Roggia, Rv. 267778).

14. Alla inammissibilità del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento ed a versare alla cassa delle ammende la somma che si reputa equo determinare in Euro 2.000,00.

In virtù del principio della soccombenza, il ricorrente deve anche essere condannato alla rifusione delle spese sostenute nel grado dalla parte civile, liquidate, alla luce della nota depositata, come in dispositivo.

P.Q.M.
(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario: Premessa. – **1.** L'evoluzione normativa in materia di responsabilità medica: dall'art. 2236 c.c. alla legge "Gelli-Bianco", passando per il decreto "Balduzzi". – **2.** Il contrasto pretorio e la rimessione della questione alle Sezioni unite. – **3.** Il nuovo statuto penale della colpa medica secondo le Sezioni unite Penali. – **4.** Osservazioni conclusive e spunti critici.

Premessa

L'intervento delle Sezioni unite Penali in commento si è reso necessario a seguito dell'entrata in

vigore della legge Gelli-Bianco, la l. 8 marzo 2017, n. 24, che – per il tramite del suo art. 6 – ha introdotto nel nostro sistema penale una nuova fattispecie delittuosa: l'art. 590-*sexies* c.p., rubricato «Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario»¹. Il disposto in esame ha suscitato rilevanti problemi interpretativi fin dalle prime applicazioni giurisprudenziali, presentando profili di ambiguità che hanno ingenerato contrasti in una disciplina già di per sé segnatamente dibattuta.

1. L'evoluzione normativa in materia di responsabilità medica: dall'art. 2236 c.c. alla legge "Gelli-Bianco", passando per il decreto "Balduzzi"

Lo statuto penale della colpa medica è stato oggetto di vivida attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza degli ultimi anni, stante l'atteggiamento rigoroso riservato da quest'ultima alla classe medica che, conseguentemente, aveva dato vita al fenomeno della c.d. "medicina difensiva"².

Proprio l'esigenza di ovviare a tale *medical malpractice*, aveva spinto il legislatore a intervenire con apposita normativa, venuta tuttavia in rilievo soltanto nel 2012 per il tramite del decreto "Balduzzi"³.

Invero, prima dell'avvento della riforma appena citata, non sussisteva nel nostro ordinamento giuridico una disciplina specifica che regolasse la condotta del sanitario, il quale avesse tenuto una condotta soltanto lievemente colposa nell'espletamento delle sue funzioni, essendosi attenuto al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali accreditate dalla comunità scientifica. Ne conseguiva l'applicazione dei principi generali in materia di colpa e di colpa professionale.

Innanzitutto, la giurisprudenza si era assestata sul ritenere che le linee guida ed i protocolli in esame non potessero assurgere a rango di regole cautelari di condotta codificate, rientranti nel paradigma normativo

¹ Art. 590-*sexies* c.p.: «Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.»

² «La medicina difensiva si verifica quando i medici ordinano test, procedure e visite, oppure evitano pazienti o procedure ad alto rischio, principalmente (ma non necessariamente) per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*. Quando i medici prescrivono extra test o procedure per ridurre la loro esposizione ad un giudizio di responsabilità per *malpractice*, essi praticano una medicina difensiva positiva. Quando essi evitano certi pazienti o procedure, essi praticano una medicina difensiva negativa.», OTA, *Office of Technology assessment*, USA Congress.

³ D.l. 13 settembre 2012, n. 158.

dell'art. 43 c.p., al contrario, si riteneva che assumesero valore di mere raccomandazioni astratte, prescindenti dalle specifiche circostanze del caso di specie⁴. Pertanto, risultava evidente, per il sanitario, la necessità di verificare l'idoneità di queste ultime rispetto al caso concreto, con la conseguenza che, laddove fossero risultate inadeguate al caso di specie, la sua condotta non avrebbe potuto che assumere natura colposa, colpa consistente proprio nel non aver riscontrato tale inadeguatezza.

Stante la rigidità di un sistema così delineato, a partire dalla seconda metà del secolo scorso cominciò a farsi largo in giurisprudenza l'idea che anche in ambito penale potesse trovare applicazione il disposto civilistico di cui all'art. 2236 c.c.⁵, che limita la responsabilità del professionista intellettuale alla colpa lieve laddove l'esercizio della sua professione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà⁶.

Il sanitario che avesse tenuto una condotta colposa, ma senza incorrere in violazioni cautelari macroscopiche, stante la «speciale difficoltà» dell'opera chiamato a porre in essere, andava così esente da pena⁷. Ciò, del resto, si poneva in linea con la concezione del diritto penale come *extrema ratio* di tutela, in ossequio al principio della libertà personale di cui all'art. 13 Cost., concezione che sarebbe stata contraddetta laddove si fosse permesso al professionista intellettuale, in caso di colpa lieve, di andare esente da responsabilità civile – potendo beneficiare dell'art. 2236 c.c. – e, allo stesso tempo, di incorrere in responsabilità penale per la medesima condotta.

Tale ricostruzione incontrò anche l'avallo della Consulta, che ebbe modo di precisare che quando l'art. 2236 c.c. esclude la responsabilità del professionista intellettuale per colpa lieve, intende far esclusivo riferimento all'imperizia lieve, non anche alla negligenza e all'imprudenza, dal momento che soltanto la prima implica un errore tecnico-specialistico, una prestazione tecnicamente complessa, viceversa le seconde intendono far riferimento alla violazione di regole cautelari di natura comune⁸.

Quanto fin qui asserito, tuttavia, non incontrò unanimi consensi né in giurisprudenza né tantomeno in dottrina, poiché si riteneva oltremodo forzato l'intento di trapiantare *tout court* un disposto civilistico in ambito penale, dove in special modo mancano for-

me di distinzione della graduazione della colpa in lieve e grave, o che per lo meno mancano ai fini dell'*an* della responsabilità, potendo il grado della colpa al più assurgere a criterio di commisurazione del *quantum* della pena, così come disposto dall'art. 133 c.p.⁹.

È in tale rigoroso contesto giurisprudenziale che entra in vigore il primo intervento legislativo in materia di responsabilità medica, il d.l. n. 158 del 2012, che per la prima volta dà rilevanza in materia penale alla distinzione tra colpa lieve e colpa grave e frantuma la categoria della colpa professionale, dando corpo ad una parziale *abolitio criminis*, e trovando esclusiva applicazione per un'unica classe di professionisti intellettuali: gli operatori sanitari.

Con maggiore dovizia di particolari, l'art. 3 del decreto "Balduzzi"¹⁰ escludeva la punibilità a titolo di colpa lieve del sanitario che si fosse attenuto all'osservanza delle linee guida ovvero delle buone pratiche clinico-assistenziali, pur dovendosene discostare in ordine alle specificità del caso concreto. Trattasi, cioè, di un errore non macroscopico, non manifesto, che non assume i connotati della colpa grave, ma soltanto di una condotta lievemente colposa.

La differenza di disciplina rispetto al previgente assetto giurisprudenziale risulta *ictu oculi* evidente: in precedenza il medico che avesse errato per colpa lieve nell'applicazione delle linee guida sarebbe incorso in responsabilità penale certa, dal momento che – come visto – non si riteneva applicabile l'art. 2236 c.c.; viceversa, l'intervento legislativo del 2012 lasciava esente da responsabilità il sanitario che avesse applicato al caso di specie delle linee guida inadeguate, laddove avesse agito in maniera lievemente colposa, risultando responsabile soltanto nelle ipotesi di colpa grave.

Occorre specificare, inoltre, che la giurisprudenza aveva oltremodo ristretto l'ambito applicativo della disciplina in esame, riducendolo alle ipotesi di imperizia ed escludendo l'esenzione da responsabilità nei casi di colpa lieve per negligenza ed imprudenza¹¹, ricevendo altresì l'avallo della Corte cost.¹². Aspetto sul quale, però, non vigevo unanimi consensi.

Riassunto così il quadro normativo tracciato dalla riforma del 2012, a distanza di pochi anni dalla

⁴ *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 19 settembre 2012, n. 35922.

⁵ Art. 2236 c.c.: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave».

⁶ Cass. pen., Sez. IV, sent. 27 gennaio 1984, n. 6650; Cass. pen., Sez. IV, sent. 25 maggio 1987, n. 9410; Cass. pen., Sez. II, sent. 23 agosto 1994, n. 11695; Cass. pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017, n. 28187.

⁷ CALETTI GIAN MARCO e MATTHEUDAKIS MATTEO LEONIDA, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 101.

⁸ Corte cost., 22-28 novembre 1973, n. 166.

⁹ MAZZACUVA N., *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 309 ss.; MANNA A., *Medicina difensiva e diritto penale*, in *Arch. Pen.*, 2014, pp. 88 ss e 182 ss.

¹⁰ Art. 3, comma 1, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158: «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. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.».

¹¹ *ex multis* Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

¹² Corte cost., ord. 2-6 dicembre 2013, n. 295.

sua entrata in vigore si è avvertita la necessità di un ulteriore intervento normativo, questa volta concretizzatosi nella stesura della legge “Gelli-Bianco” – la l. 8 marzo 2017, n. 24 -, che, attraverso l’art. 6, ha introdotto nel sistema penale una nuova fattispecie di reato, quella di cui all’art. 590-*sexies* c.p.¹³.

Quest’ultima lascia invariata la cornice edittale prevista per i reati di omicidio colposo e di lesioni personali colpose – di cui rispettivamente agli artt. 589 e 590 c.p. -, elimina qualsivoglia riferimento a forme di graduazione della colpa e presenta come elemento specializzante il soggetto attivo, ossia l’esercitante la professione sanitaria, per il quale, al suo secondo comma, introduce quella che è stata formalmente definita una causa di non punibilità.

Quest’ultima interviene nelle ipotesi di imperizia – espressamente indicata dal legislatore, il quale così dimostra di aver recepito il maggioritario orientamento pretorio in tal senso -, laddove le linee guida adottate siano adeguate al caso di specie, lasciando fuori dall’ambito applicativo della causa di non punibilità in esame le ipotesi di responsabilità per colpa medica negligente e imprudente.

Ebbene, è proprio tale aspetto ad aver sollevato forti dubbi interpretativi, poiché non compare più il riferimento di cui al decreto “Balduzzi” alle ipotesi di applicazione, per colpa lieve, di linee guida non adeguate al caso di specie – ipotesi che pertanto oggi rientrano nelle forme di condotta colposa punibile -; al contrario, qui il legislatore pretende l’adeguatezza delle linee guida e al tempo stesso la sussistenza di una condotta imperita. Pertanto, sembrerebbe sussistere una contraddizione in termini, poiché non risulta chiaro come possa una condotta essere imperita laddove si connota per l’applicazione di linee guida del tutto adeguate al caso di specie.

Ad ogni modo, la nebulosa formulazione legislativa dell’art. 590-*sexies* c.p. ha suscitato perplessità quanto ai suoi confini applicativi e ha, pertanto, reso necessario l’intervento delle Sezioni unite Penali, al fine di porre argine ai dubbi interpretativi sollevati in dottrina e soprattutto in giurisprudenza.

2. Il contrasto pretorio e la rimessione della questione alle Sezioni unite

L’intervento legislativo che ha segnato l’introduzione nel sistema penale dell’art. 590-*sexies* c.p. è stato inizialmente accolto con entusiasmo – in quanto perseguente la medesima *ratio* del precedente decreto

“Balduzzi”, ossia quella di contrastare il fenomeno della “medicina difensiva” e dare maggiore tutela al diritto alla salute di cui all’art. 32 Cost. -, tuttavia, a tale entusiasmo si è in breve tempo affiancato un atteggiamento di netto scetticismo, specie in giurisprudenza, stante la formulazione incerta della norma in esame.

Non è un caso, difatti, che si siano fin da subito registrati contrasti interpretativi in seno alla IV Sezione della Corte di Cassazione, che ha dato vita – nel giro di pochi mesi – a due pronunce contrastanti in ordine all’ambito applicativo dell’art. 590-*sexies* c.p. e, conseguentemente, ai suoi rapporti con la disciplina previgente in relazione al principio di successione delle leggi nel tempo.

Procedendo con ordine, una prima pronuncia – la sentenza “De Luca-Tarabori”¹⁴ – consegna un’analisi della norma in esame che finisce tuttavia per svuotarla di contenuto, poiché giunge a sostenere che quella di cui al secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p. non sia una causa di esclusione della punibilità, poiché altro non affermerebbe se non che il medico non possa essere penalmente responsabile laddove abbia applicato le linee guida adeguate al caso di specie.

Trattasi, cioè, di un’affermazione tautologica, con la conseguenza che l’unico modo per assegnare al disposto in esame un significato utile sarebbe quello di far riferimento ad un’imperizia, non nella scelta di applicazione delle linee guida, ma nella fase esecutiva, *in executivis*. Tuttavia, se quest’ultima è l’unica maniera per assegnare alla norma un significato utile, al tempo stesso, avallando una simile interpretazione, si arriverebbe a sostenere che il medico vada esente da pena ogniqualvolta osservi le linee guida adeguate al caso di specie, anche laddove incorra in un errore esecutivo frutto di grave imperizia.

Ebbene, così ragionando si finirebbe per prospettare un irragionevole *deficit* di tutela di beni giuridici fondamentali quali la vita e la salute, la cui lesione non sarebbe più punibile soltanto perché l’errore esecutivo, anche se gravemente colposo, sia avvenuto nel rispetto delle linee guida adeguate al caso di specie.

Ne consegue che – secondo tale pronuncia – l’art. 590-*sexies* c.p. assolverebbe, invece, ad una mera funzione ricognitiva, limitandosi a ribadire un principio che la giurisprudenza aveva già chiarito, dandogli questa volta valore legislativo: il medico va esente da responsabilità se adotta le linee guida adeguate al caso di specie¹⁵.

¹³ Art. 590-*sexies* c.p.: «Se i fatti di cui agli artt. 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma. Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

¹⁴ Cass. pen., sez. IV, sent. 20 aprile – 7 giugno 2017, n. 28187.

¹⁵ «La normativa si riferisce ad eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate nei modi che si sono sopra riferiti. Perché sia esclusa la responsabilità si richiede, altresì, che le linee guida siano appropriate rispetto al caso concreto; e cioè che non vi siano ragioni, dovute solitamente alle comorbilità, che suggeriscono di discostarsene radicalmente. Chiara, in tal senso la formulazione dell’art. 5: “Gli esercenti le professioni sanitarie si attengono, salve le specificità del caso

Risulta evidente, pertanto, come la norma di nuova introduzione – così interpretata – preveda un trattamento sanzionatorio meno favorevole rispetto alla previgente disciplina, dal momento che il decreto “Balduzzi” esonerava da responsabilità il sanitario che avesse errato nell’applicazione delle linee guida per colpa lieve, errore su cui invece l’art. 590-*sexies* c.p. non transige¹⁶. Quindi, a trovare applicazione nei casi venuti in rilievo precedentemente alla riforma sarà la *lex mitior* previgente, il decreto “Balduzzi”, in ossequio al disposto di cui all’art. 2, quarto comma, c.p.

Di diverso avviso una seconda pronuncia – la sentenza “Cavazza”¹⁷ – che, invece, valorizza l’interpretazione letterale dell’art. 590-*sexies* c.p. Nello specifico, si evidenzia in particolar modo la introduzione di una causa di esclusione della punibilità di tipo oggettivo, da collocarsi al di fuori dell’ambito di operatività del principio di colpevolezza¹⁸, operante soltanto in caso di imperizia e senza tener conto di distinzione alcuna tra condotta lievemente o gravemente colposa. Ciò farebbe propendere per il trattamento di maggior favore che la legge “Gelli-Bianco” avrebbe riservato al sanitario rispetto alla precedente normativa delineata dal decreto “Balduzzi”, giacché non può sottacersi l’intenzione del legislatore – chiaramente evincibile dal dettato normativo – di favorire la categoria medica introducendo una causa di non punibilità che operi a prescindere dall’essere il professionista incorso in colpa grave o soltanto lieve.

Occorre precisare, tuttavia, che la causa di non punibilità in esame trova applicazione soltanto nelle ipotesi di imperizia e a patto che siano state applicate le linee guida ovvero, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali adeguate al caso di specie, potendosi riscontrare il comportamento imperito proprio nell’errore durante la loro fase esecutiva di applicazione. Si fornisce, pertanto, una interpretazione estremamente coerente col dettato normativo, senza curarsi, tuttavia – come era stato prospettato dalla sentenza “De Luca-Tarabori” –, degli eventuali contrasti con l’art. 32 Cost. e, più in generale, con l’art. 3 Cost.

concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida...”. Insomma, quando le linee guida non sono appropriate e vanno quindi disattese, l’art. 590-*sexies* cit. non viene in rilievo e trova applicazione la disciplina generale prevista dagli artt. 43, 589 e 590 cod. pen., Cass. pen., sez. IV, sent. 20 aprile – 7 giugno 2017, n. 28187, § 8.1.

¹⁶ «Per i fatti anteriori, come quello in esame, sempre in applicazione dell’art. 2 cod. pen., può trovare applicazione, invece, quando pertinente, la ridetta normativa del 2012, che appare più favorevole con riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave.», Cass. pen., sez. IV, sent. 20 aprile – 7 giugno 2017, n. 28187, § 11; GRILLO P., *La legge Gelli-Bianco va alle Sezioni unite: l’imperizia non è punibile soltanto se lieve*, in *Dir. e Giust.*, fasc. 35, 2018, p. 11.

¹⁷ Cass. pen., sez. IV, 19 ottobre – 31 ottobre 2017, n. 50078.

¹⁸ CALETTI G.M., *Le Sezioni Unite Penali e l’interpretazione costituzionalmente conforme dell’art. 590-*sexies* c.p.*, in *DeJure*, 7 marzo 2018.

laddove si introduce un trattamento di favore per un’unica categoria professionale – quella medica – a discapito di altre classi di professionisti che operano in presenza di altrettante difficoltà tecniche.

Ebbene, così ragionando, la Sezione quarta della Suprema Corte di Cassazione giunge a sostenere che la disciplina di cui alla legge “Gelli-Bianco” sia più favorevole rispetto alla previgente e, quindi, in quanto *lex mitior*, debba trovare applicazione nelle ipotesi antecedenti alla sua entrata in vigore, in ossequio a quanto disposto dall’art. 2, quarto comma, c.p. in tema di successione di leggi nel tempo.

Stante l’evidente contrasto pretorio venutosi così a configurare, inevitabile era l’intervento delle Sezioni unite, chiamate a porre argine alla questione racchiusa nel seguente quesito di diritto: «quale sia, in tema di responsabilità colposa dell’esercente la professione sanitaria per morte o lesioni personali, l’ambito di esclusione della punibilità previsto dall’art. 590-*sexies* cod. pen., introdotto dall’art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24».

Quest’ultimo, nonostante la formulazione sintetica, ingloba numerose questioni incidentali che il massimo organo nomofilattico ha affrontato e chiarito in una pronuncia alquanto complessa.

3. Il nuovo statuto penale della colpa medica secondo le Sezioni unite Penali

La sentenza ha il compito molto delicato di delimitare l’ambito applicativo dell’art. 590-*sexies* c.p., compito che non può prescindere dall’analisi di alcuni passaggi e chiarimenti fondamentali.

Primo fra tutti, la *ratio* della nuova riforma, vale a dire l’intento di limitare la responsabilità del sanitario, nonché di garantire una maggiore sicurezza delle cure, ponendosi come strumento di contrasto alla c.d. medicina difensiva.

Seguendo tale prospettiva, la pronuncia accoglie favorevolmente l’istituzione di un Osservatorio per le buone pratiche e la creazione di un sistema di accreditamento formale delle linee guida, che fungono da parametro per la corretta esecuzione delle prestazioni sanitarie ed assumono «connotati pubblicistici». Tuttavia, nonostante tali novità, le Sezioni unite – quanto alla loro natura giuridica – si allineano al precedente orientamento sostenuto a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità e dalla stessa sentenza “De Luca-Tarabori”. Nello specifico, le linee guida non costituirebbero delle effettive regole cautelari di condotta che, qualora violate, diano luogo a responsabilità per colpa specifica, ciò in ragione della loro insita elasticità, connotato imprescindibile per garantirne l’adattabilità ai singoli casi di specie¹⁹.

¹⁹ «non si tratta di veri e propri precetti cautelari» ed è escluso che «il nuovo sistema introdotto, pur sembrando formalmente sollecitare alla esatta osservanza delle linee guida, anche al fine di ottenere il beneficio previsto in campo penale, possa ritenersi

Chiariti questi aspetti, le Sezioni unite passano ad analizzare *funditus* il contrasto che ha dato vita alla necessità del loro intervento, assumendo una posizione per così dire intermedia rispetto a quella avallata dalle due tesi giurisprudenziali contrapposte.

Della “De Luca-Tarabori” viene contestato il fatto di non aver lasciato alcuno spazio applicativo alla causa di non punibilità, addivenendo, nella sostanza, ad una *interpretatio abrogans* dell’art. 590-*sexies* c.p. Di converso, la “Cavazza” viene apprezzata per aver dato rilievo all’interpretazione letterale della norma, ma viene censurata per essere incorsa nell’errore opposto di accordare alla causa di non punibilità un ambito applicativo troppo ampio, tale da coprire persino condotte di colpa grave.

Pertanto, secondo il supremo organo di nomofilia, il dato da cui bisogna partire è indubbiamente quello letterale, ossia il disposto così come formulato dall’art. 590-*sexies* c.p., avendo cura di specificare che l’opera dell’interprete non può mai porsi in contrasto con il senso palese della norma e, tuttavia, questo non gli preclude altresì la possibilità di fornire alla norma una interpretazione che vada, non contro il dettato normativo, ma “oltre” lo stesso, tenendo conto della *ratio legis* e del sistema ordinamentale nel suo complesso.

Così ragionando la Corte giunge ad affermare che è indubbio che la norma introduca una causa di non punibilità legata alla imperizia, poiché ciò emerge chiaramente dalla lettera della disposizione; inoltre, l’imperizia non può che essere quella esecutiva, poiché le linee guida applicate sono quelle adeguate al caso concreto, avendo cura di specificare che il giudizio di adeguatezza va effettuato in base al criterio della prognosi postuma, *ex ante* ed in concreto.

Semberebbe, quindi, da questo punto di vista, essersi aderito al secondo orientamento prospettato dalla sentenza “Cavazza”.

D’altro canto, però, l’interpretazione letterale non è l’unica possibile al fine di dare valore ad un disposto normativo, difatti, spesso quest’ultima da vita a contrasti con principi fondamentali dell’ordinamento giuridico – come accadrebbe nel caso di specie, stante il contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost. –, ecco allora la necessità di andare “oltre” il dettato normativo, tenendo conto della *ratio legis*, dell’intenzione del legislatore, nonché del sistema nel suo complesso, giungendo così a sostenere che quella imperizia che viene letteralmente dichiarata non punibile dal secondo comma dell’art. 590-*sexies* c.p. non può che essere esclusivamente l’imperizia lieve.

Invero, se lo scopo della norma è quello di tutelare la salute, proprio l’introduzione di una causa di non punibilità estesa in maniera indifferenziata all’impe-

ria, sia grave che lieve, si porrebbe in contrasto con tale scopo.

Ritorna allora in considerazione il grado della colpa quale criterio di imputazione, difatti, nonostante la norma non ne faccia menzione, la graduazione della colpa non è sconosciuta al diritto penale, che l’ha sperimentata proprio in ambito medico, per il tramite del più volte richiamato decreto “Balduzzi” e, ancor prima, per l’applicabilità dell’art. 2236 c.c. in ambito penalistico.

Nello specifico, le Sezioni unite, pur non affermando che si applichi *in toto* l’art. 2236 c.c. nei casi in esame, giungono a sostenere che da esso comunque se ne possa ricavare una massima di comune esperienza che lega la colpa al grado di difficoltà della prestazione: quanto più è difficile la prestazione, tanto più in sede di verifica della colpa occorre essere indulgenti, dando così rilievo alla distinzione tra colpa grave e colpa lieve²⁰.

Conseguentemente, quando il legislatore nell’art. 590-*sexies*, secondo comma, c.p. dichiara non punibile l’imperizia, non può che riferirsi all’imperizia lieve, poiché soltanto in tal modo il dettato normativo si pone in coerenza con la *ratio legis*, imperizia che per di più intervenga nella fase esecutiva, dando luogo, quindi, non ad un errore strategico di condotta, bensì ad un errore esecutivo.

Sotto questo aspetto, fondamentale risulta individuare il limite tra colpa grave e colpa lieve, cui giunge in soccorso una cospicua opera giurisprudenziale che ha individuato, a tal fine, adeguati criteri applicativi²¹. Nello specifico, la valutazione della gravità della colpa va fatta in concreto, tenendo conto di parametri di natura oggettiva e soggettiva, quindi sia delle qualità del soggetto agente che delle condizioni esterne in cui si sono svolti i fatti, rivestendo in particolare un ruolo di spicco il c.d. metodo quantitativo, che evidenzia il rilievo del *quantum* dal discostamento del comportamento che ci si sarebbe normalmente potuti attendere dall’operatore sanitario²².

²⁰ «merita di essere valorizzato il condivisibile e più recente orientamento delle sezioni penali che hanno comunque riconosciuto all’art. 2236 c.c. la valenza di principio di razionalità e di regola di esperienza cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza» sez.un. pen., 21 dicembre 2017, n. 8770.

²¹ *ex multis* sentenza “Cantone”, Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

²² «nella demarcazione gravità/lievetà rientra altresì la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell’agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa» sez.un. pen., 21 dicembre 2017, n. 8770.

agganciato ad automatismi» sez.un. pen., 21 dicembre 2017, n. 8770.

Inoltre – ad avviso delle Sezioni unite –, non sembra che la reintroduzione del sistema di graduazione della colpa si ponga in contrasto con i lavori preparatori, dal cui studio non si rinviene un ripudio *tout court* del grado della colpa in ambito penale, potendosi così ammettere una sua intrinseca sussistenza nella formulazione dell'art. 590-*sexies* c.p.

In conclusione, la punibilità dell'esercente la professione sanitaria è esclusa soltanto laddove abbia individuato correttamente le linee guida da applicare al caso di specie e, tuttavia, sia incorso in un errore nella loro fase attuativa, errore dipeso da colpa lieve, cioè un errore che non sia macroscopico, che non sia di immediata evidenza.

Nelle altre circostanze – ossia laddove nell'ipotesi appena descritta il sanitario abbia agito con colpa grave, ovvero nel caso in cui sia incorso in imprudenza o negligenza, ovvero ancora nell'ipotesi in cui il caso di specie non sia regolato da linee guida o buone pratiche clinico assistenziali oppure il medico abbia individuato quelle non adeguate al caso concreto –, allora non potrà trovare applicazione la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 590-*sexies*, secondo comma, c.p. e il medico dovrà rispondere penalmente della propria condotta.

Quanto ai profili intertemporali, infine, le Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione ritengono che il decreto “Balduzzi” sia più favorevole, per l'esercente la professione sanitaria, nelle ipotesi in cui egli abbia agito in maniera lievemente negligente o imprudente nella fase strategica, ossia nella fase di scelta delle linee guida da applicare. Non solo, la disciplina previgente è più favorevole anche nelle ipotesi di colpa per imperizia lieve, laddove l'errore sia avvenuto nel momento selettivo delle linee guida, mentre laddove sia intervenuto nella fase esecutiva, l'esenzione da punibilità del sanitario opera in base ad entrambe le normative.

Ne consegue che la valutazione della disciplina applicabile in base al disposto di cui all'art. 2, quarto comma, c.p. vada valutata in concreto, in base alle circostanze del caso di specie, pur essendo evidente che il maggior favore del decreto “Balduzzi” venga a prospettarsi nella gran parte delle ipotesi.

4. Osservazioni conclusive e spunti critici

La sentenza delle Sezioni unite si presenta segnatamente corposa ed esaustiva.

In particolare, apprezzabile è lo sforzo di individuare una soluzione di compromesso che restituisca compatibilità al disposto di cui all'art. 590-*sexies* c.p. con i valori fondanti della Costituzione.

Ciò nonostante, possono comunque segnalarsi alcune perplessità che vengono a galla in determinati passaggi logici ricostruiti dalla Suprema Corte.

Procedendo con ordine, innanzitutto si registra un'incongruenza tra la richiesta formulata con il que-

sito di diritto rimesso al vaglio delle Sezioni unite – ossia di delineare l'ambito di esclusione da responsabilità del sanitario – e la soluzione prospettata dalle stesse, che invece hanno sviluppato un principio di diritto individuando le aree del penalmente rilevante.

Ad ogni modo, ricostruita la portata del nuovo art. 590-*sexies* c.p., le conclusioni circa l'ambito intertemporale di applicazione della nuova disciplina rispetto al previgente decreto “Balduzzi” hanno fatto concludere per il maggior favore di quest'ultimo nella pluralità dei casi, specie laddove si disquisisca di negligenza o di imprudenza lievi. Così statuendo, le Sezioni unite sembrano asserire che il decreto “Balduzzi” esentasse da pena l'operatore sanitario che avesse agito con colpa lieve non solo dipesa da imperizia, ma anche da imprudenza e negligenza, per di più sia nella fase strategica che in quella esecutiva delle linee guida.

A ben vedere, però, questo passaggio non era affatto pacifico nella interpretazione del disposto di cui all'art. 3 del d.l. del 13 settembre 2012, n. 158, rispetto al quale vigeva un cospicuo orientamento giurisprudenziale che, viceversa, sosteneva fermamente l'esclusivo riferimento alla sola imperizia e non faceva menzione alcuna della fase esecutiva di attuazione delle linee guida²³.

Tuttavia, in disparte le perplessità appena citate, ciò che suscita maggiori incertezze è la scelta del supremo organo di nomofilachia di andare “oltre” il dettato normativo per riuscire a fornire una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 590-*sexies* c.p., anche laddove la lettera della norma non menzioni in alcun modo un elemento del fatto di reato – quale la graduazione della colpa – che, in tal modo, verrebbe inserito in via interpretativa nel corpo della fattispecie²⁴.

Rientra così in gioco la valutazione della colpa in concreto, nelle sue forme grave e lieve, sulla base della massima di esperienza di cui all'art. 2236 c.c., la cui applicazione in sede penale era già stata riproposta dalla sentenza “De Luca-Tarabori”.

Ci si chiede, tuttavia, se sia ammissibile che l'autorità giudiziaria interpreti la legge al di là dell'espressione letterale, pur significando ciò sorvolare la precipua scelta di prevedere un trattamento di favore per la categoria professionale dei medici, escludendone la responsabilità penale nei soli casi di imperizia e senza graduazione alcuna della colpa²⁵.

Ciò alimenta dubbi quanto al rispetto del principio di certezza del diritto, dal momento che i provve-

²³ *ex multis* Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

²⁴ CUPELLI C., *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora) punibile*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2018.

²⁵ CUPELLI C., *L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione “costituzionalmente conforme” dell'imperizia medica (ancora) punibile*, cit..

dimenti giurisdizionali sono sprovvisti del connotato della vincolatività *erga omnes*, potendo essere oggetto di un successivo superamento in sede pretoria²⁶; nonché quanto al rispetto del principio di separazione dei poteri, poiché viene introdotto in sede interpretativa un elemento nuovo ed ulteriore rispetto al dettato normativo – la graduazione della colpa – con effetti limitativi della responsabilità, compito che normalmente spetta al legislatore e non all'interprete.

Tutto ciò non può che dipendere da un dettato normativo confuso, manifesto di un *deficit* di democraticità che rappresenta la piaga dell'era moderna. Difatti, spesso si assiste alla stesura di testi legislativi dai connotati incerti, alle cui lacune sempre più spesso è costretta a sopperire in via interpretativa l'autorità giudiziaria, avallata dall'atteggiamento frenante della Corte Costituzionale nel tacciare di incostituzionalità disposizioni contrastanti con il principio di tassatività, nei suoi corollari di precisione e determinatezza²⁷.

È evidente che tra lo scopo prefisso da una riforma legislativa e la necessità di mantenere salda la compagine dei valori costituzionali, non possa che prevalere quest'ultima esigenza, che, nel caso di specie, non ha fatto altro che porre nel nulla l'originario intento della riforma di introdurre un ulteriore argine al fenomeno della medicina difensiva e, in tal modo, favorire la classe degli esercenti la professione sanitaria.

Conferma di ciò si rinviene nella dichiarazione, da parte delle stesse Sezioni unite, della natura più favorevole del trattamento riservato dal decreto “Balduzzi” rispetto a quello previsto dalla legge “Gelli-Bianco”. Invero, se lo scopo della nuova normativa era quello di introdurre un trattamento di favore per gli esercenti la professione sanitaria, dichiarare che la legge “Gelli-Bianco” sia – nella maggior parte dei casi – meno favorevole rispetto alla disciplina previgente, non può che essere sintomatico dell'insuccesso della riforma.

²⁶ L'art. 618 c.p.p. prevede, al comma *1-bis*, l'obbligo per la Sezione semplice della Corte che intenda discostarsi da un principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, di rimettere la questione a queste ultime; *CUPELLI C., Op. cit.*

²⁷ Si registra un'unica ipotesi di incostituzionalità per violazione del principio di tassatività, quella relativa all'abrogato art. 603 c.p. in tema di plagio, per il tramite della sent. Corte Cost. n. 96 del 1981.

Imputazione coatta e provvedimento abnorme: l'ammissibilità dell'impugnazione da parte dell'imputato al vaglio delle Sezioni unite. *Nota a Corte di Cassazione, Ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 1938, 12 ottobre 2017, n. 25387/2017*

abstract

In this judgment, the referring court of the Supreme Court claims a jurisprudential contrast which also involves the jurisprudence of the Constitutional Court, about the admissibility of the appeal, by the mere suspect, of the forced indictment issued by the judge of preliminary investigations in reference to a different crime than the one object of request for dismissal by the public prosecutor.

keywords

Archiving – Request of the public prosecutor – New imputation – Constitutional Court – Different fact – Role of the mere suspect – Admissibility.

abstract

Nell'ordinanza in commento, la Sezione rimettente della Corte di Cassazione ha evidenziato un contrasto giurisprudenziale venutosi a formare anche in rapporto alla giurisprudenza della Corte Costituzionale sulla ammissibilità dell'impugnazione, da parte del soggetto solitamente indagato, dell'ordinanza di imputazione coatta emessa dal giudice delle indagini preliminari in riferimento ad un reato diverso di quello oggetto di richiesta di archiviazione da parte della pubblica accusa.

parole chiave

Archiviazione – Richiesta del pubblico ministero – Nuova imputazione – Corte Costituzionale – Fatto diverso – Ruolo dell'indagato – Ammissibilità.

Imputazione coatta per reato diverso da quello contestato dal P.M. – Ricorso per cassazione da parte dell'indagato – Ammissibilità

È ammissibile il ricorso per cassazione proposto dall'indagato avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che respinga la richiesta di archiviazione e disponga la formulazione dell'imputazione, ai sensi dell'art. 409 comma 5 c.p.p., per un reato diverso da quello per il quale il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione.

Corte di Cassazione, Sezione semplice, ordinanza di rimessione del 12 ottobre 2017, depositata il 27 dicembre 2017, n. 1938

Presidente Fidelbo, Estensore Mogini

(Omissis)

RITENUTO IN FATTO

1. G. M. ricorre personalmente avverso l'ordinanza con la quale il G.I.P. del Tribunale di Teramo ha disposto nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen. ed a fronte di richiesta di archiviazione del p.m. per il reato di cui agli artt. 56 e 317 cod. pen., al quale si riferiva l'iscrizione del ricorrente nel registro degli indagati, l'imputazione per i reati di cui agli artt. 393 cod. pen. (commesso in data 24/9/2015) e 610 cod. pen. (commesso in data 3/2/2016).

2. Il ricorrente lamenta, sulla base di quanto affermato da sez. un., n. 4319 del 28/11/2013, P.M. in proc. L. e altro, l'abnormità dell'ordinanza impugnata e l'inosservanza dell'art. 409, comma 5, cod. proc. pen. in relazione agli artt. 111 e 112 Cost., in quanto esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione, dovendo in tal caso il giudice per le indagini preliminari limitarsi ad ordinare le relative iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.

3. Il Procuratore Generale ha depositato requisitoria scritta con la quale ha concluso per l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato limitatamente alla disposizione di imputazione coatta per il reato di cui all'art. 610 cod. pen., in relazione a fatti avvenuti il 3/2/2016, con rigetto del ricorso nel resto. Ha osservato al proposito che l'imputazione coatta disposta dal G.I.P. per il reato di cui all'art. 393 cod. pen. si sostanzia in una mera, e consentita, riqualificazione giuridica del fatto verificatosi il 24/9/2015, oggetto dell'originaria denuncia-querela ed in relazione

al quale il pubblico ministero ha dapprima ipotizzato la sussistenza del delitto di cui agli artt. 56 e 317 cod. pen., ha quindi svolto le indagini ed ha, infine, formulato la richiesta di archiviazione. Ad opposte conclusioni il Procuratore Generale è pervenuto per l'episodio in data 3/2/2016, emerso nel corso delle indagini disposte dal pubblico ministero, non oggetto di iscrizione e pertanto non considerato dal P.M. nella sua richiesta di archiviazione, limitatamente al quale ha chiesto l'annullamento senza rinvio del provvedimento impugnato. Il Procuratore Generale ha rilevato, al riguardo, l'abnormità dell'impugnato provvedimento di imputazione coatta, e la sua conseguente impugnabilità da parte di soggetto altrimenti non legittimato, in conformità al principio di diritto, affermato da sez. un., n. 4319 del 28/11/2013, P.M. in proc. L. e altro, secondo cui, in materia di procedimento di archiviazione, costituisce atto abnorme, in quanto esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari, sia l'ordinato provvedimento di imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia quello emesso, come nel caso di specie, nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione.

RITENUTO IN DIRITTO

1. Osserva il Collegio che sussiste un non composto contrasto interpretativo circa la sussistenza della legittimazione dell'indagato a proporre ricorso per cassazione avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che respinga la richiesta di archiviazione e disponga la formulazione dell'imputazione, ai sensi dell'art. 409, comma quinto, cod. proc. pen., per un reato diverso da quello al quale la richiesta del pubblico ministero si riferisce.

2. Le Sezioni unite di questa Corte hanno in vero affermato che, in materia di procedimento di archiviazione, costituisce atto abnorme, in quanto esorbita dai poteri del giudice per le indagini preliminari, sia l'ordine di imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, sia quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero ha chiesto l'archiviazione (sez. un., n. 4319 del 28/11/2013, P.M. in proc. L. e altro, Rv. 257786). Le Sezioni unite hanno al proposito precisato - sulla scia di quanto già dalle stesse Sezioni unite affermato con la sentenza n. 22909 del 31/5/2005, Minerini, Rv. 231163 - che, nelle suddette ipotesi, il giudice per le indagini preliminari deve limitarsi ad ordinare le relative iscrizioni nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. (potere questo compreso in quello, pure attribuito al G.I.P., di ordinare nuove indagini) e che le disposizioni contenute nell'art. 409, comma quarto e 5 cod. proc. pen. devono formare oggetto di rigorosa interpretazione, al fine di evitare qualsiasi ingerenza dell'organo giudicante nella sfera di autonomia della pubblica accusa (Rv. 257787). Infatti, in entrambi i

casi testé descritti, che le Sezioni unite fanno oggetto di totale assimilazione per quanto di interesse, «l'ordine di imputazione coatta obbliga il pubblico ministero a contestare i fatti, così come emersi dalle indagini già espletate, precludendogli la possibilità di adottare autonome determinazioni all'esito delle ulteriori indagini che la pubblica accusa ritenga di espletare sulle diverse ipotesi di reato rilevate dal giudice a seguito della iscrizione delle stesse nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.». La radicale anomalia del provvedimento che limiti i poteri di determinazione del pubblico ministero, imponendogli il compimento di atti al di fuori delle ipotesi espressamente previste dal codice di rito, viola infatti la sfera di autonomia dell'organo inquirente nell'esercizio dell'azione penale ed eccede l'ambito del controllo giurisdizionale necessario a garantire l'effettività del principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, sicché l'ordine di imputazione coatta assume, nei casi sopra evocati, i caratteri dell'abnormità. Le Sezioni unite, P.M. in proc. L. e altro, hanno inoltre ribadito, con espresso riferimento all'ordine di imputazione coatta nei confronti di un soggetto non sottoposto ad indagini, che quel provvedimento «determina una lesione dei diritti di difesa dello stesso, non essendo la persona rimasta estranea alle indagini destinataria dell'avviso ex art. 409 c.p.p., comma 1, e non avendo partecipato all'udienza camerale, con la conseguente *discovery* delle risultanze delle indagini».

3. A seguito dei chiarimenti interpretativi forniti dalle Sezioni unite circa l'abnormità dell'ordine di imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata e di quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione, un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene ammissibile il ricorso con il quale l'imputato eccepisca tale abnormità (Sez. 3, n. 15251 del 14/12/2016, De Bosini, Rv. 269649, con riferimento ad ordine di imputazione coatta relativo a notizia di reato iscritta contro ignoti). Secondo tale orientamento, l'unico soggetto legittimato ad impugnare è, in tal caso, il pubblico ministero, poiché «non è previsto nell'ordinamento giuridico un diritto dell'indagato (o dell'indagando) ad impugnare l'ordine del giudice per le indagini preliminari che disponga l'imputazione coatta, ancorché il pubblico ministero non abbia ancora proceduto all'iscrizione del nominativo nel registro degli indagati, perché, in questa fase, l'interlocuzione è esclusivamente tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero». Ove quest'ultimo presti implicitamente acquiescenza all'ordine del giudice per le indagini preliminari, procedendo alla preventiva iscrizione del ricorrente a modello 21 ed esercitando conseguentemente l'azione penale, la persona oggetto dell'imputazione non è legittimata all'impugnazione, nonostante l'abnormità dell'atto del giudice che l'ha coattivamente determinata, non essendo essa titolare di un «interesse

pretensivo al controllo sulla regolarità dell'interlocuzione interna tra il giudice per le indagini preliminari ed il pubblico ministero» al di fuori del meccanismo disegnato dall'art. 413 cod. proc. pen. L'orientamento testé descritto si pone in espressa e consapevole continuità con quello - precedente alle richiamate decisioni delle Sezioni unite e avente peraltro ad oggetto l'ipotesi "fisiologica" in cui l'ordine di imputazione coatta del giudice per le indagini preliminari si riferisca a persona e notizia di reato già oggetto di iscrizione ex art. 335 cod. proc. pen. - secondo cui è inammissibile il ricorso per cassazione proposto dall'indagato avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che non accolga la richiesta di archiviazione e disponga la formulazione dell'imputazione, ex art. 409, comma quinto, cod. proc. pen., in quanto unico soggetto legittimato ad impugnare è, in tal caso, il pubblico ministero (Sez. 4, n. 10877 del 20/01/2012, Rossi, Rv. 251986; Sez. 5, n. 6807 del 21/01/2015, DR e altro, Rv. 262688; si veda anche Sez. 2, n. 46380 del 21/09/2016, Mazzocco e altro, Rv. 268436, che ha affermato l'inammissibilità dell'impugnazione proposta dall'indagato avverso l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari che, nel respingere la richiesta di archiviazione contro ignoti, disponga l'identificazione dei soggetti da indagare ed indichi le ulteriori indagini da compiere).

4. Un diverso e opposto orientamento della giurisprudenza di legittimità ritiene invece sussistere la legittimazione dell'indagato a proporre ricorso per cassazione avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dispone la formulazione dell'imputazione, ex art. 409, comma quinto, cod. proc. pen., in ordine a reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione (Sez. 6, n. 34881 del 20/07/2016, Sparaciarì, Rv. 267988). L'abnormità dell'atto - affermata dalle Sezioni unite, per ragioni del tutto analoghe, tanto per l'ordine d'imputazione coatta emesso nei confronti di persona non indagata, che per quello emesso nei confronti dell'indagato per reati diversi da quelli per i quali il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione - escluderebbe in radice l'inammissibilità del ricorso dell'indagato. Il provvedimento sarebbe in vero affetto da vizio radicale, derivante dall'esorbitanza dell'atto dai poteri del giudice delle indagini preliminari, la cui portata lesiva coinvolge sia le prerogative del pubblico ministero nell'esercizio delle indagini e dell'azione penale, sia i diritti di difesa del soggetto che, non sottoposto alle indagini per un determinato fatto, si troverebbe ad essere per quel medesimo fatto perseguito penalmente in violazione delle regole processuali poste a tutela del contraddittorio. Pertanto, l'abnormità dell'atto sarebbe totipotente, poiché insuscettibile di essere frazionata soggettivamente quanto ai suoi effetti lesivi su poteri del pubblico ministero e diritti della difesa, essendo l'indagato portatore di un assai con-

creto interesse diretto a che l'azione penale sia esercitata nei suoi confronti nel pieno rispetto delle regole costituzionali relative al riparto dei poteri tra pubblico ministero e giudice nella fase delle indagini preliminari e alla tutela del contraddittorio. Sicché, nel caso in cui il pubblico ministero non ritenga di reagire con l'impugnazione, l'indagato si troverebbe dinanzi all'intervenuto esercizio dell'azione penale in mancanza di regolare interlocuzione contraddittoria ex art. 409 comma 2 cod. proc. pen. (Corte Cost., ord. n. 286 del 2012; Corte Cost. ordinanze nn. 460 e 491 del 2002 e n. 441 del 2004).

5. L'attualità del contrasto esposto - la cui soluzione è dirimente ai fini della decisione sul ricorso proposto dal ricorrente - giustifica ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen. la rimessione del medesimo ricorso alle Sezioni unite in ordine alla seguente questione di diritto: «Se sia ammissibile il ricorso per cassazione proposto dall'indagato avverso il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che respinga la richiesta di archiviazione e disponga la formulazione dell'imputazione, ai sensi dell'art. 409, comma quinto, cod. proc. pen., per un reato diverso da quello per il quale il pubblico ministero ha richiesto l'archiviazione».

P.Q.M

(*Omissis*)

*** *Nota a sentenza*

sommario: Premessa. - 1. Il caso controverso. - 2. Riflessione in ordine agli orientamenti che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale.

Premessa

L'ordinanza in commento sintetizza efficacemente un contrasto fra sezioni semplici della Corte di Cassazione, che coinvolge anche la giurisprudenza costituzionale, in punto di poteri del giudice delle indagini preliminari e ammissibilità dell'impugnazione da parte dell'indagato dell'ordinanza che dispone l'imputazione coattiva per reato diverso da quello oggetto di richiesta di archiviazione.

Dopo aver riaffermato, sulla scia dell'orientamento suffragato dalle Sezioni unite nel 2013, che costituisce provvedimento abnorme quello del G.I.P. che disponga un'imputazione coatta nei confronti di persona non prima indagata o in ordine ad un reato diverso da quello oggetto di richiesta di archiviazione, la sezione rimettente evidenzia come sia controversa l'ammissibilità dell'impugnazione suddetta da parte dell'indagato.

Da un lato, infatti, un orientamento per lo più diffuso in sede di legittimità evidenzia che trattasi di impugnazione inammissibile poiché l'indagato non è in alcun modo titolato *ad hoc*, spettando alla pubblica accusa eventualmente richiedere il sindacato di legitti-

mità, in una fase ove il contraddittorio è fra accusa e giudicante; dall'altro, un secondo orientamento, che fa riferimento ad autorevoli precedenti della Corte Costituzionale, evidenzia come l'abnormità sia un vizio che prescinde da una legittimazione formale, rilevabile da chiunque ne abbia interesse, quindi di certo da parte dell'indagato, al precipuo fine di garantire al più alto grado i diritti della difesa e un effettivo contraddittorio fra le parti.

Rilevata l'attualità del contrasto sul punto, dirimente per il caso all'attenzione del collegio giudicante, la Sezione ha deciso di interpellare le Sezioni unite.

1. Il caso controverso

La questione di fatto che ha dato origine all'intervento rimettentesi palesa, per vero, abbastanza lineare e può essere riassunta nei termini che seguono.

Il ricorrente era stato indagato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Teramo per il delitto p. e p. agli artt. 56 e 317 c.p. contestato rispetto ad un fatto di data 24 settembre 2015.

A seguito della richiesta di archiviazione avanzata dal P.M., il Giudice per le indagini preliminari emetteva ordinanza ai sensi dell'art. 409 comma 5 c.p.p., nondimeno imponendo alla pubblica accusa di proseguire l'azione penale per i delitti di cui agli artt. 393 e 610 c.p. per fatti l'uno di data 24 settembre 2015 e l'altro di data 3 febbraio 2016; quest'ultimo, infatti, secondo la prospettazione del giudicante, emergeva dalla documentazione in atti.

L'indagato proponeva quindi ricorso per Cassazione, deducendo l'abnormità del provvedimento adottato dal Giudice per le indagini preliminari: in particolare lamentava l'inosservanza dell'art. 409 comma 5 c.p.p. in quanto esorbita dai poteri del G.I.P. ordinare l'imputazione coatta per reati diversi rispetto a quelli per cui il pubblico ministero chiede l'archiviazione. Il giudicante avrebbe più correttamente dovuto limitarsi ad ordinare le relative iscrizioni sul registro di cui all'art. 335 c.p.p., spettando esclusivamente al Pubblico Ministero il potere di perseguire per un determinato fatto di reato.

Il Procuratore Generale, depositando requisitoria scritta, sosteneva, da un lato, che l'imputazione coatta disposta per il fatto di data 24 settembre 2015 non soffriva alcun vizio: si trattava di una mera riqualificazione giuridica, consentita dall'ordinamento, del medesimo accadimento oggetto d'iniziale indagine. Sotto diverso profilo, con riguardo al fatto di data 3 febbraio 2016, lo stesso Procuratore Generale concludeva per l'annullamento senza rinvio, poiché il fatto non era stato oggetto di iscrizione né in qualche modo era stato considerato dalla accusa durante le indagini: l'ordinanza quindi andava considerata parzialmente abnorme.

I giudici di legittimità, al di là dello specifico merito su cui verte il ricorso, rispetto al quale hanno

mostrato di condividere l'orientamento fatto proprio dalle Sezioni unite con la sentenza n. 4319 del 2013, si sono interrogati sulla preliminare questione della stessa ammissibilità dell'impugnazione da parte dell'indagato, valutando se questi risulti titolare di un effettivo interesse riconosciuto dall'ordinamento ad una pronuncia sul punto.

2. Riflessione in ordine agli orientamenti che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale

L'ordinanza in commento rileva il contrasto in seno alle sezioni della Corte di Cassazione, in particolare in rapporto all'orientamento espresso anche da plurime sentenze della Corte Costituzionale, relativamente alla legittimazione a ricorrere in capo all'indagato di fronte ad un provvedimento abnorme.

Dopo aver condiviso l'assunto consacrato nel 2013 dalle Sezioni unite secondo cui l'ordinanza di imputazione coatta è abnorme laddove determini il pubblico ministero all'azione penale nei confronti di persona preventivamente non indagata ovvero rispetto ad un reato ulteriore e diversoda quello oggetto di richiesta di archiviazione, la sezione rimettente ha rilevato l'esistenza di due opposti orientamenti sullo specifico punto che riguarda la legittimazione ad impugnare da parte dell'indagato.

Un primo orientamento ritiene inammissibile un ricorso di questo tipo da parte dell'indagato: alla luce di una interpretazione attenta al dato letterale del codice di rito, si evidenzia come non esista alcuna norma attributiva di tale potere in capo all'indagato, potere-doverche, per converso, esisterebbe in capo al pubblico ministero sulla base dell'interpretazione della situazione analoga di cui all'art. 413 c.p.p. La fase che si apre con l'ordine di imputazione coattiva, infatti, riguarderebbe soltanto l'interlocuzione fra pubblica accusa ed organo giudicante, preposto a garantire i diritti della difesa e l'equo svolgimento del processo.

Tale *iter* argomentativo farebbe dipendere il vaglio di un provvedimento eventualmente abnorme dalla scelta del pubblico ministero se ricorrere o meno: laddove questi non ritenesse di dover proporre impugnazione avverso l'ordinanza del giudice, prestando acquiescenza all'ordine di imputazione coatta, l'indagato non avrebbe a disposizione alcuno strumento per impugnare, nonostante il dubbio sulla abnormità del provvedimento.

Un secondo orientamento, invece, depone per la sussistenza della piena legittimazione dell'indagato all'impugnativa proprio in virtù della stessa emanazione di un provvedimento abnorme, ovvero di una decisione estranea alla sfera di competenza del giudicante. Valorizzando gli insegnamenti della Corte Costituzionale (ordinanze nn. 286 del 2012 460-491 del 2002 e 441 del 2004), si sottolinea come sia proprio la sussistenza di abnormità nel provvedimento a fondare la legittimazione dell'indagato: trattasi invero

di un vizio radicale che manifesta l'esorbitanza totale dell'atto dalle prerogative e quindi l'inesistenza di potere da parte dell'organo giudicante. Un simile *vulnus* non può sottostare alla previsione formale nel codice di rito di una astratta legittimazione al ricorso né può essere lasciato vivere nell'ordinamento solo perché un organo di parte vi fa acquiescenza: l'ordinanza che dispone coattivamente l'imputazione per un soggetto prima non indagato o per un reato diverso da quello oggetto di richiesta di archiviazione lede gravemente sia i diritti della pubblica accusa, che deve essere libera nell'esercizio della azione penale, sia i diritti della difesa, in particolare in violazione delle regole processuali poste a tutela del contraddittorio. Entrambe le parti sono quindi legittimate al rilievo sul punto.

L'abnormità sarebbe quindi totipotente, nel senso che renderebbe legittima l'impugnazione da parte di entrambi i soggetti del processo, che ne rimangono tutti pregiudicati pur se in modo diverso.

Oltre alla lesione del contraddittorio, si ritiene evidente la menomazione del diritto dell'indagato a che l'azione penale venga esercitata in piena legalità, con rispetto delle forme e delle modalità previste dal codice di rito.

Il contrasto sollevato dalla sezione rimettente mostra l'incertezza in punto di individuazione della legittimazione a ricorrere da parte dell'indagato.

L'unico punto su cui ad oggi si può ritenere vi sia certezza è l'impossibilità per l'indagato di proporre impugnazione personalmente, dato che vi osta il nuovo art. 613 c.p.p.

Nel caso di cui all'ordinanza *de quo*, nessuna questione si pone con riguardo alla qualificazione di abnormità del provvedimento oggetto di ricorso: gli ermellini mostrano di voler dare continuità all'insegnamento delle Sezioni unite del 2013.

Il contrasto e il dubbio interpretativo si concentrano in un momento logicamente antecedente alla valutazione di abnormità, inerendo la legittimazione al ricorso.

Il primo orientamento applica una esegesi formalistica, attenta al dato normativo. L'unica ipotesi di vaglio indiretto da parte dell'indagato nella fase che qui interessa è prevista all'art. 413 c.p.p. e contempla soltanto il pubblico ministero nel suo rapporto gerarchico con il Procuratore Generale: l'indagato, infatti, può sollecitare il potere d'avocazione di quest'ultimo, previsto all'art. 412 c.p.p., onde assicurarsi che la fase delle indagini sia governata nel rispetto delle regole processuali. Secondo la prima tesi, tale meccanismo può essere utilizzato come canone ermeneutico per la situazione di cui al ricorso, per escludere *tout court* la possibilità per l'indagato di proporre ricorso per Cassazione: trattandosi di situazioni del tutto analoghe, anche nel caso di specie l'indagato non sarebbe titolare di alcun interesse pretensivo diretto alla verifica in sede di legittimità della correttezza del rapporto

dialettico fra pubblica accusa e organo giudicante. Pur se letterale, tale interpretazione tradisce un approccio marcatamente pragmatico: implicitamente vengono in rilievo le perplessità rispetto ad un ricorso che non avrebbe grande effettiva utilità pratica, dato che al più l'indagato potrebbe ottenere che gli atti vengano semplicemente restituiti al PM con mera iscrizione a Modello 21. In tal modo però si valorizza il ruolo di *dominus* del Pubblico Ministero durante le indagini, al contempo circoscrivendo gli incumbenti ove proprio il giudice viene interpellato per garantire i diritti e le facoltà dell'indagato, nel complessivo controllo delle legittimità dell'azione penale. In tal senso, risulterebbe del tutto logico escludere l'ammissibilità della legittimazione dell'indagato ad impugnare un provvedimento abnorme del giudice poiché gli effetti di esso andrebbero soltanto ad intaccare i margini valutativi della pubblica accusa.

Il secondo orientamento, invece, si fonda precipuamente su rilievi di carattere costituzionale e volge alla piena valorizzazione dei canoni del giusto processo, anche ridimensionando la portata delle regole processuali. Si evidenzia come, in presenza di un provvedimento abnorme del giudice, le prerogative di entrambe le parti rimarrebbero lese in via irreparabile: ciò renderebbe superflua una specifica previsione di legittimazione a ricorrere in capo all'indagato, sia per la previsione di cui all'art. 111 Cost. sia per il fatto che la posizione dell'indagato non deve dipendere dalle decisioni illegittime dell'organo dell'accusa. Il provvedimento abnorme infatti è una manifestazione di volontà illegittima, che esorbita dalla sfera di attribuzioni di quel dato organo pubblico.

Ne deriva che sarebbe la stessa abnormità a legittimare l'indagato, similmente a quanto accade di fronte ai vizi di inesistenza e nullità in ambito civilistico. Qualora infatti sussista un vizio talmente grave da inficiare la fase genetica di un provvedimento, la rilevabilità del vizio prevale di fronte a specifiche attribuzioni da parte del codice di procedura, in virtù di un interesse superiore al corretto

esercizio della giurisdizione.

Entrambi gli orientamenti mostrano profili di interesse. Il primo mostra di tenere in massima considerazione l'efficienza della fase delle indagini e gli insegnamenti tradizionali sul loro funzionamento, nella piena valorizzazione e tutela del ruolo della pubblica accusa: in effetti, prima della richiesta di archiviazione, l'indagato non è soggetto attivo del procedimento, anzi potrebbe esserne del tutto ignaro. Il primo vero momento di *discovery* è l'avviso *ex art. 415-bis* c.p.p. od eventualmente un procedimento cautelare ovvero l'incidente probatorio. Tutte i diritti e le prerogative dell'indagato sono tutelate dalla presenza, anche nella fase d'indagine, di un giudice terzo e imparziale, al quale l'organo della pubblica accusa deve presentare il risultato delle proprie indagini sulle notizie di reato.

Il momento del contraddittorio è successivo ed eventuale alla richiesta di archiviazione e muove proprio dalla sussistenza di una sede di dialogo di fronte ad un soggetto terzo.

Le esigenze poste alla base del secondo orientamento, quindi, appaiono rilevanti rispetto alla frizione con le prerogative costituzionali, rimanendo tuttavia di dubbia rilevanza pratica.

D'altra parte, comunque, pare arduo sostenere che l'indagato non abbia alcuno strumento a disposizione per chiedere un vaglio della correttezza dell'azione penale così come esercitata nei suoi confronti.

È stato quindi sollecitato l'intervento nomofilattico delle Sezioni unite: il contrasto esposto appare del tutto attuale e, di certo, la sua soluzione è dirimente per il caso in esame, nel quale non si potrebbe nemmeno accedere alla valutazione in punto di abnormità, palesandosi il ricorso un rimedio non proponibile.

Sulla motivazione del decreto di convalida del sequestro probatorio: la parola torna alle Sezioni unite.

Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, ord. 25 gennaio 2018, n. 3677

abstract

With the order in the commentary, the Third penal section of the Court of Cassation has remitted a question to the United Sections concerning the latitude of motivation of the probation seizure of the body of crime issued by the Public prosecutor, on which there is an interpretative contrast.

Waiting for the decision of the Supreme Court, the question raised by the referral order is of particular importance also from another point of observation because it represents the first application of the new institute referred to in art. 618-bis c.p.p., as amended by the l. 23 June 2017, n. 103 (so-called Orlando reform), which provides for the obligation to refer to the United Sections in cases of dissenting opinion by one of the simple sections.

keywords

Means of research of the probation – Probation seizure – Validation decree – Body of crime – Motivation.

abstract

Con la pronuncia in commento, la Terza sezione penale della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni unite una questione riguardante la latitudine della motivazione del sequestro probatorio del corpo di reato emesso dal Pubblico ministero, sulla quale si registra un contrasto interpretativo.

In attesa della decisione della Suprema Corte, la quaestio iuris sollevata dall'ordinanza di rimessione risulta di particolare importanza anche da un altro punto di osservazione, giacché rappresenta la prima applicazione del nuovo istituto di cui all'art. 618-bis c.p.p., così come modificato dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando), il quale prevede l'obbligo di rimessione alle Sezioni unite nei casi di dissenting opinion da parte di una delle sezioni semplici.

parole chiave

Mezzi di ricerca della prova – Sequestro probatorio – Decreto di convalida – Corpo di reato – Motivazione.

Art. 253 c.p.p. – Decreto di sequestro probatorio – Motivazione – Cose che costituiscono corpo di reato – Rimessione alle Sezioni unite

Se, per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro probatorio possa essere motivato con formula sintetica ove la funzione probatoria del medesimo costituisca connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono o debba, invece, a pena di nullità, essere comunque sorretto da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti.

Cass. Pen., Sez. III, ord. 25 gennaio 2018

(ud. 1 dicembre 2017), n. 3677

Pres. Cavallo, Rel. Scarcella

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ordinanza emessa in data 23.05.2017, depositata in data 25.05.2017, il tribunale del riesame di Nuoro, in accoglimento della richiesta di riesame proposta nell'interesse di tutti gli indagati c.s. generalizzati, avente ad oggetto il decreto di convalida del sequestro probatorio emesso dal PM/tribunale di Nuoro in data 27.04.2017, eseguito in pari data, avente ad oggetto gli immobili meglio descritti nel provvedimento (magazzini, rispettivamente, di proprietà B./S., C., P., K., B. N. e M., P. ed U., nonché un appartamento di proprietà P./C. ed altro immobile di proprietà M./V.), in quanto si procede per una serie di reati (artt. 110, c.p. e 44, d.P.R. n. 380 del 2001; artt. 110, c.p. e 481 c.p.; artt. 110, c.p. e 483, c.p.; artt. 624 e 65, c.p.), contestati come commessi in epoca anteriore e prossima all'8.03.2017.

Ha proposto ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Nuoro, deducendo due motivi, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Deduce il P.M. ricorrente, con il primo motivo, il vizio di cui all'art. 606, lett. c), c.p.p., in relazione all'art. 253 cod. proc. pen.

Si duole il PM ricorrente, in sintesi, del fatto che i giudici del riesame hanno annullato il provvedimento di convalida del sequestro probatorio disposto dal P.M., ritenendo "obiettivamente insussistente" la motivazione in ordine alle esigenze probatorie a fondamento del sequestro; si tratterebbe di affermazione giuridicamente errata; dopo aver in particolare dato atto dell'esistenza di due orientamenti contrapposti di questa Corte (da un lato, quello di cui è da ultimo espressione ez. 2, n. 52259 del 28/10/2016 - dep. 07/12/2016, Esposito, Rv. 268734, secondo cui il decreto di sequestro probatorio delle cose che costituiscono corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza della relazione di immediatezza tra la "res" sequestrata ed il reato oggetto di indagine, non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del corpo del reato è in "*re ipsa*", a differenza del sequestro delle cose pertinenti al reato che necessita di specifica motivazione su quest'ultimo specifico aspetto; dall'altro, quello di cui è espressione Sez. 3, n. 1145 del 27/04/2016 - dep. 11/01/2017, Bernardi, Rv. 268736, secondo cui il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, potendo farsi ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono), il P.M. osserva che, ve si seguisse il primo, l'affermazione secondo cui l'esigenza probatoria è *in re ipsa* nel decreto di sequestro avente ad oggetto il corpo di reato renderebbe evidente l'errore in cui è incorso il giudice del riesame, in quanto nei reati edilizi il bene immobile è il corpo del reato e, nella specie, il sequestro era stato disposto, tra gli altri, anche per il reato edilizio di cui all'art. 44, d.P.R. n. 380 del 2001, donde l'uso di formule sintetiche o prestampate per la convalida del sequestro probatorio della p.g. sarebbe sufficiente a soddisfare l'onere motivazionale richiesto; il P.M. ricorrente, peraltro, osserva che, quand'anche tuttavia si ritenesse di dover seguire il secondo, più rigoroso orientamento (quello che sembra seguire il giudice del riesame), purtuttavia sarebbe ravvisabile nel caso in esame un evidente errore giuridico, in quanto il principio più rigoroso affermato dalla Cassazione soffre un'eccezione che il tribunale del riesame sembrerebbe ignorare, laddove cioè si afferma che l'uso di formule sintetiche nel decreto di convalida del sequestro probatorio sarebbe consentito «nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato

ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono»; nel caso in esame, si osserva, non v'è alcun dubbio non solo sul fatto che i beni immobili costituiscano corpo del reato in tutti i casi in cui si proceda per reati edilizi, ma anche sul fatto che i beni immobili sequestrati in seno ad un procedimento penale per reati edilizi presentano quale connotato ontologico e immanente di immediata evidenza, la loro finalizzazione probatoria, dal momento che l'attività investigativa non potrà che passare attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

2.2. Deduce il P.M. ricorrente, con il secondo motivo, il vizio di cui all'art. 606, lett. c), c.p.p., sotto il profilo della violazione di legge per motivazione apodittica ed apparente. Si duole il PM ricorrente, in sintesi, del fatto che, ove si ritenesse che il provvedimento del tribunale del riesame riguardi, oltre che la omessa motivazione sulle esigenze probatorie poste a fondamento della convalida del sequestro probatorio (questione in relazione alla quale valgano le considerazioni di cui al primo motivo, anche l'omessa motivazione in ordine al *fumus* dei reati per cui è stato disposto il sequestro, l'impugnato provvedimento sarebbe inoltre censurabile perché affetto dal vizio di motivazione apodittica od apparente; da un lato, perché l'ordinanza impugnata sembrerebbe far riferimento a presunte carenze motivazionali riguardanti le "esigenze probatorie" non ritenendo il potere di integrazione da parte del tribunale del riesame per la mancata specificazione delle esigenze probatorie poste a fondamento del decreto di convalida, dall'altro, perché i giudici del riesame non avrebbero tenuto conto della più recente giurisprudenza di legittimità secondo cui l'onere di motivazione del decreto di convalida in ordine al reato da accertare deve essere modulato in ragione della "progressione processuale"; il riferimento, a tal fine, è alla recente decisione di questa Corte secondo cui in tema di sequestro probatorio, l'onere di motivazione in ordine al reato da accertare, deve essere modulato in ragione della progressione processuale cosicché nella fase iniziale delle indagini è legittimo il decreto di convalida apposto in calce al verbale della polizia giudiziaria che si limiti ad indicare gli articoli di legge per cui si intende procedere, richiamandone "*per relationem*" il contenuto, sempre che i fatti per cui si procede risultino compiutamente decritti nel verbale di sequestro. (Sez. 2, n. 2787 del 03/12/2015 - dep. 21/01/2016, Zhiding Hu, Rv. 265776); facendo applicazione di tale orientamento, ritiene il P.M. ricorrente, il provvedimento stigmatizzato dal giudice del riesame invece risponderebbe ai requisiti motivazionali richiesti, nella misura in cui ciascuno dei sequestri operati dalla p.g. ed oggetto della convalida reca, nel relativo verbale, autonoma e chiara descrizione delle difformità riscontrate con riferimento alle singole porzioni immobiliari,

cosicchè ciascun sequestro risulterebbe accompagnato da una compiuta indicazione, compatibilmente con la fase procedimentale in atto, delle ragioni che hanno indotto gli operanti prima ed il P.M. poi a ritenere sussistente il *fumus* del reato edilizio (e, tal proposito, il P.M. ricorrente indica nel ricorso alle pagg. 10/11, per ogni singolo verbale, gli elementi descrittivi delle ragioni indicate a sostegno del *fumus*); i giudici del riesame, pertanto, non avrebbero tenuto in alcun conto i contenuti dei predetti verbali, che integravano il contenuto del decreto di convalida nella misura in cui descrivevano compiutamente, compatibilmente con la fase procedimentale in atto, i fatti per cui si procede; sarebbe, conclusivamente, il provvedimento impugnato e non il decreto di convalida del P.M. a presentare una motivazione assente *in toto*, non avendo tenuto conto dei verbali di sequestro, senza nulla affermare sul punto.

Con memoria depositata presso la Cancelleria di questa Corte in data 14.01.2017, la difesa degli indagati, nel confutare le argomentazioni della P.M. ricorrente, ha chiesto il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Ritiene il Collegio che la verifica della fondatezza delle doglianze esposte dal P.M. dipende dalla soluzione della seguente questione giuridica, sulla quale, peraltro, si registra un attuale contrasto giurisprudenziale: «Se, per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro probatorio possa essere motivato con formula sintetica ove la funzione probatoria del medesimo costituisca connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono o debba, invece, a pena di nullità, essere comunque sorretto da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti».

Al fine di meglio lumeggiare le ragioni che condurrebbero questo Collegio ad aderire alla soluzione prospettata dal P.M. ricorrente, è corretto muovere dal provvedimento impugnato in cui i giudici del riesame, accogliendo la prima questione sollevata dagli indagati, rilevavano la sostanziale assenza di motivazione del provvedimento affermando che, per le carenze nei suoi passaggi essenziali, lo stesso avrebbe impedito la concreta verifica dell'esistenza dei presupposti della misura; nella specie, si legge nell'ordinanza, la motivazione del provvedimento di convalida del sequestro eseguito dalla p.g., da cui si evincano i presupposti del vincolo e della configurabilità del reato, potrebbe essere integrato dal tribunale del riesame in sede di conferma del provvedimento con la specificazione delle esigenze probatorie che ne stanno a fondamento, sempre che le stesse siano state almeno indicate seppure in maniera generica nel provvedimento impugnato, condizione che nella specie viene ritenuta dai giudici del riesame

obiettivamente insussistente.

Quanto, poi, al provvedimento di convalida emesso dal P.M., nello stesso sono richiamati gli articoli di legge che si assumono violati (tra cui l'illecito edilizio di cui all'art. 44, d.P.R. n. 380 del 2001), il richiamo ai verbali di sequestro operati nei confronti degli indagati in data 24.04.2017 dalla p.g. operante, l'asserzione secondo cui l'attività della p.g. sarebbe stata legittimamente compiuta ed, infine, la seguente motivazione «*ritenuto che quanto è stato oggetto di sequestro è corpo di reato o, comunque, cosa pertinente al reato, in particolare trattasi di beni la cui detenzione è illecita e/o il cui mantenimento in sequestro è indispensabile al fine della prosecuzione delle indagini*»

Tanto premesso, riterrebbe il Collegio di dover aderire al primo motivo di ricorso del P.M. Ed invero, può convenirsi con il ricorrente che, pura fronte dei contrapposti orientamenti giurisprudenziali richiamati circa la latitudine della motivazione del decreto di convalida del sequestro probatorio da parte del PM, effettivamente, anche quello più rigoroso (di cui è espressione la già citata Sez. 3, n. 1145 del 27/04/2015 - dep. 11/01/2017, Bernardi, Rv. 268736, peraltro seguita da giurisprudenza conforme: cfr. Sez. 2, n. 33943 del 15/03/2017 - dep. 12/07/2017, Carone, Rv. 270520), pur stabilendo che il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, precisa tuttavia che è legittimo fare ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono.

Orbene, nella specie, come correttamente rilevato dal PM ricorrente, ad essere sottoposti a convalida, erano alcuni provvedimenti di sequestro eseguiti dalla p.g. afferenti a violazioni edilizie, rispetto alle quali è indubbio che l'immobile abusivamente realizzato abbia qualifica di corpo del reato. In materia di violazioni edilizie è stato, infatti, in più occasioni rilevato come l'immobile abusivo costituisca corpo del reato (cfr., per tutte Cass., sez. un., 10 ottobre 1987, Bruni, in Cass. pen., 1988, 420, n. 349). Ed allora, alla luce di quanto sopra, si dovrebbe aderire alla tesi del P.M. ricorrente secondo cui, da un lato, non può esservi dubbio non solo sul fatto che i beni immobili costituiscano corpo del reato in tutti i casi in cui si proceda per reati edilizi (come nel caso di specie, in cui veniva in rilievo, tra le altre, l'ipotesi di reato di cui all'art. 44, d.P.R. n. 380 del 2001), ma anche sul fatto che i beni immobili sequestrati in seno ad un procedimento penale per reati edilizi presentano quale connotato ontologico e immanente di immediata evidenza, la loro finalizzazione probatoria, dal momento che l'attività investigativa

non potrà che passare attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

A giudizio del Collegio, peraltro, una volta ritenuta fondata la prospettazione del P.M. ricorrente, ne seguirebbe anche l'adesione al secondo profilo di censura svolto nei confronti dell'ordinanza impugnata, afferente all'apparenza motivazionale dell'impugnata ordinanza.

Ed infatti, nella fase genetica del procedimento penale, l'esigenza di descrizione dei fatti per cui si procede (implicita nell'onere motivazionale che incombe sul pubblico ministero all'atto della convalida del sequestro probatorio), ben potrebbe essere soddisfatta anche da un decreto di convalida apposto in calce al verbale di sequestro della polizia giudiziaria che si limiti ad indicare gli articoli di legge per i quali si intende procedere e nell'ambito dei quali i fatti descritti nel verbale possono essere ascritti. La contrazione dell'onere motivazionale, come evidenziato nella richiamata decisione di questa Corte (Sez. 2, n. 2787 del 03/12/2015 - dep. 21/01/2016, Zhiding Hu, Rv. 265776), sarebbe infatti giustificata dal rinvio implicito al contenuto dell'atto che si convalida. Qualora tale atto non sia sufficientemente chiaro in ordine ai fatti in corso di accertamento l'onere di motivazione risulterà proporzionalmente aggravato. Nella specie, i verbali di sequestro "convalidati" integravano il contenuto del decreto di convalida nella misura in cui descrivevano compiutamente, compatibilmente con la fase procedimentale in atto, i fatti-reato edilizi per cui si procede.

La fondatezza del ricorso del P.M. determinerebbe dunque l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio al tribunale di Nuoro per nuovo esame.

Ciò, tuttavia, comporterebbe la necessità per questo Collegio di doversi discostare dal principio di diritto affermato da questa stessa Corte nella sua più autorevole composizione con la sentenza sez.un., n. 5876 del 28/01/2004 - dep. 13/02/2004, P.C. Ferazzi in proc. Bevilacqua, Rv. 226711, così ufficialmente massimata: «Anche per le cose che costituiscono corpo di reato il decreto di sequestro a fini di prova deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti». Si impone, tuttavia, doverosamente, la rimessione della questione alle Sezioni unite, non soltanto ai sensi del comma primo, ma anche – attesa la potenziale adesione di questo Collegio alla tesi prospettata dal P.M. ricorrente nel caso esaminato – ai sensi del nuovo comma primo-bis dell'art. 618 del vigente codice di rito, secondo cui «Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso».

Sul punto, quale minimo contributo del Collegio alla valutazione superiore, si rappresenta quanto segue. La necessità di esplicitare le esigen-

ze probatorie nell'ambito di un sequestro avente ad oggetto il corpo di reato è argomento sul quale vi è stato un peculiare dibattito che ha visto, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, il susseguirsi di molteplici interventi delle Sezioni Unite.

Due, essenzialmente, gli orientamenti che si sono contrapposti.

Da un lato, si sostiene l'automatica assoggettabilità al sequestro del *corpus delicti* ritenendo, per quest'ultimo, l'esigenza probatoria in *re ipsa*; dall'altro lato, invece, si considera in ogni caso necessaria un'apposita verifica circa la sussistenza delle finalità probatorie, anche a fronte del corpo di reato.

12. In particolare, sul primo versante, la distinzione operata tra corpo del reato e cose pertinenti al reato ai fini della motivazione del decreto di sequestro nasce da una lettura del dato normativo che connette l'aggettivo "necessarie", contemplato dall'art. 253, comma primo, alle sole "cose pertinenti al reato", in quanto utilizzato al femminile plurale. Cosicché, si sostiene, se si fosse voluto riferire il termine "necessarie" anche al corpo del reato, seguendo le comuni regole grammaticali si sarebbe dovuto declinare quell'aggettivo al maschile plurale. Ne discende, secondo quest'orientamento, che il corpo del reato è, per sua natura, inscindibilmente legato all'illecito in un rapporto di immediatezza tale da far apparire necessaria senza ombra di dubbio l'acquisizione tramite sequestro a fini di prova e di accertamento dei fatti. In tal caso, è considerato sufficiente che la motivazione si incentri, più che sulla sussistenza delle esigenze probatorie idonee a giustificare il provvedimento di *adprehensio*, come sarebbe nel caso di cose pertinenti al reato, sulla configurabilità della res quale corpo del reato. A fronte di tali oggetti, invero, si tende a porre attenzione prevalentemente, se non esclusivamente, all'effettiva possibilità di qualificare la cosa come *corpus delicti*, accertando la presenza del rapporto di immediatezza, descritto dall'art. 253, comma secondo, tra la res e l'illecito (C., Sez. VI, 6.10.1998, Calcaterra, in Mass. Uff., 212678; C., Sez. VI, 20.1.1998, Gulino, in Mass. Uff., 210821; C., Sez. III, 23.11.1995, Sassoli De Bianchi, in CP, 1996, 3074; C., Sez. I, 5.6.1992, Tognoni, in Mass. Uff., 191736; C., Sez. II, 4.11.1991, Sacchetti, in ANPP, 1992, 401; C., Sez. VI, 28.11.1990, Patelli, in CP, 1991, 758; C., Sez. III, 28.9.1990, Monti, in CP, 1991, 286).

D'altro canto, al fine di ovviare ad automatismi legati alla qualità della *res*, si è rilevato come la finalità probatoria delle cose che costituiscono il corpo di reato non può essere presunta, ma va accertata di volta in volta, tanto che si tratti di cosa pertinente al reato quanto di corpo del reato, dovendosi, altrimenti, prospettare un quarto genere di sequestro oltre ai tre già previsti dal codice di rito (probatorio, conservativo e preventivo). Tra gli argomenti a sostegno di questa tesi, specifica attenzione è stata data al disposto

dell'art. 262, relativo alla restituzione delle cose sequestrate una volta venute meno le esigenze probatorie, da cui si ricavava l'intenzione del legislatore di fissare esplicitamente un nesso imprescindibile tra la misura e le predette istanze (su quest'ultimo aspetto, v. C., Sez. VI, 15.6.1992, Bottinelli, in Mass. Uff., 191268; e, più in generale, C., Sez. I, Gennari, in CP, 1994, 1616; C., Sez. I, 17.11.1992, Gennari, in Mass. Uff., 192804; C., Sez. VI, 13.3.1992, Migliore, in GI, 1992, II, 445; C., Sez. III, 9.12.1991, Giordano, in CP, 1993, 654).

Su questo tema le Sezioni unite di questa Corte, in un primo momento, sconfessarono quell'orientamento che riteneva superflua la motivazione a proposito del *corpus delicti*: venne corretta l'analisi sintattico-grammaticale dell'art. 253, rilevando come «per ragioni di immediata contiguità sintattica è possibile la concordanza dell'aggettivo con l'ultimo nome femminile, quando questo è plurale, anche se è preceduto da nomi maschili»; si ribadì l'esigenza di verificare tramite la motivazione la correttezza e la legittimità del provvedimento e, infine, si smentì l'assunto per cui il corpo del reato è sempre necessario per la ricostruzione dei fatti, prendendo ad es. l'ipotesi di beni oggetto del furto (C., sez. un., 18.6.1991, Raccah, in CP, 1991, 925).

Con una successiva pronuncia le Sezioni unite (C., sez.un., 11.2.1994, Carella, in GI, 1995, II, 24) ribaltarono la posizione precedentemente assunta, rilevando come la finalità probatoria del corpo del reato è *in re ipsa* e, pertanto, nel caso di sequestro probatorio che abbia ad oggetto il *corpus delicti* non è necessario giustificare la necessità del ricorso a tale mezzo, essendo sufficiente, a tal fine, un richiamo alla qualificazione della cosa come corpo del reato. In particolare, proprio quest'ultimo aspetto ha continuato a presentare profili controversi anche dopo la pronuncia delle Sezioni unite del 1991, poiché, pur riconoscendo la mancanza di obbligatorietà nel sequestro del corpo di reato, la relativa motivazione veniva essenzialmente circoscritta all'indicazione della qualifica di *corpus delicti* propria della *res* (C., Sez. VI, 10.2.1993, Maiale, in Mass. Uff., 193815; C., Sez. II, 7.1.1993, Morabito, in CP, 1994, 1906). L'attenzione delle Sezioni unite in questo secondo intervento si incentrò, infatti, sulla nozione di corpo del reato e, al riguardo, fu evidenziato come siffatto concetto implichi «un vincolo necessario con la prova del reato», presupponendo un rapporto di immediatezza tra la *res* e l'illecito penale idoneo a rendere superflua la motivazione sulle esigenze probatorie. Su questi aspetti, infine, le Sezioni unite hanno avuto modo di soffermarsi ulteriormente nel decidere sui poteri del giudice del riesame in tema di sequestro (C., sez. un., 20.11.1996, Bassi, in CP, 1997, 1673). In quest'ultimo intervento, il Supremo Collegio, sul presupposto che l'organo giurisdizionale è chiamato ad accertare l'astratta configurabilità del reato ipotizzato

in raccordo con la realtà processuale, ha rilevato come, anche per il corpo di reato, vada verificata l'esistenza della relazione d'immediatezza, delineata dall'art. 253, comma secondo, tra la cosa stessa e l'illecito penale (C., S.U., 20.11.1996, Bassi, in CP, 1997, 1673).

Il problema, tuttavia, ha continuato a non trovare soluzione unanime. Parte della giurisprudenza, invece, tende a sostenere che, anche nel caso in cui il sequestro probatorio abbia ad oggetto il *corpus delicti*, il provvedimento che lo dispone deve contenere esplicita motivazione sulla rilevanza che tale cosa assume ai fini della ricostruzione dei fatti e l'indicazione delle ragioni che rendono necessario il sequestro (C., Sez. VI, 2.4.2014, Visca, in Gdir, 2014, 43, 85). Se così non fosse, infatti, si verrebbe a configurare «un'ablazione della cosa» priva di quella giustificazione dell'interesse pubblico che sola può derogare ai principi sanciti dall'art. 42 Cost. Esigenza, quest'ultima, avvertita soprattutto ove si consideri come, talvolta, il sequestro possa concernere cose di proprietà di un terzo estraneo (C., Sez. VI, 20.5.1998, Ferroni, in CP, 1999, 1220). D'altro canto, si sostiene che quando il sequestro probatorio riguarda cose che assumono la qualifica di «corpo di reato», non è necessaria una specifica motivazione circa la necessità del sequestro stesso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché la qualità di corpo del reato comporta l'esistenza di un rapporto di immediatezza tra le cose e l'illecito penale (C., Sez. III, 8.4.2003, Panico, in Gdir, 2003, 37, 81; C., Sez. V, 7.4.2003, Zanzi, in Gdir, 2003, 36, 95; C., Sez. III, 24.10.2002, Camozza, in Mass. Uff., 222974; C., Sez. VI, 7.12.2001, Liccione, in Gdir, 2002, Dossier 3, 85; C., Sez. III, 27.9.2001, De Masi, in Mass. Uff., 220114; C., Sez. III, 10.7.2000, Volpin, in CP, 2001, 2777; C., Sez. III, 10.5.1999, Burjak, in Mass. Uff., 213843); in questa prospettiva, con riferimento ad un ciclomotore coinvolto in un incidente stradale, C., Sez. IV, 2.3.2010, B., in AGCSS, 2010, 802). In questa prospettiva, la differenziazione compiuta a proposito dell'oggetto del sequestro probatorio e della corrispondente motivazione ha fatto ritenere che in caso di «corpo del reato» sia (soltanto) richiesta l'indicazione degli elementi che giustificano tale qualificazione (C., Sez. VI, 7.11.2002, Bici, in Mass. Uff., 223176).

A questo proposito, l'ultimo intervento delle Sezioni unite ha stabilito che anche nell'ipotesi di sequestro avente ad oggetto una cosa costituente corpo del reato il relativo decreto deve contenere specifica motivazione circa la finalità probatoria che si intende, in concreto, perseguire. Ciò a pena di nullità (C., S.U., 28.1.2004, Ferazzi, in Mass. Uff., 226711; a tale ultimo indirizzo si è adeguata in gran parte la successiva giurisprudenza di legittimità: C., Sez. III, 10.2.2015, Pipitò, in Gdir, 2015, 29, 79; C., Sez. V, 7.10.2010, p.m. in proc. Cavone, in Mass. Uff., 249740). In questo caso, tra l'altro, le Sezioni unite hanno sottolineato come, a fronte della carenza di indicazioni da parte del

P.M., il giudice del riesame non può intervenire per integrare la motivazione e indicare le finalità del sequestro, poiché il sequestro probatorio è atto del P.M. e ad egli spetta l'indicazione dei fini perseguiti (C., S.U., 28.1.2004, Ferazzi, in Mass. Uff., 226712). Di guisa che, nel caso in cui la mancanza di motivazione sia radicale, la Corte di Cassazione deve pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio di entrambi i provvedimenti (C., S.U., 28.1.2004, Ferazzi, in Mass. Uff., 226713); l'annullamento deve essere, invece, con rinvio, nell'ipotesi in cui il provvedimento abbia accertato l'esistenza delle esigenze probatorie ma abbia omissso soltanto di indicarle specificando il rapporto tra la res oggetto della misura e i fatti da provare (C., Sez. V, 22.6.2004, Sala, in Gdir, 2004, 32, 88; cfr., però, C., Sez. III, 8.6.2004, Passarelli, in Mass. Uff., 229496, secondo cui la motivazione del decreto di sequestro probatorio può essere integrata sia dal P.M., attraverso la presentazione di una memoria scritta, sia dal giudice del riesame; nonché, nel senso della esistenza di un vero e proprio "potere-dovere" in capo al giudice del riesame di "integrare" o "riformare" la motivazione del provvedimento di sequestro carente in punto di esigenze probatorie, C., Sez. III, 15.7.2004, Marchesini, in Gdir, 2004, n. 40, 93).

In prospettiva apparentemente riduttiva rispetto all'insegnamento delle accennate Sezioni unite, tenendo conto dell'oggetto sottoposto ad *adprehensio* (sostanza stupefacente) si tende a considerare legittimo il sequestro probatorio del corpo del reato posto che l'esigenza probatoria del "*corpus delicti*" è in "*re ipsa*" (così, con riguardo al sequestro di sostanza stupefacente, C., Sez. IV, 15.1. 2010, Bettoni, in Mass. Uff., 246850). D'altra parte, la Corte di cassazione a Sezioni unite, decidendo riguardo ad un provvedimento adottato dalla sezione disciplinare del C.S.M., ha richiamato l'attenzione sul fatto che il sequestro probatorio presuppone la configurabilità della *res* come corpo del reato o come cosa pertinente al reato e "richiede la rilevanza probatoria dell'oggetto che si intenda acquisire rispetto a un'ipotesi criminosa astrattamente configurabile; ne consegue che la motivazione del relativo decreto deve riguardare la natura e la destinazione delle cose sequestrate, più che l'esistenza e la configurabilità del reato, il cui accertamento è riservato alla decisione sul merito" (C. Civ., S.U. 8.7.2009, n. 15976, Verasani e altro c. Min. giust., in Mass. Uff., 608990).

Anche in dottrina si sono delineate due diverse opinioni al riguardo, sebbene possa dirsi prevalente quella che ha attribuito alla motivazione un ruolo di garanzia imprescindibile in ogni caso. In questa prospettiva si collocano coloro che, oltre a negare rilevanza all'analisi sintattico grammaticale fatta dell'art. 253, comma primo, peraltro, discostandosene, evidenziano la necessità di un indispensabile rapporto tra il sequestro e le esigenze di ricostruzione dei fatti. Ciò anche sulla

base di quanto prescritto dall'art. 262 a proposito della restituzione delle cose sequestrate qualora siano venute meno le esigenze probatorie.

In un'ottica diversa, altra parte della dottrina ha escluso la necessità di individuare le finalità probatorie del sequestro del corpo di reato, dovendo quest'ultimo essere distinto dal concetto di cose pertinenti al reato anche sul piano operativo, oltre che sistematico. Peraltro, si è sostenuto che se per il *corpus delicti* non può sempre parlarsi di sequestro obbligatorio, la sua rilevanza ai fini della prova è da ritenersi comunque presunta. Ne consegue che non è sempre necessario dover dimostrare la sequestrabilità della *res*.

18. Infine, per l'orientamento cui questo Collegio ritiene di dover aderire si sono già espresse le Sezioni II, III, IV e di questa Corte, limitando l'attenzione alle decisioni ufficialmente massimate che si discostano dal principio di diritto espresso dalle Sezioni unite Ferazzi, ossia le seguenti:

Sez. 4, n. 8662 del 15/01/2010 - dep. 03/03/2010, Bettoni, Rv. 246850 (in tema di convalida del sequestro di sostanza stupefacente);

Sez. 4, n. 11843 del 02/03/2010 - dep. 26/03/2010, Bottino, Rv. 247039 (in tema di rigetto della richiesta di restituzione di un ciclomotore coinvolto in un incidente stradale);

Sez. 2, n. 43444 del 02/07/2013 - dep. 24/10/2013, Di Nino, Rv. 257302;

Sez. 2, n. 31950 del 03/07/2013 - dep. 23/07/2013, Fazzari, Rv. 255556;

Sez. 2, n. 23212 del 09/04/2014 - dep. 04/06/2014, P.M. in proc. Kasse, Rv. 259579 (in materia di contraffazione di marchi, nella quale la Corte ha, peraltro, ritenuto "pacifico" il rapporto di immediatezza tra i beni sequestrati e i reati in contestazione attesa l'inseparabilità dei marchi contraffatti dai prodotti);

Sez. 5, n. 48376 del 19/09/2014 - dep. 20/11/2014, Bianchi, Rv. 261968;

Sez. 2, n. 52619 del 11/11/2014 - dep. 18/12/2014, Djikine, Rv. 261614 (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto correttamente adempiuto l'obbligo di motivazione del sequestro di merce verosimilmente contraffatta con l'utilizzo della espressione sintetica relativa alla "necessità di proseguire le indagini");

Sez. 5, n. 3600 del 16/12/2014 - dep. 26/01/2015, Yu, Rv. 262673 (Fattispecie in tema di introduzione sul territorio italiano e commercio di prodotti con falso marchio e ricettazione degli stessi);

Sez. 2, n. 4155 del 20/01/2015 - dep. 28/01/2015, Cheick, Rv. 262379 (Fattispecie in materia di contraffazione di marchi di orologi, nella quale la Corte nell'annullare il provvedimento di sequestro probatorio di una somma di denaro, costituente corpo di reato, in quanto privo di motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, ha osservato che il denaro, anche nelle ipotesi in cui integri il corpo del reato, è privo di connotazioni identificative e dimo-

strative, salvo che proprio quelle banconote o monete, ad esempio perché contrassegnate o sospettate di falsità, occorrono al processo come elemento di tipo probatorio);

Sez. 2, n. 11325 del 11/02/2015 - dep. 18/03/2015, Caruso, Rv. 263130 (Fattispecie in materia di ricettazione, nella quale la Corte ha ritenuto adeguatamente motivato il sequestro probatorio di tre sacchetti di coppella di argento e un lingotto di metallo giallo giustificato dalla necessità di verificare se fossero di provenienza furtiva);

Sez. 2, n. 15801 del 25/03/2015 - dep. 16/04/2015, Bellante, Rv. 263759 (Fattispecie in tema di introduzione sul territorio italiano e commercio di prodotti con falso marchio e ricettazione degli stessi);

Sez. 2, n. 50175 del 25/11/2015 - dep. 21/12/2015, Scarafile, Rv. 265525 (la quale ha peraltro precisato che nel decreto di sequestro probatorio debbano essere descritti gli estremi essenziali di tempo, di luogo e di azione del fatto in modo da dar conto della relazione di immediatezza descritta nell'art. 253 cod. proc. pen. fra la cosa oggetto di sequestro e l'illecito penale);

Sez. 2, n. 6149 del 09/02/2016 - dep. 15/02/2016, Ciurlino, Rv. 266072;

Sez. 3, n. 1145 del 27/04/2016 - dep. 11/01/2017, Bernardi, Rv. 268736 (Fattispecie di illecito spandimento su fondo agricolo delle acque di vegetazione derivanti dall'impresa olearia riferibile all'indagato, nella quale la Corte - pur affermando che può farsi ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono - ha annullato, in quanto privo di motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, il sequestro probatorio del corpo del reato costituito da un rimorchio agricolo adibito a contenitore di olio di oliva, dalla documentazione amministrativa ad esso riferita e dal terreno interessato dallo sversamento);

Sez. 2, n. 46357 del 20/07/2016 - dep. 03/11/2016, Mastellone, Rv. 268510;

Sez. 2, n. 44416 del 16/09/2016 - dep. 20/10/2016, Di Vito, Rv. 268724 (secondo cui il decreto di sequestro probatorio del denaro costituente il corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti, *modulata in ragione della progressione processuale e della particolarità del bene sequestrato, con riferimento al suo collegamento con il reato*);

17) Sez. 2, n. 52259 del 28/10/2016 - dep. 07/12/2016, Esposito, Rv. 268734 (che, in motivazione, ha, tra l'altro, precisato che l'art. 253, comma primo, cod. proc. pen., ricollega teleologicamente la necessità di accertamento dei fatti solo all'apprensione delle cose pertinenti al reato, non anche al corpo di

reato che si pone in collegamento diretto ed immediato con la fattispecie incriminatrice evocata, tanto da giustificare in via generale la previsione della confisca ex art. 240 cod. pen.).

19. Per completezza, da ultimo, si rappresenta che il contrasto giurisprudenziale è stato segnalato dall'Ufficio del Massimario di questa Corte con la Rel. n. 10/15 del 5 febbraio 2015 e, in precedenza, con la Rel. n. 16/2014 del 28 febbraio 2014.

20. Il ricorso deve pertanto essere rimesso alle Sezioni unite, dipendendone l'esito dalla soluzione della seguente questione giuridica controversa: «Se, per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro probatorio possa essere motivato con formula sintetica ove la funzione probatoria del medesimo costituisca connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono o debba, invece, a pena di nullità, essere comunque sorretto da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti.»

(Omissis)

***Nota a sentenza

sommario: Premessa. – 1. La *quaestio iuris* sollevata dall'ordinanza di rimessione. – 2. La motivazione del decreto di sequestro probatorio: le posizioni contrastanti della giurisprudenza di legittimità. – 3. L'introduzione del vincolo del precedente giudiziario? brevi riflessioni sul nuovo art. 618, comma 1-bis, c.p.p.

Premessa

Con l'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione torna ad occuparsi di un tema già affrontato in passato su cui la giurisprudenza appare ancora oggi divisa, concernente l'onere della motivazione in merito al decreto di convalida del sequestro probatorio delle cose che costituiscono il corpo del reato, emesso dal Pubblico ministero.

La *quaestio iuris*, dunque, risulta di fondamentale importanza non soltanto per far fronte alla necessità di esplicitare le esigenze probatorie nell'ambito di un sequestro avente ad oggetto il corpo di reato, ma altresì poiché l'emissione dell'ordinanza *de qua* rappresenta la prima applicazione del nuovo istituto di cui all'art. 618, comma 1-bis c.p.p. Com'è noto, in ordine al *re-styling* operato per il giudizio di Cassazione, la l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. riforma Orlando) ha introdotto, seguendo il modello già previsto in sede civile ex art. 374, comma 3, c.p.p. – così come modificato dall'art. 8 d.lgs. 2 febbraio 20016, n. 40 –, l'obbligo di rimessione della questione alle Sezioni unite, nei casi di *dissenting opinion* da parte di una delle sezioni semplici.

Va rimarcato che in passato, decisione analoga era contenuta nel progetto definitivo del codice di procedura penale del 1988, scelta che in seguito non fu approvata a causa delle obiezioni sollevate dalla Commissione parlamentare, contraria all'introduzione del vincolo del precedente, ritenuto in contrasto con i principi della riserva di legge penale, della separazione dei poteri, nonché del giudice sottoposto soltanto alla legge¹.

Sicché, può sostenersi come attraverso l'emanazione di tale norma, il legislatore pare sia tornato sui suoi passi, riproponendo un meccanismo che ai tempi dell'emanazione del nuovo codice di rito, a livello generale non era stato considerato positivamente.

1. La *quaestio iuris* sollevata dall'ordinanza di rimessione

La vicenda in commento trae spunto dall'ordinanza emessa dal Tribunale del riesame di Nuoro, il quale rilevava la sostanziale assenza di motivazione del provvedimento di convalida del sequestro probatorio – emesso dal Pubblico ministero di Nuoro e concernente svariati beni immobili di proprietà delle persone sottoposte alle indagini – affermando che, per le carenze nei suoi passaggi essenziali, lo stesso avrebbe impedito la concreta verifica dell'esistenza dei presupposti della misura.

Avverso tale provvedimento esperiva ricorso per Cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Nuoro, deducendo tra i motivi proposti, il vizio di cui all'art. 606, lett. c, c.p.p., in relazione all'art. 253 c.p.p.

Il ricorrente, dopo aver riepilogato i due orientamenti contrapposti presenti nella giurisprudenza di legittimità², evidenziava come in entrambi i casi, i giudici del riesame – ritenendo obiettivamente insussistente la motivazione in ordine alle esigenze probatorie a fondamento del sequestro –, avessero annullato il

¹ Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 2, p. 200.

² Cass. pen., Sez. II, 28 ottobre 2016 (dep. 7 dicembre 2016), n. 52259, in *CED*, Rv. 268734, secondo cui il decreto di sequestro probatorio delle cose che costituiscono corpo del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza della relazione di immediatezza tra la "res" sequestrata ed il reato oggetto di indagine, non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché l'esigenza probatoria del corpo del reato è in "re ipsa", a differenza del sequestro delle cose pertinenti al reato che necessita di specifica motivazione su quest'ultimo specifico aspetto. *Contra*, Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2016 (dep. 11 gennaio 2017), n. 1145, in *CED*, Rv. 268736, in cui, invece, si evidenzia che il decreto di sequestro probatorio del reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, potendo farsi ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono.

provvedimento di convalida del sequestro probatorio disposto dal Pubblico Ministero, sulla base di un'affermazione giuridica errata. In particolare, anche aderendo al secondo e più rigoroso orientamento (quello che peraltro sembra seguire il giudice del riesame), si andrebbe incontro ad un evidente errore giuridico, in quanto il principio affermato dalla Cassazione soffre di un'eccezione che il Tribunale del riesame sembrerebbe ignorare; si afferma, invero, che l'uso di formule sintetiche nel decreto di convalida del sequestro probatorio sarebbe consentito «nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono». Nel caso in esame, si osserva, non v'è alcun dubbio non soltanto che i beni immobili costituiscono corpo del reato in tutti i casi in cui si proceda per reati edilizi, ma anche sul fatto che tali beni immobili presentino quale connotato ontologico ed immanente di immediata evidenza, la loro finalizzazione probatoria, dal momento che l'attività investigativa non potrà che passare attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

Ciò posto, appare del tutto evidente che ancor prima di procedere all'analisi dell'ordinanza in oggetto, e, dunque, alla conseguente presa di posizione da parte della Suprema Corte, appare opportuno dare brevemente conto degli orientamenti giurisprudenziali presenti sul punto, anche al fine di coglierne la rilevanza nel caso oggetto di esame.

2. La motivazione del decreto di sequestro probatorio: le posizioni contrastanti della giurisprudenza di legittimità

Com'è noto, il sequestro probatorio è un mezzo di ricerca della prova disciplinato all'art. 253 c.p.p., a tenore del quale l'autorità giudiziaria può disporre con decreto motivato il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti.

In breve, sono corpo del reato le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso, nonché le cose che ne costituiscono il prodotto³, il profitto⁴ o il

³ Secondo Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 1082, per prodotto del reato si intende il risultato materiale dell'esecuzione criminosa, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita. In dottrina, PULITANÒ, *Diritto penale*, IV, Giappichelli, Torino, 2011, p. 564, precisa che prodotto del reato sono le cose materiali prodotte mediante l'attività illecita, aggiungendo che può trattarsi anche di cose intrinsecamente illecite, per esempio moneta falsa.

⁴ Per la definizione di profitto del reato, si rinvia a Cass. pen., sez. un., 17 ottobre 1996, n. 9149, in *Mass. Uff.*, n. 205707, secondo cui, si deve intendere il lucro, ossia il vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato. Ancora, Cass. pen., sez. un., 9 luglio 2004, n. 29951, in *Cass. pen.*, 2004, p.

prezzo⁵. Sono, invece, cose pertinenti al reato⁶, tutte le *res* in qualche modo collegate allo stesso, dunque, che sono in rapporto indiretto con la fattispecie concreta e che risultano strumentali all'accertamento dei fatti.

Ebbene, in tale contesto, requisito essenziale appare la motivazione del decreto di convalida del sequestro probatorio da parte del Pubblico ministero, atteso che essa risulta essere il principale strumento per la valutazione della legittimità del decreto stesso.

In via generale, nella prassi, i provvedimenti di convalida del decreto di sequestro probatorio sono spesso caratterizzati dall'uso di tecniche di redazione fondate sulla mera trasposizione di moduli, contenenti l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati, seguiti dall'indicazione del tempo e del luogo di commissione dei fatti, senza l'ulteriore descrizione di questi ultimi. Ne discende, in particolare, che in tali casi, la mancanza della motivazione autonoma porta ad un regime di nullità, non sanabile da parte del Tribunale del riesame attraverso l'integrazione del provvedimento impugnato⁷.

Orbene, circa la latitudine della motivazione del decreto di convalida del sequestro probatorio da parte della Pubblica accusa, la giurisprudenza di legittimità ha mostrato di aderire a posizioni antitetiche.

In forza di un primo filone interpretativo, il decreto di sequestro probatorio del reato deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine alla sussistenza della relazione di immediatezza tra la "*res*"

sequestrata ed il reato oggetto di indagine, non anche in ordine alla necessità di esso in funzione dell'accertamento dei fatti⁸. Il ragionamento ermeneutico posto a base di tale orientamento, si basa sulla distinzione tra corpo del reato e cose pertinenti al reato; sicché, qualora l'oggetto del sequestro sia il *corpus delicti*, l'esigenza probatoria del corpo del reato è in "*re ipsa*", a differenza di quanto accada per il sequestro delle cose pertinenti al reato che necessita di specifica motivazione su quest'ultimo aspetto.

Al contrario, secondo l'orientamento più rigoroso, il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, potendo farsi ricorso ad una formula sintetica nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo del reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono⁹.

Tanto premesso, va rimarcato che negli anni passati le Sezioni unite della Suprema Corte si sono già espresse svariate volte sul tema, in un primo momento sconfessando quell'indirizzo giurisprudenziale che riteneva superflua la motivazione a proposito del *corpus delicti*, sulla base di una lettura del dato normativo che connette l'aggettivo "necessarie", inserito nell'art. 253, comma 1, c.p.p. alle sole "cose pertinenti al reato", poiché utilizzato al femminile plurale¹⁰.

Tale orientamento, che incentrava la motivazione più che sulla sussistenza di esigenze probatorie idonee a giustificare il provvedimento di *adprehensio* – come sarebbe nel caso di cose pertinenti al reato –, sulla configurabilità della *res* quale corpo del reato, è stato appunto superato da altro filone interpretativo della giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte nel suo massimo consesso, fondato su una più corretta analisi sintattico-grammaticale dell'art. 253 c.p.p., con la quale si è rilevato come per ragioni di immediata contiguità sintattica sia possibile la concordanza dell'aggettivo con l'ultimo nome femminile, quando questo è plurale, anche se è preceduto da nomi ma-

3087, identifica il profitto del reato nel vantaggio di natura economica ovvero nel beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo, senza che possa addivenirsi a un'estensione indiscriminata ed una dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, indiretto o mediato, che possa comunque scaturire da un reato.

⁵ Cass. pen., sez. un., 17 ottobre 1996, n. 9149, *cit.*, ove si evidenzia che il prezzo del reato rappresenta il compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare un altro soggetto a commettere il reato e costituisce, quindi, un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato.

⁶ Cass. pen., Sez. VI, 11 gennaio 1991, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, p. 638, secondo la quale la nozione di cose pertinenti al reato include (oltre al *corpus delicti* e ai *producta sceleris*) tutte le cose che servono anche indirettamente, ad accertare la consumazione dell'illecito, il suo autore e le circostanze del reato, con riferimento ad ogni possibile legame, individuabile caso per caso, tra le cose stesse e l'accertamento dell'illecito, che sia ritenuto rilevante ai fini del processo. Più di recente, Cass. pen., Sez. II, 13 marzo 2007, n. 12929, in *Guida dir.*, 2007, n. 17, 111.

⁷ Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2014, n. 37187, in *CED*, Rv. 260241, ove si evidenzia che il decreto di sequestro probatorio di cose costituenti corpo di reato deve essere necessariamente sorretto da idonea motivazione, integrabile esclusivamente dal Pubblico ministero innanzi al Tribunale del riesame, in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti, avuto riguardo ai limiti imposti all'intervento penale sul terreno delle libertà fondamentali e dei diritti dell'individuo costituzionalmente garantiti, quale è il diritto di proprietà garantito dall'art. 42 Cost. e dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁸ Cass. pen., Sez. II, 28 ottobre 2016 (dep. 7 dicembre 2016), n. 52259, in *CED*, Rv. 268734.

⁹ Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2016 (dep. 11 gennaio 2017), n. 1145, in *CED*, Rv. 268736; Cass. pen., Sez. II, 15 marzo 2017 (dep. 12 luglio 2017), n. 33943, in *CED*, Rv. 270520.

¹⁰ Cass. pen., Sez. VI, 6 ottobre 1998, n. 2882, in *Mass. Uff.*, n. 212678; Cass. pen., Sez. VI, 20 gennaio 1998, Cass. pen., Sez. I, 5 giugno 1992, n. 2640, in *Mass. Uff.*, n. 191736; Cass. pen., Sez. VI, 28 novembre 1990, n. 3397, in *Cass. pen.*, 1991, p. 758; Cass. pen., Sez. III, 28 settembre 1990, n. 3893, in *Cass. pen.*, 1991, p. 286. A fronte di tale orientamento, si tende a porre attenzione prevalentemente, se non esclusivamente, sull'effettiva possibilità di qualificare la cosa come *corpus delicti*, accertando la presenza del rapporto di immediatezza, descritto dall'art. 253, comma 2, c.p.p., tra la *res* e l'illecito.

schili¹¹. Si è ribadito, inoltre, l'esigenza di verificare tramite la motivazione la correttezza e la legittimità del provvedimento, smentendo infine l'assunto per il cui il corpo del reato è sempre necessario per la ricostruzione dei fatti, prendendo come esempio l'ipotesi di beni oggetto del furto¹².

Successivamente, le Sezioni unite, hanno ribaltato tale posizione, rilevando come la finalità probatoria del corpo di reato sia in *re ipsa*, decretando come nel caso di sequestro probatorio che abbia oggetto il *corpus delicti* non sia necessario giustificare la necessità del ricorso a tale mezzo, essendo sufficiente, a tal fine, un richiamo alla qualificazione della cosa come corpo del reato¹³. In particolare, proprio quest'ultimo aspetto ha continuato a presentare profili controversi anche dopo la pronuncia delle Sezioni unite del 1991, atteso che pur se riconosceva la mancanza di obbligatorietà nel sequestro del corpo del reato, la relativa motivazione veniva essenzialmente circoscritta all'indicazione della qualifica di *corpus delicti* propria della *res*.

Di talché, l'attenzione delle Sezioni unite si è incentrata sulla nozione di corpo del reato, giungendo ad evidenziare come siffatto concetto implichi un vincolo necessario con la prova del reato, presupponendo un rapporto di immediatezza tra la *res* e l'illecito penale, idoneo a rendere superflua la motivazione sulle esigenze probatorie.

Ciò nonostante, il problema ha continuato a non trovare soluzione unanime nella giurisprudenza di legittimità; invero, da una parte, si sostiene che, anche nel caso di sequestro probatorio avente ad oggetto il *corpus delicti*, il provvedimento che lo dispone deve essere esplicitamente motivato riguardo la rilevanza che tale cosa assume ai fini della ricostruzione dei fatti, nonché l'indicazione delle ragioni che rendono necessario il sequestro¹⁴. Argomentando *a contrario*, si configurerebbe "un'ablazione della cosa" priva di quella giustificazione dell'interesse pubblico che sola può derogare ai principi sanciti dall'art. 42 Cost.; esigenza, quest'ultima avvertita soprattutto ove si consideri come, talvolta, il sequestro possa avere ad oggetto cose di proprietà di un terzo estraneo¹⁵.

Dall'altra parte, si osserva che in presenza di un sequestro probatorio riguardante cose che assumono la qualifica di corpo di reato, non è necessaria una specifica motivazione circa la necessità del sequestro stesso in funzione dell'accertamento dei fatti, poiché la qualità di corpo del reato comporta l'esistenza di un rapporto di immediatezza tra le cose e l'illecito pena-

le¹⁶. Ciò, dunque, confermerebbe che, basandosi sulla differenziazione compiuta a proposito dell'oggetto del sequestro probatorio e della corrispondente motivazione, in caso di corpo del reato è richiesta soltanto l'indicazione degli elementi che giustificano tale qualificazione.

In tale prospettiva, si inserisce l'ultimo intervento delle Sezioni unite, le quali aderendo all'indirizzo giurisprudenziale più risalente, hanno ribadito che anche per le cose che costituiscono corpo del reato il decreto di sequestro a fini di prova deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti¹⁷. A tale ultimo indirizzo, si è adeguata in gran parte la successiva giurisprudenza di legittimità¹⁸.

Cosicché, esaurita l'esegesi degli orientamenti presenti sul tema, è possibile ora esaminare la posizione adottata dalla Suprema Corte investita dal ricorso, con l'ordinanza in analisi. I giudici di legittimità, ritenendo di dover aderire alla soluzione prospettata dal Pubblico ministero ricorrente, hanno precisato che effettivamente, anche l'orientamento più rigoroso (che come già ribadito è quello che sembra seguire il giudice del riesame), pur stabilendo che il decreto di sequestro probatorio del corpo di reato deve essere necessariamente sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, soffre di un'eccezione che tuttavia il Tribunale del riesame non sembra aver preso in considerazione. Invero, è legittimo utilizzare formule sintetiche nel decreto di convalida del sequestro probatorio «nel solo caso in cui la funzione probatoria del corpo di reato sia connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono».

Per pervenire a tale conclusione, gli ermellini hanno evidenziato come ad essere sottoposti a convalida, erano alcuni provvedimenti di sequestro eseguiti dalla

¹¹ Cass. pen., sez. un., 18 giugno 1991 (dep. 24 luglio 1991), n. 10, in *Cass. pen.*, 1991, p. 925.

¹² *Ibidem*.

¹³ Cass. pen., sez. un., 11 febbraio 1994, n. 2, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2056.

¹⁴ Cass. pen., Sez. VI, 2 aprile 2014, n. 33229, in *Guida dir.*, 2014, 43, 85.

¹⁵ Cass. pen., Sez. VI, 20 maggio 1998 (dep. 11 giugno 1998), n. 1786, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1220.

¹⁶ Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2003, n. 16284, in *Guida dir.*, 2003, 36, 95.

¹⁷ Cass. pen., sez. un., 28 gennaio 2004, n. 5876, in *Mass. Uff.*, m. 226711, ove si evidenzia, tra l'altro, come, a fronte della carenza di indicazioni da parte del Pubblico ministero, il giudice del riesame non può intervenire per integrare la motivazione e indicare le finalità del sequestro, poiché il sequestro probatorio è atto del Pubblico ministero e ad egli spetta l'indicazione dei fini perseguiti. Di guisa che, nel caso in cui la mancanza di motivazione sia radicale, la Corte di Cassazione deve pronunciare sentenza di annullamento senza rinvio di entrambi i provvedimenti; l'annullamento deve essere, invece, con rinvio nell'ipotesi in cui il provvedimento abbia accertato l'esistenza delle esigenze probatorie ma abbia ommesso soltanto di indicarle specificando il rapporto tra la *res* oggetto della misura e i fatti da provare. Sul punto, si veda Cass. pen., Sez. V, 22 giugno 2004, n. 30328, in *Guida dir.*, 2004, 32, 88.

¹⁸ V., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2010, n. 35970, in *Mass. Uff.*, n. 249740.

polizia giudiziaria afferenti a violazioni edilizie rispetto alle quali, come ampiamente affermato da dottrina e giurisprudenza dominante¹⁹, è indubbio che l'immobile abusivamente realizzato abbia qualifica di corpo del reato.

Nell'ambito della disciplina in esame, dunque, i suddetti beni immobili sequestrati in seno ad un procedimento penale in tema di reati edilizi presentano quale connotato ontologico ed immanente di immediata evidenza la loro finalizzazione probatoria²⁰, dal momento che l'attività investigativa dovrà passare attraverso una puntuale verifica delle difformità *prima facie* riscontrate nella fase iniziale dell'indagine.

Ciò detto, in considerazione dell'adesione da parte della Suprema Corte al motivo di ricorso del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Nuoro, ad avviso degli ermellini, la fondatezza del ricorso stesso determinerebbe l'annullamento dell'ordinanza impugnata con conseguente rinvio al Tribunale di Nuoro per un nuovo esame. Senonché, sul punto, essendosi già pronunciata in passato la Corte di Cassazione a Sezioni unite²¹, tale linea interpretativa si porrebbe in conflitto con il principio di diritto da queste ultime emanato, secondo il quale «anche per le cose che costituiscono corpo di reato il decreto di sequestro a fini di prova deve essere sorretto, a pena di nullità, da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti»²².

Da qui, ad avviso del Supremo collegio incaricato di esaminare il ricorso, l'obbligo di rimessione della questione alle Sezioni unite, in ottemperanza del nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p., poiché la verifica della fondatezza delle doglianze espresse dal Pubblico ministero dipende dalla soluzione della seguente questione giuridica, sulla quale si registra attualmente un contrasto giurisprudenziale: «Se, per le cose che costituiscono corpo di reato, il decreto di sequestro pro-

batorio possa essere motivato con formula sintetica ove la funzione probatoria del medesimo costituisca connotato ontologico ed immanente del compendio sequestrato, di immediata evidenza, desumibile dalla peculiare natura delle cose che lo compongono o debba, invece, a pena di nullità, essere comunque sorretto da idonea motivazione in ordine al presupposto della finalità perseguita, in concreto, per l'accertamento dei fatti».

3. L'introduzione del vincolo del precedente giudiziario? brevi riflessioni sul nuovo art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.

La disposizione di cui all'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p., non rappresenta un *novum*, giacché inserita sulla falsariga di quella già presente all'art. 374, comma 3, c.p.c. (così come modificato dall'art. 8 d.lgs. n. 40/2006) – che regola il giudizio civile di Cassazione – la quale prevede la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, nel caso in cui una sezione semplice non dovesse condividere il principio di diritto enunciata da queste ultime.

Si è già rimarcato come in materia penale tale meccanismo fosse già contenuto all'interno del testo definitivo del codice di rito del 1988. I timori manifestati dalla dottrina contraria alla disciplina *de qua*, affondavano le radici altresì nel rischio di una progressiva atrofizzazione della spinta innovativa della produzione giurisprudenziale; opinione peraltro in netto contrasto con la realtà con la quale il legislatore ha invece ritenuto di fare i conti nell'emanare la riforma, caratterizzata dalla mancanza di produttività di orientamenti uniformi e stabili dell'organo che dovrebbe esprimere l'indirizzo nomofilattico, causa lo sproportionato numero di ricorsi e la conseguente esigenza nel tempo di accrescere a dismisura il suo organico per farvi fronte²³.

Sicché, la soluzione adottata, oltre a rafforzare il ruolo assegnato alle Sezioni unite – le cui sentenze possono avere valore di “precedente”²⁴ nei confronti delle altre sezioni semplici, a determinate condizioni ed entro certi limiti –²⁵, consolida la funzione nomofi-

¹⁹ D'ANGELO, *Abusi e reati edilizi*, Maggioli, Rimini, 2016, p. 517, a parere del quale costituisce corpo del reato l'immobile abusivo (in qualunque fase di lavorazione esso si trovi), mentre le attrezzature di lavoro presenti nel cantiere costituiscono cose pertinenti al reato. Per maggiori approfondimenti sul punto, si rinvia a: BUZZEGOLI-SCARCELLA, *La tutela penale del territorio e del paesaggio*, Giuffrè, Milano, 2009; RAMACCI, *I reati edilizi. Disciplina, sanzioni e casistica*, in *Orientamenti di merito*, Giuffrè, Milano, 2012; SCARCELLA, *I sequestri*, in *commentario “Codice di procedura penale”*, a cura di G. Canzio-G. Tranchina, Giuffrè, Milano, 2012. In giurisprudenza, Cass. pen., sez. un., 10 ottobre 1987, n. 349, in *Cass. pen.*, 1988, p. 420 ss.

²⁰ Per ulteriori approfondimenti in tema di decreto di sequestro probatorio dell'immobile abusivo in corso di costruzione, si rimanda a Cass. pen., Sez. III, 2 maggio 2004, n. 23215, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1116, secondo cui nel caso di ipotizzata illegittimità del permesso edilizio, il suddetto decreto deve essere, a pena di nullità, specificamente motivato sulla sussistenza della concreta finalità probatoria perseguita in funzione dell'accertamento dei fatti.

²¹ Cass. pen., sez. un., 28 gennaio 2004 (dep. 13 febbraio 2004), n. 5876, in *CED*, Rv. 226711.

²² *Ibidem*.

²³ In tal senso PARODI (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità*, in *Officine del diritto. Il penalista*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 102.

²⁴ Per un'ampia panoramica in tema di precedente nel giudizio penale, cfr., in particolare: CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro.it*, 2012, c. 305 ss.

²⁵ FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 gennaio 2018, p. 3. L'autore passa in rassegna i casi più noti in cui vi è stato un “conflitto” tra sezioni semplici e le Sezioni unite, come quello sui dipendenti bancari, la cui qualifica di incaricato di pubblico servizio è stata negata da una importante sentenza resa dal massimo consesso (Cass. pen., sez. un., 23 maggio 1987, n. 8342, in *Foro. it*, 1987, IV, c. 481), per poi essere affermata, dopo meno di un anno, da una sezione semplice della corte di cassazione (Cass. pen., Sez. V, 24 maggio 1988, n. 5469, in *Foro.it*, 1988, IV, c. 669). Altro esempio è stato offerto dalla messa in discussione di

lattica della Corte di Cassazione, apparendo come un ragionevole bilanciamento tra garanzia dell'evoluzione del pensiero giuridico in funzione dei cambiamenti sempre più rapidi della società e garanzia della certezza dell'interpretazione che di essi fornisce la Cassazione²⁶.

Pertanto, se *ante* riforma, *ex art.* 618, c.p.p., qualsiasi sezione semplice, anche d'ufficio, "poteva" rimettere la questione davanti alle Sezioni unite in caso di contrasto giurisprudenziale, a seguito della novella sono ora previste due distinte ipotesi, attraverso cui è possibile investire il massimo consesso della Suprema Corte.

Con la prima, è direttamente il primo Presidente della Cassazione ad assegnare il ricorso alle Sezioni unite, su richiesta del Procuratore generale, dei difensori delle parti o *ex officio*, quando le questioni proposte sono di speciale importanza ovvero occorre dirimere contrasti insorti tra le decisioni delle singole sezioni (art. 610, comma 2, c.p.p.).

Al contrario, nella seconda ipotesi, si distinguono due differenti percorsi. Innanzitutto, la rimessione facoltativa, operata dalla sezione semplice assegnataria del ricorso che può, anche d'ufficio, rimettere appunto la questione di diritto alle Sezioni unite, allorché possa potenzialmente provocare, o abbia già provocato un contrasto giurisprudenziale. In tal caso, dunque, la disciplina non è stata modificata dal legislatore, il quale concede la facoltà alla sezione semplice di optare per una duplice decisione: l'adeguamento ad uno degli orientamenti contrapposti, o la risoluzione della questione con una pronuncia nuova. Più in genera-

un principio enunciato dalle Sezioni unite nel 2005 sulla non rilevanza della prescrizione maturata prima della sentenza d'appello in caso di inammissibilità del ricorso (Cass. pen., sez. un., 22 marzo 2005, n. 23428, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, p. 561), principio smentito da recenti pronunce delle sezioni semplici e nuovamente sottoposto alle Sezioni unite che l'hanno ribadito nel 2015 (Cass. pen., sez. un., 17 dicembre 2015, n. 12602, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2347). Più recentemente, una decisione di una sezione semplice nello sviluppare gli argomenti utilizzati dalle Sezioni unite (Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016, n. 27620, in *Foro.it*, 2016, IV, c. 571) in tema di riforma in appello della sentenza assolutoria di primo grado si è posta, di fatto, in tendenziale contrapposizione con quest'ultime, affermando la sussistenza di un obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello anche nel caso in cui la corte di secondo grado pervenga all'assoluzione dell'imputato ribaltando una sentenza di condanna, sempre in base ad una diversa rivalutazione di attendibilità delle dichiarazioni di testimoni (Cass. pen., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, in *CED*, n. 270750), contrasto che ha determinato un nuovo intervento delle Sezioni Unite (Cass. pen., sez. un., 21 dicembre 2017, *Inedita*).

²⁶ V. PARODI, *op. cit.*, p. 103, a parere del quale l'aver assegnato alle decisioni del Supremo Collegio di nomofilachia una valenza più concreta non significa aver reso sterile la Corte di Cassazione, atteso che l'estemporaneo scostamento da tali decisioni è spesso solo un "finto" sintomo della vitalità dell'elaborazione giurisprudenziale, mentre la spinta ad una rivisitazione dei principi affermati in passato altrettanto proficuamente può esprimersi attraverso l'autorevolezza delle argomentazioni dispiagate nell'ordinanza di remissione.

le, se su una certa questione non risultano interventi delle Sezioni unite con conseguenti principi di diritto enunciati, troverà applicazione la previgente disciplina fondata sulla facoltatività della rimessione: sicché, sia il primo Presidente, che le sezioni semplici potranno scegliere se risolvere il contrasto provocando l'intervento delle Sezioni unite oppure se lasciare che il dialogo interno alla corte di Cassazione continui, in un confronto "paritario", che porti, auspicabilmente, ad un componimento spontaneo del contrasto, anche a costo di pronunce difformi, tuttavia strumentali all'emersione delle possibili letture interpretative, in un contesto comparativo che porti, nel tempo, ad una soluzione condivisa²⁷.

In secondo luogo, in presenza di un principio di diritto emanato dalle Sezioni unite, qualora la sezione semplice ritenesse di non dividerlo, a quest'ultima spettano due alternative: adeguarsi al suddetto principio, oppure rimettere la questione a norma del nuovo art. 618, comma 1-*bis* c.p.p., in quanto alla suddetta sezione non è consentito emettere una pronuncia contrastante rispetto al principio affermato.

Ora, i primi commentatori hanno evidenziato la rigidità del nuovo sistema, in quanto le scelte sul se confermare la precedente interpretazione ovvero superarla spettano esclusivamente alle Sezioni unite²⁸. In dottrina, si è osservato come la riforma abbia assegnato al massimo consesso della Suprema Corte un vero e proprio ruolo di vertice in senso gerarchico all'interno della Corte di Cassazione²⁹; nondimeno, non vi è dubbio che la rimessione obbligatoria non sancisce l'eliminazione del dialogo tra le sezioni, piuttosto, a differenza di quanto accadeva nel passato, l'interlocuzione avverrà tra i collegi delle sezioni semplici e le

²⁷ In questi termini FIDELBO, *op. cit.*, p. 6, il quale sottolinea che l'ambito di discrezionalità riconosciuto in questo sistema presenta – e ha presentato fino ad ora – l'indubbio vantaggio di evitare che ogni contrasto sia risolto dalle Sezioni unite, in considerazione del fatto, da un lato, che la stessa autorevolezza delle pronunce aventi valore nomofilattico sarebbe messa in pericolo da un eccessivo numero di esse, dall'altro lato, che la possibilità di decidere "quando" il contrasto avvenga su un materiale giurisprudenziale maturo, in cui le varie interpretazioni e prese di posizione siano tutte viscerate adeguatamente, in modo che la stessa soluzione appaia davvero necessaria, oltre che più semplice. Il limite di quest'ordine risiede però nel fatto che può accadere che contrasti giurisprudenziali restino irrisolti perché "inconsapevoli" ovvero perché nessuno degli attori li rilevi "consapevolmente", con possibili effetti negativi sulla certezza del diritto e, soprattutto, sulla sua prevedibilità.

²⁸ APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in A. Marandola-T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 278.

²⁹ IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2300 s.; in senso conforme, LUDOVICI, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in G.M. Baccari-C. Bozano - K. La Regina - E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Cedam, Padova, 2017, p. 445.

Sezioni unite, con le prime che dovranno in un certo senso “convincere” queste ultime, attraverso le argomentazioni inserite nell’ordinanza di rimessione³⁰.

In tale prospettiva, pertanto, la riforma ha inserito nel sistema penale il vincolo del “precedente” riferito alle Sezioni unite. In via generale, tale fenomeno nella struttura dell’argomentazione giustificativa della decisione riveste un ruolo importante nei moderni sistemi giuridici, sia continentali che anglosassoni³¹, essendosi attenuata la tradizionale divaricazione della regola *stare decisis*³² negli ordinamenti di *common law* (efficacia vincolante), rispetto a quelli di *civil law* (efficacia persuasiva)³³. Largamente condivisa sul punto è l’idea che la forza del precedente (*auctoritas rerum similiter iudicatarum*) sia inversamente proporzionale al numero e alla quantità dei precedenti formati in ordine all’analoga questione e che il distacco critico dal precedente appare in ogni caso consentito al giudice che dimostri di avere buone ragioni per dissentire, mediante le tecniche del *distinguishing* (il precedente non è pertinente al caso di specie) o dell’*overruling* (il precedente è inadeguato e va introdotto un diverso principio di diritto per la regolamentazione del tipo di fattispecie)³⁴.

Ciò nonostante, va osservato come, a seguito della novella, il precedente inserito risulti “relativo”. Esso, invero, non opera nei confronti dei giudici di merito –, essendo al contrario limitato all’interno della sola Corte di Cassazione – e, inoltre, non è prevista alcuna sanzione in caso di sua inosservanza³⁵. A riguardo, la dottrina appare divisa: taluno reputa tale scelta legislativa del tutto condivisibile, in quanto l’eventuale previsione di sanzioni di qualsiasi natura, processuale ovvero disciplinare, sarebbe stata estranea al sistema e, soprattutto al “dialogo” tra le sezioni della Corte di Cassazione, in considerazione del fatto che un modulo organizzativo, che contempra il meccanismo di rimessione obbligatorio delle questioni alle Sezioni unite, per funzionare non ha bisogno di controlli, ma di una condivisione di carattere culturale³⁶; altri, invece, ritengono che una sentenza emessa dalle sezioni semplici in contrasto con un principio di diritto enunciato

dalle Sezioni unite, quindi inottemperante all’obbligo di rimessione degli atti, sia da considerare emessa in difetto di potere, cioè abnorme, rilevando come tale ricaduta sanzionatoria sia un ulteriore argomento diretto a dimostrare l’incompatibilità dell’obbligo di rimessione con gli artt. 101, comma 2 e 103, comma 3, Cost. e, quindi, l’irragionevolezza della procedura prevista dall’art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p.³⁷.

Ciò posto, l’adesione alla prima soluzione sembrerebbe la più condivisibile, atteso che la Cassazione si rileva istituto affidato all’esperienza di coloro che cooperano al suo funzionamento, più che alle norme di diritto che lo disciplinano³⁸, con la conseguenza che in tale ambito, la previsione di una nullità³⁹ o ancor più di un’ipotesi di una sanzione disciplinare in capo al collegio che non abbia obbligatoriamente rimesso la questione alle Sezioni unite, si mostra in un certo qual modo di complicata previsione. In tal senso, la soluzione adottata dal legislatore può essere dunque letta in senso positivo, in quanto non configura una sorta di «dittatura delle Sezioni unite»⁴⁰, essendo al contrario diretta al rafforzamento della nomofilachia della Suprema Corte, come diretta espressione sia del principio costituzionale sancito nell’art. 3 Cost., sia di quanto previsto all’art. 65 ord. giud. – il quale rubricato “Attribuzioni della corte suprema di Cassazione” –, affida il compito alla stessa Corte di assicurare l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, oltre che l’unità del diritto oggettivo nazionale.

In conclusione, quindi, appare chiaro che con il sistema appena evidenziato, la decisione delle Sezioni unite costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura, che determina affidamento per gli operatori della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi, come già ampiamente ribadito, la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto⁴¹.

³⁰ Dello stesso avviso risulta FIDELBO, *op. cit.*, p. 7, secondo cui, in questa procedura, in cui il presupposto è costituito dall’esistenza di un principio già enunciato dalle Sezioni unite, il contributo nomofilattico delle sezioni semplici passa attraverso l’argomentazione dell’ordinanza di rimessione, che a questi fini diventa fondamentale, in quanto può consentire al sistema di rinnovarsi, evitando la cristallizzazione dei principi, nella piena considerazione del divenire della giurisprudenza e nel rispetto del precedente.

³¹ CANIVET-ANDENAS-FAIRGRIEVE, (cur.), *Comparative Law before the Courts*, in *The British institute of International and Comparative Law*, London, 2004.

³² Sul tema, si veda RORDORE, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro. it.*, 2006, V, 279.

³³ CANZIO, *op. cit.*

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ APRATI, *op. cit.*, p. 278 s..

³⁶ FIDELBO, *op. cit.*, p. 7.

³⁷ IASEVOLI, *op. cit.*, p. 2301.

³⁸ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Vol. I, Jovene, Napoli, 1979, p. 866.

³⁹ Sul punto interessanti appaiono le considerazioni di APRATI, a parere della quale la disposizione contenuta nell’art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p. rientrerebbe nell’ambito delle norme tabellari regolative della distribuzione dei singoli processi alle sezioni, ma anche in questo caso la violazione di tale regola non condurrebbe mai alla sanzione di nullità, prevista solo nel caso estremo in cui siano stravolti nel caso di specie i canoni costituzionali della precostituzione per legge del giudice naturale.

⁴⁰ L’espressione è di PARODI, *op. cit.*, p. 103.

⁴¹ PARDO-INGRAO (a cura di), *La riforma delle impugnazioni penali* (L. Orlando), in *Officine del diritto. Il penalista*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 98.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

Ritenute previdenziali – omesso versamento – soglia – rilevanza penale

abstract

With regard to the omitted payment of social security and welfare payments made by the employer on workers' wages, the United Sections were called to resolve an interpretative contrast advanced by INPS following the decriminalization made by art. 3 paragraph 6 of Legislative Decree 15 January 2016 no. 8 regarding the identification of the time criterion of the relevant year for the purpose of ascertaining whether the threshold of criminal relevance has been exceeded. Ultimately, the judges of the United Sections consider that the total amount of more than 10,000 euros per year is relevant for the purpose of reaching the penalty threshold, for the case of failure to pay social security and social security contributions by the employer, must be identified with reference to the sum of the amounts not paid on the due dates included in the year from 16 January, for the salaries of the previous month of December, to 16 December for the remuneration paid in the month of November of the current year.

keywords

Omitted payment of social security taxes – Penalty threshold.

abstract

In tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei lavoratori, le Sezioni unite sono state chiamate a risolvere un contrasto interpretativo avanzato dall'Inps a seguito della depenalizzazione operata dall'art. 3 comma 6 del d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 8 in ordine all'individuazione del criterio temporale dell'anno rilevante ai fini dell'accertamento dell'eventuale superamento della soglia di rilevanza penale. In definitiva, i giudici del Supremo Consesso ritengono che l'importo complessivo superiore ad euro 10.000 annui rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di penale punibilità, per la fattispecie di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali ad opera del datore di lavoro, deve essere individuato con riferimento alla somma degli importi non versati alle date di scadenza comprese nell'anno che vanno dal 16 gennaio, per le retribuzioni del precedente mese di dicembre, al 16 dicembre per le retribuzioni corrisposte nel mese di novembre dell'anno in corso.

parole chiave

Omesso versamento ritenute previdenziali – Soglia di punibilità.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite penali, (ud. 18 gennaio 2018), dep. 07 marzo 2018, n. 10424

Omesso versamento ritenute di acconto – Soglia di punibilità di importo superiore ad euro 10.000= annui.

In tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti, l'importo complessivo superiore ad Euro 10.000 annui, rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di punibilità, deve essere individuato con riferimento alle mensilità di scadenza dei versamenti contributivi (periodo 16 gennaio-16 dicembre, relativo alle retribuzioni corrisposte, rispettivamente, nel dicembre dell'anno precedente e nel novembre dell'anno in corso.

* * *

Nella fattispecie la questione demandata alle Sezioni unite non derivava da un vero e proprio contrasto giurisprudenziale ma da una questione sollevata da una missiva dell'INPS in cui si rappresentavano alcune difficoltà interpretative emerse a seguito della depenalizzazione – operata dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, art. 3, comma 6, – del reato di omesso versamento dei contributi previdenziali per un importo non superiore a 10.000 Euro annui. In particolare, l'INPS rappresentava che in alcune decisioni della Suprema Corte ai fini del calcolo del superamento della soglia di punibilità (fissata sulla base della somma sopra indicata), veniva preso in considerazione l'importo maturato nell'anno di competenza, diversamente dalle modalità di calcolo seguite dall'INPS che, invece, si riferisce all'importo effettivamente omesso, tenendo conto cioè del fatto che la scadenza del termine utile per il datore di lavoro è fissata, dalla legge, al 16 del mese successivo a quello cui si riferiscono i contributi.

La questione veniva rimessa alle Sezioni unite in quanto avendo ad oggetto l'individuazione dell'arco temporale entro cui effettuare il calcolo dell'importo del versamento omesso, tale verifica incide su aspetti attinenti a risorse finanziarie pubbliche di primario rilievo.

La problematica veniva riassunta nella seguente questione di diritto da decidere: «Se, in tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti, l'importo complessivo superiore ad Euro 10.000 annui, rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di punibilità, debba essere individuato con riferimento alle mensilità di pagamento delle retribuzioni, ovvero a quelle di scadenza del relativo versamento contributivo».

Prima dell'intervento modificativo, di cui d.lgs. 5 gennaio 2016, n. 8, art. 3, comma 6, l'omesso versamento era penalmente sanzionato senza alcuna considerazione degli importi, ed il reato veniva qualificato come omissivo istantaneo, rispetto al quale il momento consumativo coincideva con la scadenza del termine utile concesso al datore di lavoro per il versamento, fissato dal d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241, art. 18, comma 1, come modificato dal d.lgs. 19 novembre 1998, n. 422, art. 2, comma 1, lett. b), al giorno 16 del mese successivo a quello cui si riferiscono i contributi.¹

Dopo la modifica legislativa del 2016, si segnalano due pronunzie che hanno analizzato la diversa situazione determinatasi a seguito delle modifiche normative.

In particolare, la sentenza Lanzoni² prendendo spunto dalla nuova soglia di punibilità precisava che precisato il legislatore ne ha configurato il superamento, collegato al periodo temporale dell'anno, quale specifico elemento caratterizzante il disvalore di offensività, che consente anche di individuare il momento consumativo del reato, da ritenere perfezionato nel momento e nel mese in cui l'importo non versato, calcolato a decorrere dalla mensilità di gennaio dell'anno considerato, abbia superato i 10.000 Euro. Ciò portava ad escludere che proprio in ragione della connessione con il dato temporale dell'anno, eventuali successive omissioni nell'arco del medesimo periodo e fino al mese finale di dicembre potessero dare luogo ad ulteriori reati.

Nella individuazione del momento consumativo del reato, secondo la nuova configurazione, la sentenza Lanzoni prospetta diverse ipotesi di superamento della soglia di punibilità, la prima delle quali caratterizzata dallo sfioramento di detta soglia, a partire dal mese di gennaio, senza che facciano seguito altre omissioni; la seconda da più omissioni ricorrenti nel medesimo anno e la terza riferita all'intero arco temporale annuale, tenendo però conto del fatto che, laddove anche il versamento del mese di dicembre sia omesso, va considerata la data del 16 gennaio dell'anno successivo.

Negli stessi termini coeivamente si è espressa anche la sentenza Di Cataldo³, che ha qualificato il reato come avente struttura unitaria, rispetto alla quale la condotta omissiva può configurarsi anche attraverso una pluralità (eventuale) di omissioni, che possono di per sé anche non costituire reato, con la conseguenza che la consumazione può essere, secondo i casi, tanto istantanea quanto di durata e, in quest'ultimo caso, ad effetto prolungato, sebbene nel solco del periodo annuale di riferimento, sino al termine del quale può realizzarsi o protrarsi il momento consumativo del reato.

Lo sviluppo successivo della copiosa elaborazione giurisprudenziale, per quanto di interesse, può essere così schematicamente riassunta: hanno aderito alla soluzione interpretativa offerta dalla sentenza Lanzoni le decisioni riportate in nota⁴.

Altre sentenze hanno fatto espresso riferimento all'anno "solare"⁵ precisando, in un caso, che, utiliz-

² Si veda Sez. 3, 11 maggio 2016, n. 37232 Lanzoni, Rv. 268308.

³ Sez. 3, 11 maggio 2016, n. 35589, Di Cataldo Rv. 268115.

⁴ Le decisioni in rassegna hanno riprodotto i contenuti della sentenza Lanzoni ex plurimis, Sez. 3, 21 settembre 2017, n. 55762 Di Sipio; Sez. F, 29 agosto 2017, n. 39882, Tumino; Sez. 3, 18 luglio 2017, n. 47902, Abrate; Sez. 3, 07 luglio 2017, n. 41621, Rizzo; Sez. 3, 07 dicembre 2016, dep. 2017, n. 14475, Mauro, Rv. 269329; Sez. 7, 04 novembre 2016, dep. 2017, n. 6545, Adamo, Rv. 269059; Sez. 3, 20 ottobre 2016, dep. 2017, n. 649 Messina, Rv. 268813; Sez. 3, 05 luglio 2016, n. 42070, Ruggeri.

⁵ In tal senso Sez. 3, 29 novembre 2016, n. 28046, Lazzeri; Sez. 3, 26 ottobre 2016, n. 20217, Pelli; Sez. 3, 31 maggio 2016, n. 14211, Lorusso; Sez. 3, 31 maggio 2016, n. 14206, Vona; Sez. 3, 22 marzo 2016, n. 52858, Giosuè; Sez. 3, 09 marzo 2016, n.

¹ In tal senso si sono pronunziate Sez. 3, 05 marzo 2015, n. 26732, Bongiorno, Rv. 264031; Sez. 3, 21 febbraio 2012, n. 10974 Norelli, Rv. 252367; Sez. 3, 14 dicembre 2010, n. 615, dep. 2011, Ciampi, Rv. 249164; Sez. 3, 16 aprile 2009, n. 20251 Casciaro, Rv. 243628; Sez. 3, 25 giugno 2003, n. 29275 Braiuca, Rv. 226161.

zando il termine “annui”, il legislatore ha voluto riferirsi all’anno solare globalmente inteso ed alle singole omissioni di versamento commesse in quello stesso anno⁶ e, in altra pronuncia, rimasta tuttavia isolata, applicando la prescrizione considerando quali singoli delitti le condotte di omesso versamento riferite ad ogni mensilità dell’anno.

Altre pronunce, infine, nel considerare la soglia di punibilità, richiamano l’anno senza ulteriori specificazioni.⁷

La questione del computo delle mensilità ai fini del superamento della soglia di punibilità, che le decisioni in precedenza ricordate hanno esaminato in via incidentale, è stata presa in esame dalla sentenza MOR⁸ nella quale si assume che l’anno di riferimento è quello nel quale il debito è sorto, secondo un principio di competenza e non di cassa, dovendosi aver riguardo alla entità complessiva delle omissioni, tenendo conto del momento in cui le relative obbligazioni, poi rimaste inadempite, sono sorte e prescindendo dal termine di scadenza per il versamento, che rileva solamente ai fini della individuazione del momento consumativo del reato.

Alla luce della richiamata giurisprudenza, affermano le Sezioni unite, risulta evidente la rilevanza della questione da risolvere, poichè dalla individuazione del criterio di imputazione temporale derivano conseguenze diverse, che determinano l’inclusione o l’esclusione di determinate mensilità nel computo dell’anno di interesse per il superamento della soglia di punibilità. Invero, dal complessivo esame delle decisioni fin qui richiamate, risulta pressochè unanime, sebbene talvolta solo implicitamente espresso, il richiamo alle modalità di individuazione dell’arco temporale dell’anno rilevante per l’accertamento dell’eventuale superamento della soglia di punibilità, con riferimento alle mensilità di erogazione della retribuzione.

Tuttavia, l’obiettivo incertezza determinata dal mutato assetto normativo richiede una ulteriore valutazione della questione, specificamente affrontata, come si è detto, soltanto con la sentenza Mor.

Ciò posto, sottolineano i Giudici del Supremo Consesso, deve osservarsi che la formulazione della norma, a causa del generico riferimento all’importo “superiore a Euro 10.000 annui”, rende del tutto plausibile, in astratto, il ricorso ad entrambe le soluzioni interpretative prospettate.

Nondimeno, il d.l. 12 settembre 1983, n. 463, art. 2, comma 1-*bis*, così come la Legge-Delega n. 67 del

46896, Verratti; Sez. 3, 25 febbraio 2016, n. 41457, Bordon; Sez. 3, 23 febbraio 2016, n. 53722, Guastelluccia, Rv. 268546),

⁶ Sez. 3, 23 febbraio 2016, n. 53722, Guastelluccia.

⁷ Sez. 3, 09 febbraio 2016, n. 14729, Ratti, Rv. 266633; Sez. 3, 04 novembre 2016, n. 6545 Adamo; Sez. 3, 31 maggio 2016, n. 14210, Ramunno.

⁸ Sez. 3, 11 gennaio 2017, n. 22140, Mor, Rv. 269778. Alla sentenza Mor si è successivamente adeguata altra decisione Sez. 3, 18 luglio 2017, n. 56432, Franzini.

2014, si riferiscono, menzionando la soglia di punibilità dei 10.000 Euro annui, alle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti e, cioè, a quelle somme che il datore di lavoro trattiene per versarle all’INPS in loro vece e delle quali non può disporre, in quanto di pertinenza dei dipendenti, prima, e dell’Istituto previdenziale, poi.

Significativa, a tale proposito, è la natura dei contributi come individuata dalla giurisprudenza delle Sezioni unite⁹.

È stato infatti chiarito che l’intenzione del legislatore è sostanzialmente quella di reprimere, non tanto il fatto omissivo del mancato versamento dei contributi, quanto, piuttosto, il più grave fatto commissivo dell’indebita appropriazione, da parte del datore di lavoro, di somme prelevate dalla retribuzione dei lavoratori dipendenti, con la conseguenza che l’obbligo di versare le ritenute nasce solo al momento della effettiva corresponsione della retribuzione, sulla quale le ritenute stesse debbono essere operate, non rilevando, peraltro, le vicende finanziarie dell’azienda.¹⁰

Il Supremo Consesso dopo aver considerato anche altri numerosi aspetti legati alle modalità di inoltro, per via telematica, delle denunce mensili contenenti i dati retributivi e le informazioni utili al calcolo dei contributi, nonché a tutte quelle procedure che riconoscono processi di regolarizzazione ed ulteriori attività di verifica che possono dar luogo ad eventuali variazioni contributive, sia a credito che a debito, può compiutamente definirsi l’ammontare del debito contributivo, attraverso un sistema, per così dire, fluido, che in alcuni casi consente l’esatta individuazione degli importi dovuti solo all’esito di determinati calcoli.

Dunque, ad avviso dei Giudici delle Sezioni unite, se è vero come si afferma nella sentenza Mor, che il debito previdenziale sorge a seguito della corresponsione delle retribuzioni, al termine di ogni mensilità, è altrettanto vero che la condotta del mancato versamento assume rilievo solo con lo spirare del termine di scadenza indicato dalla legge, sicchè appare più coerente riferirsi, riguardo alla soglia di punibilità, alla somma degli importi non versati alle date di scadenza comprese nell’anno e che vanno, quindi, dal 16 gennaio (per le retribuzioni del precedente mese dicembre) al 16 dicembre (per le retribuzioni corrisposte nel mese di novembre).

Quest’ultima interpretazione appare – secondo le Sezioni unite – maggiormente in linea con il contenuto letterale della norma in esame e con le finalità della stessa e consente al datore di lavoro una più agevole

⁹ Si legga sez.un., 28 maggio 2003, n. 27641 Silvestri, Rv. 224609.

¹⁰ In tal senso si sono espresse Sez. 3, 14 aprile 2015, n. 26712, Vismara, Rv. 264306; Sez. 3, 21 novembre 2013, dep. 2014, n. 19574, Assirelli, Rv. 259741; Sez. 3, 14 giugno 2011, n. 29616, Vescovi, Rv. 250529; Sez. 3, 25 settembre 2007, n. 38269, Tafuro, Rv. 237827.

individuazione delle eventuali conseguenze penali della sua condotta.

Sulla scorta delle suesposte argomentazioni i Supremi Giudici hanno enunciato il seguente principio di diritto. «In tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti, l'importo complessivo superiore ad Euro 10.000 annui, rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di punibilità, deve essere individuato con riferimento alle mensilità di scadenza dei versamenti contributivi (periodo 16 gennaio-16 dicembre, relativo alle retribuzioni corrisposte, rispettivamente, nel dicembre dell'anno precedente e nel novembre dell'anno in corso».

a cura di
Andrea Alberico
 Dottore di Ricerca in Diritto Penale - Avvocato

Rassegna di legittimità

Cosa giudicata - In genere - Annullamento con rinvio - Giudizio di cassazione che segue il giudizio di rinvio - Sopravvenuta dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale della norma incriminatrice - Modifica del trattamento sanzionatorio in senso più favorevole all'imputato - Dichiarazione di estinzione del reato per prescrizione - Possibilità - Fattispecie

La formazione progressiva del giudicato connessa all'annullamento con rinvio disposto ai soli fini della rideterminazione della pena non preclude la possibilità di far valere, o di rilevare di ufficio, nel successivo giudizio di cassazione in cui sia impugnata la sentenza emessa all'esito del giudizio di rinvio, l'estinzione del reato per prescrizione, maturata prima della pronuncia di annullamento, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice contestata che abbia determinato la modifica del regime sanzionatorio in senso più favorevole all'imputato. (Fattispecie relativa alla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 181, comma 1-bis, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, in tema di illeciti paesaggistici, da parte della sentenza della Corte costituzionale n. 56 del 2016 – intervenuta dopo la proposizione del secondo ricorso per cassazione – con conseguente riqualificazione del reato come contravvenzione ai sensi dell'art. 181, comma 1, stesso d.lgs.).

Cass., sez. 4, sentenza 6 febbraio 2018, n. 12640
 (dep. 19 marzo 2018), Rv. 272244
 Pres. Ciampi, Rel. Dove, Imp. Gravagno, P.M. Marinelli (Diff.)
 (Annulla senza rinvio, App. Napoli, 23 novembre 2015)

Difesa e difensori - Sostituto del difensore - Sostituto processuale del procuratore speciale nominato dalla persona offesa - Potere di costituzione di parte civile - Condizioni

Il sostituto processuale del difensore al quale il danneggiato abbia rilasciato procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale non ha la facoltà di costituirsi parte civile, salvo che detta facoltà sia stata espressamente conferita nella procura ovvero che la costituzione in udienza avvenga in presenza del danneggiato, situazione questa che consente di ritenere la costituzione come avvenuta personalmente.

Cass., sez. un., sentenza 21 dicembre 2017, n. 12213
 (dep. 16 marzo 2018), Rv. 272169
 Pres. Canzio Rel. Andreazza, Imp. Zucchi e altri, P.M. Baldi (Conf.)
 (Annulla senza rinvio, App. Bologna, 20 gennaio 2017)

Indagini preliminari - Chiusura delle indagini - Archiviazione - Richiesta del pubblico ministero - Opposizione della persona offesa - Opposizione ex art. 411, comma 1-bis, c.p.p. - Contenuto - Indicazione - Differenze rispetto all'opposizione ex art. 410, comma 1, c.p.p. - Ragioni

In tema di opposizione alla richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, la persona offesa è tenuta ad indicare, a pena di inammissibilità, le "ragioni del dissenso" rispetto alla sussumibilità della condotta nell'ipotesi di cui all'art. 131-bis, c.p. e non necessariamente, come invece richiesto dall'art. 410, comma 1, c.p.p. per l'opposizione alla richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato, le indagini suppletive e i relativi mezzi di prova, stante la diversità tra le due ipotesi di archiviazione e le ragioni poste a sostegno delle stesse.

Cass., sez. 4, sentenza 29 novembre, 2017, n. 10402
 (dep. 07 marzo 2018), Rv. 272237
 Pres. Blaiotta, Rel. Cenci, Imp. P.O. in proc. Nucu e altro, P.M. Perelli (Conf.)
 (Annulla senza rinvio, G.I.P. Trib. Latina, 11 maggio 2017)

Lavoro – Prevenzione infortuni – Sul lavoro – Normativa antinfortunistica – Appalto – Responsabilità del committente – Obblighi – Indicazione – Fattispecie

In tema di infortuni sul lavoro, il committente, nei cantieri temporanei o mobili in cui sia prevista la presenza (anche non contemporanea) di più imprese esecutrici, ha l'obbligo: 1) di elaborare il documento unico di valutazione dei rischi di cui all'art. 26, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2008; 2) di nominare il coordinatore per la progettazione dell'opera di cui agli artt. 89, comma 1, lett. e), e 91 d.lgs. n. 81 del 2008 (CSP), deputato a redigere il piano di sicurezza e coordinamento (PSC); 3) di nominare il coordinatore per l'esecuzione dei lavori, di cui agli artt. 89, comma 1, lett. f) e 92 d.lgs. n. 81 del 2008 (CSE), deputato a verificare l'idoneità del piano operativo di sicurezza di ciascuna impresa, sia in relazione al PSC che in rapporto ai lavori da eseguirsi. (In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità, per il reato di omicidio colposo, degli amministratori della società committente dei lavori, in conseguenza dell'infortunio sul lavoro occorso a un dipendente della società alla quale la subappaltatrice della prima affidataria dei lavori aveva a sua volta subappaltato i lavori, in ragione della mancata nomina del CSE e delle gravissime carenze dei POS delle imprese esecutrici).

Cass., sez. 4, sentenza 25 gennaio 2018, n. 10544

(dep. 08 marzo 2018), Rv. 272239

Pres. Di Salvo, Rel. Pezzella, Imp. Scibilia e altri, P.M. Baldi (Parz. Diff.)

(Rigetta, App. Milano, 04 aprile 2016)

Lavoro – Prevenzione infortuni – Sul lavoro – Normativa antinfortunistica – Subappalto – Responsabilità del datore di lavoro dell'impresa affidataria, a sua volta appaltatrice – Obblighi – Indicazione

In tema di infortuni sul lavoro, in caso di subappalto, il datore di lavoro dell'impresa affidataria deve verificare le condizioni di sicurezza dei lavori affidati, la congruenza dei piani operativi di sicurezza (POS) delle imprese esecutrici rispetto al proprio, nonché l'applicazione delle disposizioni del piano di sicurezza e coordinamento (PSC), con la conseguenza che in mancanza di quest'ultimo, egli deve attivarsi richiedendolo immediatamente al committente oppure rifiutandosi di conferire il subappalto.

Cass., sez. 4, sentenza 25 gennaio 2018, n. 10544

(dep. 08 marzo 2018), Rv. 272240

Pres. Di Salvo, Rel. Pezzella, Imp. Scibilia e altri, P.M. Baldi (Parz. Diff.)

(Rigetta, App. Milano, 04 aprile 2016)

Misure cautelari – Reali – Impugnazioni – Cassazione – In Genere – Provvedimento di sequestro preventivo – Ordinanza di annullamento in sede di riesame – Ricorso per cassazione – Parte civile – Legittimazione – Esclusione

In tema di sequestro conservativo, la parte civile non è legittimata a proporre ricorso in cassazione avverso l'ordinanza del riesame che ha annullato il sequestro disposto in prima istanza. (In motivazione, la Corte ha affermato che la limitazione dei mezzi di impugnazione non è in contrasto né con l'art. 24 Cost., né con la direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, in quanto il sistema processuale penale e civile, complessivamente considerato, garantisce alla vittima del reato appropriati strumenti di tutela dei propri diritti).

Cass., sez. un., sentenza 28 settembre 2017, n. 15290

(dep. 05 aprile 2018), Rv. 272254

Pres. Conti, Rel. De Crescenzo, Imp. P.C. in proc. Pino, P.M. Cuomo (Diff.)

(Annulla senza rinvio, Trib. Lecce, 17 maggio 2016)

Misure cautelari – Reali – Impugnazioni – Riesame – Procedimento – Sequestro conservativo richiesto dalla parte civile – Avviso di fissazione dell'udienza di riesame – Omessa notifica alla parte civile – Conseguenze – Nullità – Sussistenza

In tema di sequestro conservativo, l'avviso della fissazione dell'udienza per la decisione sulla richiesta di riesame proposta dall'imputato deve essere dato anche alla parte civile che ha richiesto ed ottenuto l'emissione del relativo provvedimento, al fine di assicurargli la possibilità di esporre le ragioni a sostegno della legittimità del provvedimento cautelare emesso in prima istanza. (In motivazione la Corte ha precisato che, qualora non riceva l'avviso, la parte civile è legittimata a proporre ricorso per cassazione contro l'ordinanza che ha annullato o revocato il sequestro conservativo al solo scopo di far accertare la nullità ex art. 178, comma primo, lett. c), c.p.p., conseguente alla lesione del diritto di intervento della parte privata).

Cass., sez. un., sentenza 28 settembre 2017, n. 15290

(dep. 05 aprile 2018), Rv. 272253

Pres. Conti, Rel. De Crescenzo, Imp. P.C. in proc. Pino, P.M. Cuomo (Diff.)

(Annulla senza rinvio, Trib. Lecce, 17 maggio 2016)

Misure cautelari – Reali – Sequestro preventivo – In genere – Reati tributari commessi dall'amministratore di una persona giuridica – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti dell'autore del reato – Previa valutazione sommaria dell'impossibilità di reperire presso la persona giuridica il profitto del reato – Necessità

In caso di reati tributari commessi dall'amministratore di una società, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente può essere disposto, nei confronti dello stesso, solo quando, all'esito di una valutazione allo stato degli atti sullo stato patrimoniale della persona giuridica, risulti impossibile il sequestro diretto del profitto del reato nei confronti dell'ente che ha tratto vantaggio dalla commissione del reato.

Cass., sez. 4, sentenza 24 gennaio 2018, n. 10418
(dep. 07 marzo 2018), Rv. 272238
Pres. Blaiotta, Rel. Pezzella, Imp. Rubino, P.M. Cardia (Diff.)
(Annulla con rinvio, Trib. lib. Brindisi, 08 settembre 2017)

Notificazioni – All'imputato – Domicilio dichiarato o eletto – In genere – Ammissione al patrocinio dello Stato – Elezione di domicilio contenuta nell'istanza – Operatività nel procedimento principale – Sussistenza – Espresa volontà dell'imputato di limitare gli effetti della dichiarazione al procedimento incidentale – Rilevanza – Esclusione – Ragioni

L'elezione di domicilio contenuta nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato opera anche nel procedimento principale per cui il beneficio è richiesto, a nulla rilevando l'espresa volontà dell'imputato di limitarne gli effetti esclusivamente al procedimento incidentale, in quanto, ai sensi dell'art. 161 c.p.p., non sono consentite parcelizzazioni degli effetti delle dichiarazioni di domicilio effettuate nell'ambito di uno stesso procedimento.

Cass., sez. 4, sentenza 13 febbraio 2018, n. 12243
(dep. 16 marzo 2018), Rv. 272246
Pres. Piccialli, Rel. Pezzella, Imp. Villani, P.M. Gaeta (Diff.)
(Dichiara inammissibile, App. Roma, 14 gennaio 2014)

Previdenza e assistenza (assicurazioni sociali) – Contributi – Omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali – Modifiche apportate dal d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8 – Nuova soglia di punibilità annua – Determinazione dell'ammontare delle ritenute omesse – Criteri

In tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti, l'importo complessivo superiore ad euro 10.000 annui, rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di punibilità, deve essere individuato con riferimento alle mensilità di scadenza dei versamenti contributivi, che sono quelle incluse nel periodo 16 gennaio - 16 dicembre, relativo alle retribuzioni corrisposte, rispettivamente, nel dicembre dell'anno precedente e nel novembre dell'anno in corso.

Cass., sez. un., sentenza 18 gennaio 2018, n. 10424
(dep. 07 marzo 2018), Rv. 272163
Pres. Fumo, Rel. Ramacci, Imp. Del Fabro, P.M. Iacoviello (Diff.)
(Annulla con rinvio, App. Trieste, 14 luglio 2016)

Reati contro la pubblica amministrazione – Delitti – Dei privati – Incanti – Turbata libertà degli incanti – Configurabilità del reato – Gara informale – Sussistenza – Condizioni – Necessità della previa indicazione dei criteri di selezione e di presentazione delle offerte

Il reato di turbata libertà degli incanti è configurabile in ogni situazione in cui la pubblica amministrazione procede all'individuazione del contraente mediante una gara, quale che sia il nomen iuris adottato ed anche in assenza di formalità, a condizione che siano previamente indicati e resi noti i criteri di selezione e di presentazione delle offerte; ne consegue che deve escludersi la configurabilità di una gara allorché, nonostante la pluralità di soggetti interpellati, ciascuno presenti indipendentemente la propria offerta e l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati.

Cass., sez. 6, sentenza 13 aprile 2017, n. 9385
(dep. 01 marzo 2018), Rv. 272227
Pres. Fidelbo, Rel. Giordano, Imp. Giugliano, P.M. Canevelli (Parz. Diff.)
(Rigetta, Trib. lib. Genova, 07 febbraio 2017)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Abuso di ufficio: attenuante di lieve entità – Riconoscimento – Presupposti

(art. 323-bis c.p.)

La circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis c.p. in tema di delitti contro la P.A. ricorre quando il reato valutato nella sua globalità, presenti una gravità contenuta, dovendosi a tal fine considerare non soltanto l'entità del danno economico o del lucro conseguito, ma ogni caratteristica della condotta, dell'atteggiamento soggettivo dell'agente e dell'evento da questi determinato.

Tribunale Nola, coll D), sentenza 22 gennaio 2018, n. 183, Pres. De Luca, Est. Carbone

Abuso di ufficio – Falso ideologico in atto pubblico: assorbimento – Esclusione – Previsione del concorso materiale

(art. 323 c.p. – 476 c.p.)

Sussiste concorso materiale e non assorbimento tra il reato di falso ideologico in atto pubblico quello di abuso di ufficio, in quanto offendono beni giuridicamente distinti; il primo infatti mira a garantire la genuinità degli atti pubblici, il secondo tutela l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione. Pertanto, mentre tra gli stessi ben può sussistere nesso teleologico (in quanto il falso può essere consumato per commettere il delitto di cui all'art. 323 c.p.), la condotta dell'abuso di ufficio certamente non si esaurisce in quella del delitto di falso in atto pubblico né coincide con essa.

Tribunale Nola, coll D), sentenza 22 gennaio 2018, n. 183, Pres. De Luca, Est. Carbone

Associazione per delinquere: reati fine – Prova – Criteri di accertamento – Differenze con concorso di persone nel reato

(art. 416 c.p. – 110 c.p.)

Dal punto di vista della prova, quando vengono commessi delitti rientranti nel programma, il giudice può legittimamente argomentare dalla loro consumazione, dalle specifiche modalità esecutive, dalla loro ripetizione, dai contatti tra gli autori, dall'uniformità delle condotte, specie se protratte per un tempo apprezzabile, per valutare gli elementi dimostrativi dell'esistenza dell'associazione. Di qui la differenza con il concorso di persone in cui l'accordo si realizza in via occasionale e accidentale per il compimento di uno o più reati determinati, con la realizzazione dei quali si esaurisce, mentre nel reato associativo l'accordo criminoso è diretto all'attuazione di un più vasto programma che precede e contiene gli accordi concernenti la realizzazione di singoli crimini che permane dopo la realizzazione di ciascuno di essi.

Tribunale Nola, coll. A), sentenza 9 gennaio 2018, n. 24, Pres. Est. Gentile

Diffamazione: pluralità di persone – Esclusione della p.o.

(art. 595 c.p.)

Perché sussista la configurabilità del reato di diffamazione che la attribuzione di un fatto determinato ad un soggetto debba essere rivolta a più persone e quindi, dovendosi escludere da tale novero le persone offese.

Giudice Pace Nola, Dr. Turco, sentenza 2 marzo 2018, n. 54

Diffamazione: diritto di critica – Scriminante

(art. 595 c.p.)

Sussiste nel socio che viene reso edotto di fatti contabili di bilancio contrastanti con la negatività di cassa, il diritto

di contestare tali fatti ai soci ed il diritto di avere chiarimenti, per cui la missiva inviata alle p.o nel legittimo diritto di critica degli eventi contabili emersi esclude il reato di diffamazione.

Giudice Pace Nola, Dr. Turco, sentenza 2 marzo 2018, n. 54

Falsità: falso ideologico in atto pubblico – Verbale di contravvenzione del V.U. – Sussistenza del reato

(art. 476 c.p.)

Integra la condotta di falso ideologico in atto pubblico, la condotta del p.u. che, in qualità di vigile urbano, compili, in distinte occasioni, verbali di contravvenzione, contenenti attestazioni ideologicamente false. Sussiste la circostanza aggravante di cui all'art. 476 c. 2 c.p., in caso di falso ideologico di preavviso di accertamento redatto da agente della polizia municipale, trattandosi di atto pubblico che fa fede fino a querela di falso dei fatti caduti sotto la percezione diretta dell'autore o che siano dallo stesso riferiti.

Tribunale Nola, coll D), sentenza 22 gennaio 2018, n. 183, Pres. De Luca, Est. Carbone

Truffa: condotta fraudolenta – Precedente alla induzione in errore – Necessità

(art. 640 c.p.)

Nel delitto di truffa, la condotta fraudolenta consistente negli artifici e raggiri, deve necessariamente precedere l'induzione in errore ed il conseguimento dell'ingiusto profitto.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 26 gennaio 2018, n. 250

Truffa contrattuale: presupposti

(art. 640 c.p.)

Il delitto di truffa contrattuale infatti, si realizza per il solo fatto che la parte sia addivenuta alla stipulazione del contratto, che altrimenti non avrebbe stipulato, in ragione degli artifici e raggiri posti in essere dall'agente, volti a minimizzare i rischi ed a non rivelare con completezza tutti gli elementi dell'operazione commerciale proposta alla controparte, traendo consapevolmente vantaggio, ai fini della vendita medesima, dall'inesperienza e dalla ignoranza in materia del compratore.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 26 gennaio 2018, n. 250

Truffa contrattuale: compravendita – Condotta dell'acquirente – Conoscenza dell'insolvenza in capo al venditore – Esclusione del reato

(art. 640 c.p.)

In tema di truffa contrattuale commessa mediante la compravendita di merci, non costituisce artificio o raggiro, ma mero inadempimento civilistico, la condotta dell'acquirente che, nel contesto di un rapporto commerciale con il fornitore protrattosi per un apprezzabile lasso di tempo e caratterizzato da ordinativi non pagati o pagati con titoli protestati, si presenti nuovamente dal medesimo chiedendo ed ottenendo di pagare l'arretrato in contanti e di acquisire altra merce a debito, senza peraltro saldare, alla scadenza l'ulteriore importo dovuto, atteso che il comportamento di detto acquirente difetta di qualsivoglia carica decettiva, a fronte della piena consapevolezza, da parte del fornitore, di operare con un cliente mostrandosi ripetutamente insolvente.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 26 gennaio 2018, n. 250

CODICE PROCEDURA PENALE

Dichiarazioni indizianti: inutilizzabilità erga omnes – Presupposti

(art. 63 c.p.p.)

Le dichiarazioni di persone che fin dall'inizio avrebbero dovuto essere sentite nella qualità di indagati sono inutilizzabili erga omnes. Tuttavia la verifica della sussistenza di tale qualità va effettuata, non secondo un criterio personale (esistenza notitia criminis, iscrizione registro indagati), ma secondo il criterio sostanziale della qualità oggettiva attribuibile al soggetto in base alla situazione palesata al momento in cui le dichiarazioni sono state rese. A tal fine rilevano gli indizi non equivoci di reità sussistenti prima della escussione del soggetto a cura dell'Autorità procedente. Tali indizi peraltro, non derivano dal fatto che i dichiaranti risultano coinvolti in vicende potenzialmente suscettibili di dar luogo ad una formulazione di condotte penali a loro carico occorrendo invece che tali vicende presentino caratteristiche tali da non poter fornire oggetto di ulteriori indagini se non postulando necessariamente l'esistenza di responsabilità penali a carico di tutti i soggetti coinvolti.

Tribunale Nola, coll. A), sentenza 9 gennaio 2018, n. 24, Pres. Est. Gentile

Esecuzione della pena detentiva: sospensione ordine di carcerazione per pena superiore a tre anni ed inferiore a quattro – Declaratoria incostituzionalità – Effetti

(art. 656 c. 5 c.p.p.)

A seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 656 c. 5 c.p.p., sancita dalla Corte Costituzionale con sentenza del 6/2/2018, gli ordini di carcerazione emessi nei confronti di condannati a pena detentiva superiore a tre anni e non superiore a quattro anni conservano piena validità posto che la Consulta si è limitata ad intervenire sul quinto comma dell'articolo 656 c.p.p. «nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni anziché a quattro anni», il che comporta che non sull'ordine di esecuzione debba intervenire il PM – vieppiù attraverso l'esercizio di un non conferente potere di revoca di un suoprovedimento – ma attraverso l'emissione del decreto di sospensione che è dovuto, per effetto dell'intervento sulla norma del Giudice costituzionale, e che, ove ne ricorrano le condizioni, garantisce lo stato di libertà nel quale il condannato deve versare per godere del suo spaziuz deliberandi.

Procura Generale di Napoli, P.G. dr.ssa Della Pietra, decreto 20 aprile 2018, n. 470

Esecuzione della pena detentiva: sospensione ordine di carcerazione per pena superiore a tre anni ed inferiore a quattro – Declaratoria incostituzionalità – Rapporto esecutivo definitivo – Nozione e presupposti

(art. 656 c. 5 c.p.p.)

L'esecuzione della pena implica l'esistenza di un rapporto esecutivo, che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena; dunque sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque devono essere rimossi; se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale.

Il concetto di esaurimento del rapporto non può che riguardare l'intervento di una decisione sulla misura alternativa da parte del Giudice della sorveglianza – al di là del tema della definizione di incidente di esecuzione da parte del suo Giudice.

Procura Generale di Napoli, P.G. dr.ssa Della Pietra, decreto 20 aprile 2018, n. 470

Intercettazioni: valore probatorio nei confronti di soggetti terzi – Valutazione e giudizio di attendibilità – Criteri

(art. 267 – 268 c.p.p.)

In merito al valore da attribuire alle intercettazioni, premesso che le stesse consentono di raccogliere in diretta gli elementi a carico dei vari personaggi protagonisti delle stesse fotografandone le condotte in tempo reale, va rilevato che valore probatorio indiscutibile le stesse assumono anche nei confronti di soggetti terzi, vale a dire di persone che vengono menzionate nelle intercettazioni, ma che in quel momento non hanno partecipato materialmente alle conversazioni registrate. La valenza dimostrativa delle affermazioni e delle notizie recepite con lo strumento delle intercettazioni, con riferimento al coinvolgimento di tali persone in attività illecite, è certamente superiore a quella di una qualsiasi usuale “chiamata di correo” effettuata nel corso di un'attività formale di interrogatorio di indagato, essendo del tutto percepibile la diversa attendibilità probatoria che deriva a tali dichiarazioni dall'essere state captate dalla p.g. all'insaputa delle persone intercettate. È chiaro che è maggiore la valenza probatoria di un dialogo laddove a parlare sia la stessa persona nei cui confronti si utilizzino, in chiave probatoria, le affermazioni oggetto di registrazione. Peraltro, allorchè due o più soggetti si riferiscono ad un terzo, ugualmente il valore probatorio di tale atto è da ritenersi elevatissimo (salvo la comprovata circostanza o la ragionevole probabilità che, nella consapevolezza dell'attività cui sono soggetti, gli interlocutori abbiano inteso preconstituire false prove a carico del terzo estraneo alla conversazione). Naturalmente quando due o più soggetti, comunque, riferiscano nel corpo della conversazione fatti illeciti nei quali essi stessi risultano coinvolti, tali ipotesi devono ritenersi escluse. L'efficacia rappresentativa delle intercettazioni telefoniche in ordine ai fatti da provare è stata infatti da sempre posta dalla giurisprudenza e dalla dottrina proprio sulla affidabilità che viene riconosciuta a tale mezzo di prova, di per sé generalmente insuscettibile di essere inquinato da secondi fini del dichiarante, sia esso teste o coimputato, o dall'attività di terzi sull'autore delle involontarie provalazioni. In generale tali acquisizioni non scontano ab origine il pregiudizio sull'attendibilità che si ricava invece dalla regola valutativa imposta dall'art. 192 c. 3 c.p.p., valevole per le chiamate di correo in senso tecnico, in quanto la loro conoscibilità da parte di persone diverse da coloro tra le quali venivano scambiate le informazioni e le notizie captate non rientrava affatto tra gli scopi delle stesse persone intercettate.

Tribunale Nola, coll. A), sentenza 9 gennaio 2018, n. 24, Pres. Est. Gentile

Sequestro probatorio: riesame – Fumus commissi delicti – Potere del Tribunale

(art. 253 c.p.p.)

In sede di riesame del sequestro probatorio, il Tribunale è chiamato a verificare l'astratta configurabilità del reato ipotizzato, valutando il "fumus commissi delicti" in relazione alla congruità degli elementi rappresentati, non già nella prospettiva di un giudizio di merito sulla concreta fondatezza dell'accusa, bensì con esclusivo riferimento alla idoneità degli elementi, su cui si fonda la notizia di reato, a rendere utile l'espletamento di ulteriori approfondimenti – per acquisire prove certe o ulteriori del fatto – non altrimenti esperibili senza la sottrazione del bene all'indagato o il trasferimento di esso nella disponibilità dell'A.G.

Tribunale Napoli, sezione Riesame, ordinanza 11 aprile 2018, n. 237

Sequestro probatorio: procedura di riesame – Relazione di immediatezza tra res e illecito – Accertamento – Criteri

(art. 253 c.p.p.)

Il Tribunale del Riesame di un sequestro probatorio deve accertare l'esistenza del vincolo tra il reato ipotizzato ed i diversi beni o le diverse categorie di beni oggetto del provvedimento di sequestro e va riconosciuta la legittimità del sequestro probatorio ove risulti accertata l'esistenza di una relazione di immediatezza, come descritta nel secondo comma dell'art. 253 c.p.p., tra le cose sequestrate e l'illecito penale contestato.

Tribunale Napoli, sezione Riesame, ordinanza 11 aprile 2018, n. 237

Utilizzabilità atti: verbali ispezioni – Acquisibilità ed utilizzabilità in giudizio

(art. 234 - 238 c.p.p.)

Sono acquisibili e pienamente utilizzabili i verbali di ispezione svolta da pubblici funzionari ovvero atti amministrativi extraprocessuali acquisibili al procedimento penale ex art. 234 c.p.p. e comunque utilizzabili ex art. 238 c.p.p. limitatamente ai dati oggettivi constatati in quanto suscettibili di modifica nel tempo per effetto di comportamenti umani o naturali.

Tribunale Nola, coll. A), sentenza 9 gennaio 2018, n. 24, Pres. Est. Gentile

Valutazione della prova: dichiarazioni della persona offesa costituita parte civile – Criteri

(art. 192 c.p.p.)

Le dichiarazioni della p.o. costituita parte civile, possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. A tal fine è necessario che il Giudice indichi le emergenze processuali determinanti per la formazione del suo convincimento, consentendo così l'individuazione dell'iter logico-giuridico che ha condotto alla soluzione adottata.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 22 gennaio 2018, n. 183, Pres. De Luca, Est. Carbone

LEGGI PENALI SPECIALI**Circolazione stradale: localizzazione satellitare – Valutazione probatoria nei giudizi penali**

(art. 145-bis d.lgs. 209/05)

L'espressa limitazione della sfera di applicabilità della norma di cui all'art. 145-bis d.lgs. 209/2005 introdotto dall'art. 1 c. 20 L. 124/2017, ai soli provvedimenti civili, non consente di ipotizzare alcuna ricaduta della stessa sui procedimenti penali, rispetto ai quali resta fermo il principio giurisprudenziale della libera valutabilità dei dati offerti dalla scatola nera da parte del Giudice ai fini della formazione del suo libero convincimento (la localizzazione mediante il sistema di rilevamento satellitare – cosiddetta gps – degli spostamenti di una persona nei cui confronti siano in corso indagini, costituisce un'attività investigativa atipica, assimilabile al pedinamento, i cui risultati possono entrare nella valutazione probatoria del giudice attraverso la testimonianza degli ufficiali di polizia giudiziaria).

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 22 gennaio 2018, n. 183, Pres. De Luca, Est. Carbone

Confisca per equivalente: reati tributari – Condizioni e presupposti

(art. 12-bis d.lgs. 74/2000)

In tema di reati tributari, per accertare l'ammontare dell'imposta evasa ai fini della verifica del superamento delle soglie di punibilità, le regole stabilite dalla legislazione fiscale per quantificare l'imponibile subiscono limitazioni che derivano dalla diversa finalità dell'accertamento tributario, con la conseguenza che i costi non contabilizzati debbono

essere considerati solo in presenza di allegazioni fattuali da cui si desuma la certezza o comunque il ragionevole dubbio della loro esistenza.

Tribunale Nola, GM Bardi, sentenza 15 gennaio 2018, n. 110

Immigrazione: assunzione di stranieri privi di permesso di soggiorno – Dichiarazione di regolarità del lavoratore – Irrilevanza – Onere di verifica in capo al datore di lavoro

(art. 22 c. 12 d.lgs. 286/98)

La norma di cui all'art. 22 c. 12 d.lgs. 286/1998 vieta al datore di lavoro di "occupare" alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, così attribuendo rilievo all'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa, piuttosto che al momento della costituzione del rapporto. La norma inoltre, dal punto di vista soggettivo, neppure prevede che l'autore del reato persegua finalità di ingiusto profitto. La struttura del reato non esige, tra i presupposti, un dolo specifico del fine del profitto, bensì solamente il dolo generico, cioè il fatto di occupare un cittadino straniero irregolarmente presente sul territorio italiano, perché sprovvisto del permesso di soggiorno.

La responsabilità del datore di lavoro non è esclusa – a fronte di una situazione di irregolare presenza sul territorio dello Stato – dal fatto che il lavoratore abbia dichiarato circostanze diverse, che è comunque onere del datore di lavoro verificare.

Tribunale Nola, G.M. De Luca, sentenza 31 gennaio 2018, n. 308

Immigrazione: assunzione di stranieri privi di permesso di soggiorno – Presupposti

(art. 22 c. 12 d.lgs. 286/98)

Ai fini della sussistenza del reato occorre solo che il permesso di soggiorno, che il lavoratore abbia anche la possibilità di richiedere ed ottenere, non fosse stato ancora rilasciato al momento dell'accertamento.

Tribunale Nola, G.M. De Luca, sentenza 31 gennaio 2018, n. 308

Stupefacenti: vendita marijuana con principio attivo superiore a quello consentito dalla l. 242/16 – Applicabilità dell'art. 73 d.P.R. 309/90

(l. 242/16 – d.P.R. 309/90)

La condotta di messa in vendita di marijuana con principio attivo superiore ai canoni previsti dalla l. 242/16 è, dunque, correttamente riconducibile alla previsione normativa di illegale detenzione finalizzata al commercio di sostanza stupefacente del tipo marijuana, prevista e sanzionata proprio dall'art. 73 d.P.R. 309/90.

Tribunale Napoli, sezione Riesame, ordinanza 11 aprile 2018, n. 237

Diritto amministrativo

APPALTI INTELLIGENTI, SOSTENIBILI E INCLUSIVI	314
di Olga Russo	
L'IMPRATICABILITÀ DEL CONCETTO DI GIURISDIZIONE "DINAMICA". <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 29 dicembre 2017, n. 31226</i>	329
di Francesco Langella	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	333
a cura di Almerina Bove	



Appalti intelligenti, sostenibili e inclusivi

abstract

The present paper aims to analyse, by virtue of a first general and all-encompassing approach, the intelligent, inclusive and sustainable completion of the new Italian Public Contracts Code, by means of the composition and interaction of the various national as well as EU regulatory provisions.

keywords

Contracts – Public contracts – Intelligence – Inclusiveness – Sustainability – Europe 2020 – Environment – Social clause – Innovation.

abstract

Il presente contributo intende analizzare, con un primo approccio generale e panoramico, la finalizzazione intelligente, inclusiva e sostenibile del nuovo codice dei contratti pubblici, attraverso la composizione e l'interazione delle varie disposizioni normative, sia nazionali che comunitarie¹.

parole chiave

Appalti – Contratti pubblici – Intelligenza – Inclusività – Sostenibilità – Europa 2020 – Ambiente – Clausole sociali – Innovazione.

sommario

1. Intelligenza, sostenibilità ed inclusività economica. – **2.** Appalti sostenibili. – **2.1.** La sostenibilità quale metodologia di sistema. – **2.2.** La struttura sostenibile del nuovo codice dei contratti pubblici. – **3.** Appalti inclusivi. – **3.1.** La flessibilità delle clausole sociali. – **4.** Appalti intelligenti. Il principio dell'innovazione.

1. Intelligenza, sostenibilità ed inclusività economica

Il nuovo codice dei contratti pubblici, introdotto con d.lgs. 50 del 18/4/2016, è intitolato «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino

della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Dato l'espresso riferimento al procedimento attuativo della fonte comunitaria, è opportuna una preliminare lettura delle statuizioni delle direttive ai fini della comprensione delle scelte normative interne. Il tritico normativo europeo, innanzitutto, attua la strategia "Europa 2020"². Infatti, la Direttiva 2014/24³, al considerando n. 2, è esplicita nello statuire che «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» ("strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva"), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici». La Strategia Europa 2020 ha un *quid pluris* rispetto a tutti gli strumenti sino ad oggi emanati poiché la sostenibilità non è più il tutto ma è diventata parte di un tutto maggiore, composto di intelligenza, sostenibilità ed inclusione.

Al considerando n. 95 della direttiva si ribadisce che «È d'importanza fondamentale sfruttare pienamente il potenziale degli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». L'impatto economico della direttiva è immediato. Gli appalti sono, infatti, acquisizioni della P.A., strumentali allo svolgimento delle funzioni pubbliche, e le Amministrazioni rappresentano una categoria importante di consumatori, con un'enorme potenza economica; gli appalti pubblici creano domanda. Pertanto, il settore della contrattualistica pubblica è decisivo per il rilancio produttivo ed il controllo della spesa pubblica⁴.

² /* COM/2010/2020 def. */. Il testo integrale della Comunicazione contenente la strategia è reperibile su <http://eur-lex.europa.eu>.

³ «Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE»

⁴ Così A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 5, 1127.

¹ Alcuni rilievi scaturiscono da riflessioni già rappresentate in sede di elaborazione della tesi di dottorato nonché in successivi contributi personali.

Ancora, il considerando n. 123 della medesima direttiva prevede che «Al fine di sfruttare appieno il potenziale degli appalti pubblici nel conseguimento degli obiettivi della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, anche gli appalti in materia ambientale, sociale e di innovazione dovranno fare la loro parte».

Europa 2020 appare costruita come una vera e propria strategia aziendale il cui processo manageriale di creazione ed esecuzione strategica si sviluppa attraverso le fasi di descrizione di un piano, definizione di obiettivi e delle modalità per il loro conseguimento, efficace ed efficiente introduzione e implementazione della strategia scelta, valutazione della performance e introduzione di eventuali misure correttive. La prima parte della Strategia analizza la situazione di crisi dell'Europa, le motivazioni e le promesse per il futuro: «Che Europa vogliamo nel 2020? Europa 2020 deve essere incentrata su tre priorità: – crescita intelligente – sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; – crescita sostenibile – promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva; – crescita inclusiva – promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione, che favorisca la coesione economica, sociale e territoriale».

L'oggetto della triade è l'economia. È alla promozione e allo sviluppo di essa che si mira. Anzi, ad una più attenta lettura, l'economia è il vero e proprio soggetto, è il perno attorno a cui ruota ogni decisione.

L'intelligenza, la sostenibilità e l'inclusività diventano solo sue aggettivazioni. La gravidanza delle parole della strategia evidenzia la realtà nascosta e rilevante delle politiche.

2. Appalti sostenibili

2.1. La sostenibilità quale metodologia di sistema

Una delle priorità della Strategia Europa 2020 è la «crescita sostenibile – promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva»⁵.

La sostenibilità è legata all'efficienza.

Delle tre “E” non è un caso che sia l'efficienza a caratterizzare le azioni per la sostenibilità; in economia, infatti, l'efficienza consiste nell'utilizzo in maniera economica delle risorse a propria disposizione⁶. La Strategia, allora, lega l'efficienza alle risorse. Ancora una volta è l'economia a dover divenire sostenibile. La sostenibilità, dunque, introduce un nuovo modello economico, in grado di prendere in considerazione la

compatibilità tra attività economiche e ambiente naturale, il modello si basa sull'idea che attraverso la conservazione delle risorse o la loro sostituibilità si possa avere una crescita che duri nel tempo, purché si tenga conto dell'interdipendenza tra attività economiche e ambiente naturale⁷.

Cosa significa sostenibilità? “Sostenibile” deriva dal lat. *sustineo, es* (unione di *sub* e *tineo*), cioè “sostenere, reggere”, ma anche “trattenere” e “protrarre”; per cui, la sostenibilità ha in sé l'idea della solidità e della sua conservazione nel lungo periodo. Lo sviluppo sostenibile⁸ è «lo sviluppo che è in grado di soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere la possibilità che le generazioni future riescano a soddisfare i propri»; la definizione di sviluppo sostenibile unicamente accettata come punto di riferimento è quella contenuta nel Rapporto della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo, *Our Common Future* (Rapporto *Brundtland*), pubblicato nel 1987⁹.

⁷ R. PASCA DI MAGLIANO, *Economia e Politica internazionale*, Roma, 2017, 22-23.

⁸ In dottrina, sullo sviluppo sostenibile, v. P. FOIS, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, disponibile su rqda.eu; A. BOYLE, D. FREESTONE, *International Law and Sustainable Development*, Oxford, 1999. In una visione comparata, v. G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, in Trattato di diritto dell'ambiente, vol. I, Padova, 130 ss., in cui l'A. analizza il riferimento allo sviluppo sostenibile nel costituzionalismo latino-americano e lo paragona alle costituzioni europee.

⁹ Nel 1983, in seguito a una risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, fu istituita la Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo, che aveva l'obiettivo di elaborare un'agenda globale per il cambiamento”. La Commissione era presieduta dalla norvegese Gro Harlem Brundtland, e nel 1987 pubblicò un rapporto, il Rapporto *Brundtland*, che introduce la fondamentale teoria dello sviluppo sostenibile. Il Rapporto fu commissionato dalle Nazioni Unite per l'esame degli aspetti critici della relazione tra ambiente e sviluppo e la formulazione di concrete e realistiche proposte di azione per i Governi, per le Organizzazioni internazionali e i cittadini. Si precisa come quella del Rapporto *Brundtland* sia una vera e propria definizione; il concetto di sviluppo sostenibile, in effetti, si ritrova in un documento comunitario (SV6U/1/90), cioè le conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo del giugno 1990 a seguito della conferenza dei capi di Stato e di governo riuniti in sede di Consiglio a Dublino; nell'allegato II, in sede di “Imperativo in materia di ambiente” si afferma: «Desideriamo che le azioni della Comunità e degli Stati membri siano coordinate e basate sui principi dello sviluppo sostenibile e di un modo di agire preventive e precauzionale. Pertanto abbiamo adottato la seguente dichiarazione in cui sono esposti gli orientamenti per le azioni future». V., nello specifico, punti da 27 a 30 della parte I intitolata «Sustainable Development». L'intero rapporto è reperibile su: <http://www.un-documents.net>. Per la traduzione italiana, cfr. Il futuro di noi tutti/rapporto della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo, Milano, 1988. L'origine della *disputatio* sul futuro del pianeta comunemente indicata ed accettata a livello internazionale è il 1972, con l'indizione della Conferenza di Stoccolma sull'Ambiente Umano, promossa dalle Nazioni Unite con la risoluzione n. 2850 (XXVI) del 20 dicembre 1971. Prima di tale Conferenza mancava a livello internazionale la piena consapevo-

⁵ La Strategia individua due iniziative prioritarie per promuovere una crescita sostenibile: “Un'Europa efficiente sotto il profilo delle risorse” e “Una politica industriale per l'era della globalizzazione”.

⁶ Cfr. N. G. MANKIW, *Principi di economia*, ed. II, Modena, capp. 7 e 14.

lezza dell'esistenza di una crisi ambientale globale bisognosa di interventi strutturati e sistemici da parte degli Stati. Dalla Conferenza scaturì l'adozione di tre documenti non vincolanti: la Dichiarazione sull'ambiente umano (*Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*) che fissa 26 principi e guide linea politiche cui gli Stati si impegnavano ad attenersi in materia ambientale tanto a livello nazionale quanto internazionale, un Piano d'azione per l'ambiente umano (*Action Plan for Human Environment*) contenente 109 raccomandazioni operative per definire più dettagliatamente gli obiettivi della Dichiarazione, una Risoluzione contenente questioni istituzionali e finanziari. La Dichiarazione di Stoccolma è connotata di un forte antropocentrismo, evidente dalla stessa formulazione letterale dei suoi principi, tuttavia in essa l'ambiente inizia a non essere più l'insieme dei singoli elementi che lo compongono (acqua, aria, terra, etc.) ma un tutto indivisibile le cui problematiche devono essere analizzate e risolte in un contesto organico ed unitario, tanto per azioni a portata regionale che mondiale. Nella Dichiarazione del '72, però, ancora non è forte il legame tra ambiente e sviluppo che emerge a Rio nel '92; l'approccio utilizzato è più "verde" e meno "economico". Per una ricostruzione del diritto internazionale dell'ambiente, v. M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, Sezione prima (*Evoluzione, principi e fonti del diritto internazionale dell'ambiente*) e Sezione seconda (*La disciplina settoriale sulla protezione dell'ambiente*), in *Trattato di diritto dell'ambiente* (diretto da P. DELL'ANNO – E. PICOZZA), Padova, 2012, 9 ss. In seguito al Rapporto Brundtland, il concetto di sviluppo sostenibile diviene il punto di riferimento inevitabile e la principale base giuridica per l'elaborazione della normativa internazionale per la protezione dell'ambiente. Il principio della sostenibilità viene ripreso dalla Conferenza di Rio su Ambiente e Sviluppo del 1992, convocata dalle Nazioni Unite, a venti anni di distanza dall'incontro di Stoccolma, per rimarcare la necessità imprescindibile di una cooperazione internazionale rafforzata. Il "Summit della Terra", così come viene informalmente definita la conferenza, si tenne a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992. Si trattò di un evento senza precedenti anche in termini di impatto mediatico e sulle scelte politiche e di sviluppo successive. Vi parteciparono 172 governi e 108 capi di Stato o di Governo, 2.400 rappresentanti di organizzazioni non governative e oltre 17.000 persone aderirono al NGO Forum. Lo spirito è contenuto nella "Dichiarazione di Rio", uno strumento non vincolante di 27 articoli costituenti una summa dei principi fondamentali in materia di diritto internazionale dell'ambiente. La versione ufficiale tradotta in lingua italiana è reperibile su <http://www.isprambiente.gov.it>. Il Principio n. 4, in particolare, sancisce: «In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it». La tutela dell'ambiente, cioè, non deve costituire l'oggetto di una politica isolata ma deve integrarsi agli altri fattori di sviluppo. Inizia a mutare anche l'approccio della politica, teso ad azioni non più singolari e unidirezionali ma sistemiche ed integrate. In dottrina, v. L. PINESCHI, *La Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo*, in *Riv. giur. ambiente*, 3, 1992; EAD., *Tutela dell'ambiente e assistenza allo sviluppo: dalla Conferenza di Stoccolma (1972) alla Conferenza di Rio (1992)*, in *Riv. giur. ambiente*, 1994, 495. A livello europeo, lungo l'iter evolutivo della politica ambientale, la potenza del principio dello sviluppo sostenibile si esplica solo con il Trattato di Amsterdam del 1997, col quale la sostenibilità entra a far parte degli obiettivi dell'Unione europea. Anzitutto, nell'ottavo considerando del preambolo del trattato dell'Unione europea (TUE) si afferma che gli Stati membri sono «determinati a promuovere il progresso sociale ed economico dei propri popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione

dell'ambiente». Inoltre, nell'art. 2, primo comma, primo trattino, TUE si ribadisce che il primo obiettivo dell'Unione consiste nel «promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire ad uno sviluppo equilibrato e sostenibile». Contestualmente questo obiettivo è ripreso all'art. 2 TCE, che fa riferimento allo «sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e aggiunge che l'obiettivo è quello di una «crescita sostenibile e non inflazionistica». Nello specifico, l'art. 6 TCE, pure introdotto ad Amsterdam, afferma il principio di integrazione secondo cui «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'art. 3, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». Un principio pluridimensionale quale lo sviluppo sostenibile non poteva non esplicitarsi che per il tramite di un principio multilivello quale quello integrativo. È il principio di integrazione a ribaltare la visione ambientale dal "fuori", come vincolo esterno, al "dentro". L'"integrazione" porta con sé l'idea della completezza e dell'unitarietà perché significa "rendere completo" aggiungendo ciò che manca (dal lat. *integer-a-um*, "non toccato, intero, intatto", dalla rad. del v. *tangere*); ha un *quid pluris* rispetto ad un mero "inserimento" che esprime un movimento di aggiunta della cosa accessoria alla cosa principale. Il principio di integrazione, quindi, obbliga al bilanciamento degli interessi ambientali con altre politiche comunitariamente rilevanti. Per approfondimenti, in dottrina, v. R. GARABELLO, *Le novità del trattato di Amsterdam in materia di politica ambientale comunitaria*, in *Riv. giur. ambiente*, 1999, 1, 151. Nel 2000 i profili ambientali entrano a far parte della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea la quale, all'art. 37, così recita: «Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Si ricorda che inizialmente la Carta non aveva valore vincolante ma solo di documento politico; successivamente, tuttavia, è stata integrata nel Trattato di Lisbona del 2007 assurgendo a rango di diritto primario dell'Unione (art. 6. TUE: «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati»). Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel 2009, oltre le importanti modifiche di sostituzione dei precedenti Trattati vigenti con il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), sul piano ambientale si impegna, ai sensi dell'art. 3, par. 3 TUE per «lo sviluppo sostenibile dell'Europa», rafforzando il principio ed estendendone la portata. Sul Trattato di Lisbona, v. M. ALBERTON, M. MONTINI, *Le novità introdotte dal Trattato di Lisbona per la tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, 505. Per un approfondimento sulla questione ambientale, sui profili di diritto comunitario dell'ambiente e sui principi, sostanziali e procedurali, in materia, data la numerosità delle opere, ci si limiterà a richiamare gli studi più generali e la principale manualistica: P. DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano, 2004; L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, trad. it, Milano, 2002; M. MONTINI, *Unione europea e ambiente*, in *Codice dell'ambiente* (a cura di S. NESPOR e A.L. DE CESARIS), Milano, 2009; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2008; R. FERRARA, M.A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto all'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013; G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2012; B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005; S. CASSESE, *Diritto ambientale comunitario*, Milano, 1995.

L'obiettivo resta la crescita economica. Nell'introduzione al Rapporto si evidenzia, infatti, al par. 3: «*Our report, Our Common Future, is not a prediction of ever increasing environmental decay, poverty, and hardship in an ever more polluted world among ever decreasing resources. We see instead the possibility for a new era of economic growth, one that must be based on policies that sustain and expand the environmental resource base*». L'attenzione è sempre posta sulla crescita economica; è quest'ultima a doversi basare su politiche a tutela delle risorse ambientali. In altre parole, l'enfasi non è posta esclusivamente sulla tutela dell'ambiente ma le politiche ambientali sono considerate e sperimentate quali modalità attuative della crescita economica¹⁰. Il riconoscimento che le generazioni future debbano avere le stesse opportunità di quelle presenti comporta una serie di vincoli intertemporali multiformi riguardanti sia il concetto di capitale sia la sostituibilità tra i fattori della produzione¹¹.

Il passo cronologicamente successivo nell'affermazione internazionale del principio dello sviluppo sostenibile arriva, tuttavia, dieci anni dopo il Summit di Rio, con il Vertice di Johannesburg¹² la cui Dichiarazione finale è espressamente intitolata, a differenza

degli strumenti politici precedenti, allo sviluppo sostenibile¹³, e riconosce chiaramente l'esistenza di tre componenti nel concetto di sviluppo sostenibile: la sostenibilità economica, la sostenibilità ambientale e la sostenibilità sociale¹⁴. Lo sviluppo sostenibile va oltre il PIL e lo supera. Pertanto, lo sviluppo sostenibile va concepito in senso sistemico, che abbracci, cioè, tutti gli ambiti che direttamente e indirettamente coinvolgono gli esseri umani e le loro creazioni politiche. A vent'anni dal primo "summit sulla terra" di Rio, si è tenuta nel 2012, nella stessa località, una nuova Conferenza organizzata dall'ONU, dedicata allo sviluppo sostenibile e meglio conosciuta come "Rio+20"¹⁵. Lo sviluppo sostenibile si è definitivamente affermato. La Dichiarazione finale della conferenza, in più passaggi, sin dall'introduzione, fa riferimento ai tre pilastri della sostenibilità e ne afferma l'interdipendenza ("interlinkages") secondo un approccio che inizia a qualificarsi, oltre che globale, anche come strategico e non più frutto di azioni isolate e singolari¹⁶.

Da ultimo, nel mese di Settembre 2015, a New York, per iniziativa dell'ONU, si è tenuto un nuovo summit sullo sviluppo sostenibile, seguito da una serie di conferenze climatiche¹⁷; gli impegni che ne

¹⁰ Al par. 8, primo periodo, si confermano i legami tra politiche economiche e ambientali nel seguente modo: «*There has been a growing realization in national governments and multilateral institutions that it is impossible to separate economic development issues from environment issues; many forms of development erode the environmental resources upon which they must be based, and environmental degradation can undermine economic development*».

¹¹ Secondo una specifica corrente di pensiero, i sistemi economici evolverebbero verso una maggiore compatibilità ambientale. Questo aspetto viene tradotto in termini formali mediante la curva di Kuznets ambientale: poiché l'ambiente è un bene superiore, la domanda nei suoi confronti aumenta all'aumentare del reddito per cui, affinché ci sia una elevata qualità dell'ambiente, occorre un elevato livello di benessere ed un adeguato tasso di crescita. La correlazione positiva fra livello di sviluppo economico e livello di inquinamento verrebbe così ad essere controbalanciata da una tendenza ad investire una parte crescente del benessere materiale nella salvaguardia della qualità ambientale. L'importanza della curva di Kuznets ambientale risiede nelle sue implicazioni: la crescita economica è uno strumento attraverso il quale si può raggiungere la protezione ambientale. In realtà, la curva di Kuznets non è in grado di interpretare tutte le situazioni. Per approfondimenti, v. C. MARTINI, *La curva di Kuznets ambientale*, QA in *Rivista dell'Associazione Rossi-Doria*, 2006, 3, 99-128; A. VERCELLI, *Globalizzazione e sostenibilità dello sviluppo*, in *Economia politica*, 2003, 2, 225-250, doi: 10.1428/9450; D. FARDELLI, *Crescita economica e qualità ambientale: una rilettura critica della Environmental Kuznets Curve*, in *Rivista geografica italiana*, 2011, 118.2, 247-268.

¹² Il Summit mondiale sullo sviluppo sostenibile, o anche WSSD dal suo nome ufficiale in inglese *World Summit on Sustainable Development*, si è svolto a Johannesburg, Sudafrica, dal 26 agosto al 4 settembre del 2002. È stato organizzato dalle Nazioni Unite 10 anni dopo il Summit sulla terra di Rio de Janeiro per discutere lo stato di attuazione delle decisioni prese a Rio e per prendere atto di una serie di nuove esperienze e conoscenze sviluppatasi nel frattempo. Anche per questo la Conferenza di Johannesburg viene anche indicata con il nome di "Rio+10".

¹³ La Dichiarazione è così intitolata: «*Johannesburg Declaration on Sustainable Development*». Le precedenti Dichiarazioni di Stoccolma e di Rio erano intitolate solo all'"ambiente" (rispettivamente, «*Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*» e «*Rio Declaration on Environment and Development*»).

¹⁴ Al punto 5 della Dichiarazione di Johannesburg si afferma: «*Accordingly, we assume a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development - economic development, social development and environmental protection - at the local, national, regional and global levels*». I pilastri dello sviluppo sostenibile sono tre: lo sviluppo economico, lo sviluppo sociale e la protezione dell'ambiente. Il documento integrale è reperibile su <http://www.un-documents.net>.

¹⁵ L'organizzazione nel 2012 della Conferenza delle Nazioni Unite sullo Sviluppo Sostenibile (UNCSD), denominata anche "Rio+20", fu decisa con la Risoluzione 64/236 del 23 dicembre 2009 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. La Conferenza si concluse con la Risoluzione 66/288 adottata dall'Assemblea Generale il 27 luglio 2012, conosciuta come "*The future we want*". La risoluzione è disponibile su <https://sustainabledevelopment.un.org>. In dottrina, v. L.E. SÁNCHEZ, P. CROAL, *Environmental impact assessment, from Rio-92 to Rio+ 20 and beyond*, *Ambiente & Sociedade*, 2012, 15.3, 41-54; L. PINESCHI, *La Conferenza di Rio 2012: dallo "Zero Draft" a "The Future We Want"*, *Rio+ 20 vent'anni trascorsi inutilmente*, *Riv. giur. ambiente*, 2012, 6, 795-821.

¹⁶ V. par. 3: «*We therefore acknowledge the need to further mainstream sustainable development at all levels, integrating economic, social and environmental aspects and recognizing their interlinkages, so as to achieve sustainable development in all its dimensions*».

¹⁷ Il 4 novembre 2016 è entrato in vigore l'Accordo di Parigi sul clima, frutto della Conferenza di Parigi sui cambiamenti climatici, COP 21 o CMP 11, tenutasi in Francia dal 30 novembre al 12 dicembre del 2015. Per garantirne l'attuazione, il 7 Novembre scorso, una nuova conferenza sul clima, COP 22, si è aperta a Marrakech, in Marocco.

sono scaturiti, e che dovranno essere realizzati entro il 2030, sono stati raccolti nel documento «Trasformare il mondo. Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile»¹⁸ che individua 17 obiettivi globali, *goals*, e 169 *target* sull'integrazione tra le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: ambientale, sociale ed economica. Questi, raggruppati per categorie e tipologie, sono stati individuati quali «obiettivi» che gli Stati devono perseguire per il fine dello sviluppo sostenibile, per cui si profila di certo come indispensabile e urgente, anche in un'ottica di saggia lungimiranza, la revisione della Strategia Europa 2020 alla luce della nuova Agenda 2030, i cui problemi di compatibilità in questa sede si tralasciano.

2.2. La struttura sostenibile del nuovo codice dei contratti pubblici

Sotto il profilo della sostenibilità ambientale, nel vasto campo dell'attività della Pubblica Amministrazione, assume notevole rilevanza la considerazione delle variabili ecologiche nella contrattualistica pubblica, data la strategica incidenza che le procedure di appalto esercitano all'interno del sistema economico concorrenziale contemporaneo¹⁹. È di certo forte la necessità che il pubblico prenda l'iniziativa, che diventi, cioè, protagonista del nuovo indirizzo politico, per il tramite di azioni non più singole ed occasionali ma sistemicamente e organicamente mirate²⁰. Le stazioni appaltanti sono responsabili di «fungere da traino nel processo di gestione ecologica e nel riorientamento dei consumi verso prodotti più verdi»²¹. L'impegno della spesa pubblica, infatti, è indubbiamente notevole, per cui il suo ruolo è fondamentale ed insostituibile

nell'attuazione della politica di sostenibilità.

Effettivamente, il nuovo codice dei contratti pubblici contiene una serie di disposizioni tra loro interconnesse che qualificano gli appalti come strumenti economici al servizio delle politiche ambientali contemporanee, per il raggiungimento dell'obiettivo sistemico della sostenibilità.

Innanzitutto, vi è l'art. 30, in parte modificato dal recente d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. «correttivo»), che è rubricato «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni» ed è inserito all'interno del Titolo dedicato ai «Principi comuni» sulle modalità di affidamento. I suoi contenuti, quindi, illuminano l'intero *iter* procedurale con valenza generale e onnicomprensiva. Dopo aver elencato tutti i principi comuni da rispettare nelle fasi di affidamento e di esecuzione²², l'art. 30 suddivide soggettivamente tra le stazioni appalti e gli operatori economici i doveri da rispettare, prescrivendo al primo comma che «Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice»; al secondo comma, invece, stabilisce che «Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi». Nei commi successivi, l'art. 30 si occupa degli obblighi che sono gli operatori economici a dover rispettare. La norma sceglie il solo principio dell'economicità come subordinabile alle esigenze di tutela dell'ambiente e di promozione dello sviluppo sostenibile; si consente agli enti aggiudicatori di prendere in considerazione fattori di ordine non economico, tra i quali quelli volti alla tutela dell'ambiente, al fine della selezione del contraente della pubblica amministrazione²³. La norma è chiara

¹⁸ A/RES/70/1. L'Agenda si compone di quattro parti (1. Dichiarazione - 2. Obiettivi e target - 3. Strumenti attuativi - 4. Monitoraggio dell'attuazione e revisione) e tocca diversi ambiti, tra loro interconnessi, fondamentali per assicurare il benessere dell'umanità e del pianeta: dalla lotta alla fame all'eliminazione delle disuguaglianze, dalla tutela delle risorse naturali allo sviluppo urbano, dall'agricoltura ai modelli di consumo. Il testo integrale del documento è consultabile su <https://sustainabledevelopment.un.org>.

¹⁹ V. F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, 427, in cui l'A. analizza «come possa reagire il diritto amministrativo ad una analisi economica». Cfr. anche M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Analisi economica e Diritto Amministrativo, Annuario 2006*, Atti del convegno annuale, Venezia, 28-29 settembre 2006, Fondazione Cini, 19; *ID.*, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 297. Cfr. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato in Analisi economica e Diritto Amministrativo, Annuario 2006*, Atti del convegno annuale, cit., 103.

²⁰ Si rileva come l'art. 3-*quater* del d.lgs. 152/2006 («Norme in materia ambientale») specifica, al secondo comma, che «anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile».

²¹ Comunicazione *Il diritto comunitario degli appalti pubblici e la possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici*, COM (2001) 274.

²² Si evidenzia il riferimento della norma anche alla fase esecutiva del contratto in cui possono, dunque, venire in rilievo le variabili ambientali.

²³ V. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 27/6/2013, n. 1647, in cui il Collegio ricostruisce l'evoluzione della *coniunctio* tra contrattualistica pubblica e tutela ambientale ed esprime dei concetti valevoli anche per la nuova disciplina in vigore; la sentenza così argomenta: «Come è noto, in origine, la disciplina della contrattualistica pubblica era intessuta di ragioni prettamente economicistiche, legate al mero conseguimento del risparmio di spesa del committente pubblico. Anche sul versante europeo, la disciplina degli appalti pubblici (relativa alla fase di aggiudicazione) era inizialmente improntata all'unico obiettivo di assicurare la parità delle armi tra le imprese partecipanti alla gara (attraverso procedure di aggiudicazione trasparenti e non discriminatorie). Alla stregua delle precedenti direttive sulla committenza pubblica (n. 92/50/CEE, n. 93/36/CEE, n. 93/37/CEE), difettando specifiche indicazioni al riguardo, l'introduzione di criteri attinenti a profili ecologici e sociali nell'offerta economicamente più vantaggiosa era ammessa nella sola misura in cui questi ultimi avessero garan-

espressione del metodo integrativo delle politiche.

Altrettanto rivoluzionario è l'art. 34, rubricato «Criteri di sostenibilità energetica e ambientale», anch'esso collocato nella parte dedicata ai principi comuni; tale norma ha il merito di dedicare al principio

tito un contestuale plusvalore economico al prodotto o al servizio oggetto dell'appalto. Nella stagione successiva, la possibilità di accompagnare la tutela del libero mercato con politiche ambientali e sociali mercè l'inserimento nelle procedure di acquisto di criteri economicamente "eterodossi", è stato al centro di un cospicuo dibattito (di cui sono testimoni: il Libro verde sugli appalti pubblici del 1996; il Libro bianco sugli appalti pubblici del 1998; nonché la comunicazione del 2001 "Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici"). Anticipando l'evoluzione normativa successiva, fu soprattutto (come sovente avviene) la giurisprudenza della Corte di Giustizia a riconoscere anzitempo la legittimità dei criteri di scelta "addizionali" rispetto a quelli meramente economici (sia pure con i limiti che si analizzeranno nel prosieguo: cfr. Corte di giustizia, 20 settembre 1988, causa C-31/87; Corte di giustizia, 28 marzo 1995, C-324/93; Corte di giustizia, 26 settembre 2000, causa C-225-98; Corte di giustizia, 18 ottobre 2001, causa C-19/00; Corte di giustizia, 17 settembre 2002, causa C-513/99; Corte di giustizia, 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01; di recente vedi anche la sentenza 10.5.2012, procedimento C- 368/10, che rimarca la possibilità che tali criteri siano diretti a soddisfare esigenze anche di soggetti terzi, diversi dai beneficiari dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto dell'appalto). La "positivizzazione" della facoltà di prendere in considerazione (in fase di gara) anche le "esternalità" pregiudizievoli sopportate dalla collettività per effetto della esecuzione dell'appalto è sopraggiunta con le direttive del 2004 (2004/18/CE e 2004/17/CE). Queste ultime, coerentemente alle direttrici ispirate alla flessibilizzazione delle procedure ed al riconoscimento di maggiore discrezionalità alle stazioni appaltanti, hanno riconosciuto esplicitamente la possibilità degli enti aggiudicatori di prendere in considerazione fattori di ordine non economico, tra i quali quelli volti alla tutela dell'ambiente, al fine della selezione del contraente della pubblica amministrazione. Nel dettaglio: il considerando n. 55 della direttiva 2004/17, evidenzia che, purché consentano di paragonare le offerte e di valutarle in maniera oggettiva, è possibile includere tra i criteri di aggiudicazione delle stesse quelli relativi al rispetto dei requisiti ambientali, "che possono consentire all'ente di rispondere alle necessità del pubblico interessato", nonché utilizzare criteri volti a soddisfare esigenze sociali, "segnatamente in risposta alle necessità - definite nelle specifiche dell'appalto - di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utenti dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto"; nello stesso senso si esprime la direttiva 2004/18/CE (considerando n. 46). Il tema in esame, deve aggiungersi, è preso in grande considerazione anche nell'ambito dell'attuale discussione sulla revisione delle direttive comunitarie in materia di contrattualistica pubblica (cfr. la Comunicazione della Commissione "Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva del 2010"; nonché la proposta della nuova direttiva sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011). La contrattualistica pubblica, sotto questo profilo, non fa che riflettere le nuove prospettive del processo di integrazione europea che, mirando oggi più di prima ad uno sviluppo armonizzato dell'intero ventaglio delle missioni europee, "introietta" gradualmente nella regolazione del mercato anche talune politiche sociali. [...] Deve rimarcarsi che, riferendosi il principio di economicità alla fase sia di scelta del contraente, sia propriamente esecutiva del contratto, del pari anche il citato "correttivo ambientale e sociale" deve poter vantare la medesima latitudine applicativa.

della sostenibilità ambientale una disposizione isolata all'interno del sistema comune generale; il suo scopo è la garanzia di una sostenibilità minima alla base di ogni procedura pubblica. La disposizione codicistica stabilisce, al primo comma, che «Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione²⁴ attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, a quanto specificamente previsto all'articolo 144²⁵». La norma obbliga al rispetto di criteri prefissati, i "Criteri Ambientali

²⁴ L'origine dell'introduzione di criteri ambientali minimi in materia di contrattualistica pubblica è rinvenibile nel «Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della Pubblica Amministrazione», e nel successivo decreto di approvazione del Ministro dell'Ambiente dell'11 aprile 2008 (Decreto del ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro dello Sviluppo Economico) dell'11 aprile 2008, pubblicato in G.U. l'8 maggio 2008, «Approvazione del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione»). Lo scopo del Piano è lo sfruttamento delle potenzialità degli appalti per il miglioramento ambientale (v. Punto 3.1 del Piano, «Lo scopo») e tra le azioni previste a tal fine si include la «definizione, per prodotti, servizi e lavori identificati come prioritari per gli impatti ambientali e i volumi di spesa, di indicazioni metodologiche per la costruzione di processi di acquisto "sostenibili" e di criteri ambientali da inserire nei capitolati di gara». Le premesse normative del Piano d'Azione, del suo decreto attuativo e, dunque, del nuovo art. 34 del codice dei contratti pubblici, sono la Comunicazione sulla Politica Integrata dei prodotti (IPP) "Sviluppare il concetto di ciclo di vita ambientale" (COM (2003) 302 del 18 giugno 2003) in cui la Commissione invita gli Stati membri ad elaborare e rendere accessibili al pubblico appositi piani di azione per l'integrazione delle esigenze ambientali negli appalti pubblici, e la Legge 296 del 27 dicembre 2006 (Finanziaria 2007) che autorizza la spesa per il finanziamento del Piano d'azione per la sostenibilità. In ultimo, il cd. Collegato Ambientale del 2015 (Legge 28 dicembre 2015, n. 221, Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali, in G.U. Serie Generale n.13 del 18-1-2016) ha introdotto l'art. 68-*bis*, rubricato «Applicazione di criteri ambientali minimi negli appalti pubblici per le forniture e negli affidamenti di servizi»; l'art. 68-*bis* ha avuto vita estremamente breve data la sua abrogazione da parte dell'art. 34 del nuovo codice dei contratti. Si nota che nell'art. 34 del nuovo Codice appalti non è stato riportato il disposto previsto dal comma 5 del precedente art. 68-*bis*, secondo cui «Ciascun soggetto obbligato all'attuazione delle disposizioni sopra descritte è tenuto a pubblicare nel proprio sito internet istituzionale i bandi e i documenti di gara con le relative clausole contrattuali recanti i relativi criteri ambientali minimi, nonché l'indicazione dei soggetti aggiudicatari dell'appalto e i relativi capitolati contenenti il recepimento dei suddetti criteri ambientali minimi».

²⁵ L'art. 144 del nuovo codice disciplina i "servizi di ristorazione".

Minimi” (CAM), cioè quelle «indicazioni tecniche»²⁶ “di base” consistenti sia in considerazioni generali che in considerazioni specifiche di natura prevalentemente ambientale e, quando possibile, etico-sociale, collegate alle diverse fasi delle procedure di gara e utili, in caso di positivo recepimento, a qualificare gli acquisti preferibili dal punto di vista della sostenibilità. Senza dubbio, l'imposizione di *standard* da rispettare per il raggiungimento di obiettivi prefissati è un importante strumento di politica ambientale per la regolamentazione del mercato; si determina un livello minimo, di base e garantistico, qualificato quale necessario e sufficiente, al di sotto del quale non è consentito operare. La struttura e la modalità di formulazione di *standard* come i CAM consentono certamente di facilitare al massimo il compito delle stazioni appaltanti nell'adozione o implementazione di pratiche sostenibili, dato che con un semplice “copia ed incolla” possono trasferire nei propri capitolati le caratteristiche ambientali e i relativi mezzi di prova per verificare la conformità delle offerte pervenute ai requisiti ambientali richiesti²⁷.

Il *minimum* garantistico dell'art. 34, a tutela degli obiettivi di sostenibilità, si concretizza con «l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi». Il primo ingresso delle considerazioni ambientali all'interno della procedura avviene, dunque, per il tramite delle “specifiche tecniche”²⁸ dei CAM.

²⁶ La definizione è del Piano d'azione cit.. V. *supra*, nota 22.

²⁷ Fonte: www.minambiente.it

²⁸ L'allegato XIII al nuovo codice dei contratti fornisce la definizione di “specifiche tecniche”. Le specifiche tecniche sono prescrizioni tecniche documentali che definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture. È l'art. 68 del codice ad occuparsi della disciplina delle specifiche tecniche; al comma 5, prevede che queste ultime siano formulabili secondo varie modalità elencate, in particolare «in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, a condizione che i parametri siano sufficientemente precisi da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicare l'appalto» ovvero «mediante riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comuni, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o in mancanza, alle norme, omologazioni tecniche o specifiche tecniche, nazionali, in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. Ciascun riferimento contiene l'espressione “o equivalente”». In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, sent. 25/11/2015, n. 5361: «Nel caso di appalti pubblici di forniture o di servizi la nozione di “specifiche tecniche” comprende le specifiche, contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, quali i livelli di qualità, i livelli della prestazione ambientale, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (ivi compresa l'accessibilità per i disabili) la valutazione della conformità, la proprietà d'uso, l'uso del prodotto, la sua sicurezza o le sue dimensioni, ivi compresi le prescrizioni applicabili al prodotto per quanto riguarda la

Ancora, l'art. 69 è interamente dedicato alle etichettature. Cos'è l'etichetta? Il codice definisce all'art. 3 lett. iii) “etichettatura” «qualsiasi documento, certificato o attestato con cui si conferma che i lavori, i prodotti, i servizi, i processi o le procedure in questione soddisfano determinati requisiti». Le etichette ambientali, o eco-etichette, sono quei marchi applicati a prodotti, imballaggi o servizi che forniscono informazioni sulla *performance* ambientale generale o su uno o più aspetti ambientali specifici²⁹. Il primo comma dell'art. 69 prevede che «Le amministrazioni aggiudicatrici che intendono acquistare lavori, forniture o servizi con specifiche caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo, possono imporre nelle specifiche tecniche, nei criteri di aggiudicazione o nelle condizioni relative all'esecuzione dell'appalto, un'etichettatura specifica come mezzo di prova che i lavori, le forniture o i servizi corrispondono alle caratteristiche richieste». Tuttavia, devono essere soddisfatte alcune condizioni: i requisiti per l'etichettatura sono idonei a definire le caratteristiche dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell'appalto e riguardano soltanto i criteri ad esso connessi; i requisiti per l'etichettatura sono basati su criteri oggettivi, verificabili e non discriminatori; le etichettature sono stabilite nell'ambito di un apposito procedimento aperto e trasparente al quale possano partecipare tutte le parti interessate, compresi gli enti pubblici, i consumatori, le parti sociali, i produttori, i distributori e le organizzazioni non governative; le etichettature sono accessibili a tutte le parti interessate; i requisiti per l'etichettatura sono stabiliti da terzi sui quali l'operatore economico che richiede l'etichettatura non può esercitare un'influenza determinante.

denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione, nonché le procedure di valutazione della conformità». Circa le modalità di predisposizione delle specifiche tecniche, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che «Nell'ambito degli appalti pubblici, il principio della libera concorrenza trova applicazione in primo luogo nella fase di determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riferimento alla individuazione delle prestazioni richieste; in tale sede, pertanto, opera la disciplina [sulle specifiche tecniche, N.d.A.] in base al quale deve essere evitata la predisposizione di prescrizioni di gara gratuitamente selettive, discriminatorie e avulse da esigenze oggettivamente collegate al concreto lavoro, servizio o fornitura da realizzare» (T.A.R. Sardegna, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1471). La loro determinazione mira, attraverso il rispetto del *favor participationis*, al conseguimento di un bene (prodotto o servizio), da parte della stazione appaltante, che tecnicamente soddisfi nel miglior modo possibile le esigenze della collettività che sono affidate alla cura dell'Amministrazione; per questo si ritiene opportuna la fissazione di un *minimum* già nella fase della determinazione del contenuto del contratto oggetto di gara, con particolare riferimento all'individuazione delle prestazioni richieste (così, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, sent. 9/1/2014, n. 55).

²⁹ Sulle definizioni e classificazioni delle etichettature, v. A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, in *Diritto dell'Ambiente* (a cura di G. Rossi), Torino, 2015, 200 ss.

L'impronta sostenibile non si arresta qui. All'interno della Sezione III del codice, dedicata alla selezione delle offerte, il neo art. 87 è rubricato in generale «Certificazione delle qualità» e al secondo comma si occupa specificamente delle certificazioni ambientali³⁰; la norma dà indicazioni operative alle amministrazioni aggiudicatrici che intendano chiedere la presentazione di certificati attestanti la qualità rilasciati da organismi indipendenti. L'art. 87 è, anch'esso, fondamentale espressione del rafforzamento *in fieri* del concetto di sviluppo sostenibile e, come tale, è in rapporto diretto con l'art. 34, nonché ad integrazione dell'art. 69. Gli schemi di certificazione ambientale, risolutori dell'inadeguatezza del *command and control*³¹, rispondono, innanzitutto, alla elementare esigenza di stimolo alla partecipazione del pubblico, mediante efficaci strumenti di formazione e informazione ambientale³²; si

³⁰ La certificazione ambientale consiste in un attestato che certifica l'impegno dell'organizzazione per il rispetto dell'ambiente; appartiene all'impresa, non al solo prodotto, e inerisce gli aspetti relativi alla gestione e al controllo ambientale delle attività produttive. È una certificazione di qualità limitata all'ambiente. Le certificazioni ambientali sono strumenti economici di politica ambientale, fondati sulla volontarietà dei processi migliorativi.

³¹ I primi strumenti applicati per l'attuazione della politica ambientale sono stati quelli di natura "normativa", a cui sono seguiti quelli economici e volontari, in un passaggio che testimonia l'evoluzione che la politica ambientale comunitaria ha registrato nel corso degli anni. Gli strumenti di *command and control* sono caratterizzati da un forte accentramento del potere decisionale in capo agli apparati pubblici e dalla conseguente concessione di poco spazio a stime di convenienza personali e decentrate; dato il fondamento in decisioni accentrate e preventive, il comando e controllo esige una precisa ed esatta determinazione dei comportamenti tollerati, imposti o vietati, con le annessi sanzioni. L'inadeguatezza dello strumento normativo ha comportato un mutamento dell'approccio legislativo con l'introduzione di norme di protezione ambientale nelle quali viene data particolare rilevanza al concetto di prevenzione, autocontrollo e gestione diretta da parte dei soggetti responsabili delle attività produttive inquinanti, al fine di incidere non solo sul modo di impostare la nuova legislazione ambientale, ma anche sui modi di produrre delle imprese e di comunicare col pubblico.

³² «La prevenzione del degrado ambientale tramite rimedi di mercato [...] può anche sostanzarsi in misure volte ad informare e ad orientare i soggetti che son o a loro volta in grado di condizionare efficacemente i potenziali inquinatori sul mercato. [...] È ragionevole assumere che una quota non trascurabile di consumatori sia in linea di principio sensibile al problema ecologico, tuttavia non detenga informazioni sufficienti a stimare, sotto il profilo ambientale, le proprietà dei prodotti oppure l'impatto dei procedimenti occorrenti alla loro fabbricazione e commercializzazione. Allo stesso modo è ragionevole assumere che le imprese siano di regola sensibili alle preferenze della loro possibile clientela e, tuttavia, siano poco propense ad investire in tecnologie rispettose dell'ambiente ma costose, la cui adozione prospetti vantaggi commerciali quantomeno dubbi, data l'assenza di condizioni di credibilità e di visibilità. Un espediente per aumentare il flusso di informazioni convogliate ai consumatori, al contempo stimolando politiche aziendali più attente ai profili ecologici, consiste nell'offrire alle imprese, che spontaneamente accettino di sottostare a parametri ambientali rigorosi, l'opportunità di conseguire una coerente certificazione, l'attendibilità della quale sia garanti-

tende, cioè, ad incentivare il coinvolgimento sociale nei processi decisionali riguardanti la protezione dell'ambiente e la salute dei cittadini, in modo da aumentare, di conseguenza, la consapevolezza dell'incidenza positiva di eventuali contributi sulla sostenibilità dello sviluppo. Si risponde, poi, all'esigenza di instaurazione di un rapporto non conflittuale con le imprese, di cui si sollecita un comportamento volontario verso la difesa dell'ambiente; l'obiettivo è la creazione di adeguate condizioni affinché le imprese, per rafforzare la propria competitività sul mercato, non debbano solo fornire buoni prodotti a basso costo ma si impegnino anche a rendere le tecnologie, i processi di produzione e i prodotti compatibili con la salvaguardia dell'ambiente. Con l'adesione agli strumenti volontari, cioè, le imprese non vedono più l'ambiente come vincolo ma come parte integrante delle variabili aziendali, per cui la minimizzazione dell'impatto ambientale diventa obiettivo personale. I nuovi schemi di certificazione e di gestione ambientale ad adesione volontaria, quindi, permettono alle aziende di attestare la validità del proprio sistema di gestione ambientale interno, mediante la verifica della rispondenza a determinati requisiti definiti a livello internazionale da parte di organismi accreditati. Le imprese scelgono di competere, la politica sceglie di premiare.

Un'altra norma realmente innovativa è l'art. 38, anch'esso toccato da correttivo del 2017, il quale mira alla professionalizzazione dei soggetti pubblici. Anche le stazioni appaltanti possono qualificarsi. La professionalità, infatti, migliorando la gestione e l'esecuzione degli appalti, consente di conseguire, sul medio e lungo periodo, l'obiettivo di un risparmio del denaro pubblico. In verità, la qualificazione pubblica deriva dal combinato disposto di più norme costituenti il Titolo II, Parte II del Codice (artt. 37-43); il criterio generale delle competenze è dettato dal primo comma dell'art. 37 che lega la qualificazione ad una determinata soglia di importi. Solo qualora si tratti di un appalto di lavori di manutenzione ordinaria superiore a 150.000 euro ma inferiore ad 1 milione di euro ovvero di forniture e servizi oltre i 40.000 euro, la stazione appaltante è vincolata ad obblighi di legge; in questo

ta dalle istituzioni, spendibile nel rapporto con il pubblico. L'intervento dell'amministrazione vale qui soprattutto a mitigare costi negoziali nascenti da deficit conoscitivi, rafforzando requisiti reputazionali e fiducia reciproca. Il metodo si prefigge in pratica di ridurre le asimmetrie informative sfavorevoli ai consumatori e, al contempo, di rafforzare i requisiti reputazionali delle imprese i quali, come gli economisti spiegano, costituiscono un valido sostituto delle conoscenze acquisibili mediante osservazione diretta, quando quest'ultima sia impedita da costi di ricerca e di sperimentazione troppo elevati. La sorveglianza spontaneamente esercitata da consumatori informati, oltre che efficace nel sensibilizzare imprese animate da obiettivi di profitto, vale a ridurre il costo dei controlli amministrativi»: così P. DELL'ANNO, E. PICOZZA nella sezione "Teoria" del *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 514-515.

caso può procedere in autonomia oppure affidarsi a centrali di committenza ma potrà optare per la prima scelta solo se in possesso della necessaria qualificazione di cui all'art. 38 ovvero aggregandosi ad una o più stazioni in possesso della qualifica. La *ratio* della norma è intuitiva: più il valore economico dell'appalto aumenta più vi è bisogno di competenza da parte di chi quella procedura è il *dominus*. La qualificazione consegue all'iscrizione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza richiedenti in un apposito elenco detenuto dell'ANAC; solo i soggetti pubblici ivi iscritti sono ipso iure ritenuti qualificati e, quindi, abilitati dall'ordinamento ad indire e gestire gare pubbliche, all'esito delle quali stipulare contratti di lavori, servizi e forniture. Chi non figura non potrà svolgere autonomamente alcuna gara al di sopra dei tetti fissati dal legislatore. L'art. 38 del codice distingue tra requisiti base e requisiti premianti. Tra i premianti al numero 2 si indica la «presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara, certificati da organismi accreditati per lo specifico scopo ai sensi del regolamento CE 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio»; al numero 5 invece «applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento»³³.

La premialità delle moderne politiche ambientali a favore di chi si qualifichi ambientalmente si riscontra anche nel nuovo art. 95 del codice dei contratti pubblici («*Criteri di aggiudicazione dell'appalto*»). Accanto ai criteri ambientali «minimi» e fissi, sono previsti criteri ambientali «premiati», discrezionali, nella fase aggiudicativa, con la previsione del comma 13 dell'art. 95 per cui le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando «*il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente*». La premialità attribuita è coerente con l'intero sistema di aggiudicazione del neo art. 95 che considera gli aspetti ambientali in tutte le variabili di calcolo ai fini della scelta del contraente. L'aggiudicazione dell'appalto è un momento decisivo, in cui è importante scegliere il criterio che risalti al meglio le valutazioni ecologiche; il nodo critico consiste nella quantificazione o misurazione³⁴ dei

vantaggi di una scelta da effettuare. La scelta ambientale, infatti, può risultare la più economica sia in via diretta e palese sia in via indiretta e a lungo termine; è anche possibile che il vantaggio ambientale determini uno svantaggio economico o conseguenze economiche negative. Il criterio sul quale valutare le esigenze ambientali è, dunque, l'economicità, in rapporto diretto proprio con quanto statuito, tra i principi generali, dall'art. 30. La nuova disciplina degli appalti prevede che l'aggiudicazione sia fondata «sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96»³⁵; si generalizza l'applicazione del primo criterio, relegando il criterio del minor prezzo ai casi indicati, a differenza della precedente normativa codicistica che poneva su un piano di parità i due criteri.³⁶ Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si presenta, così, differente a seguito della ridefinizione dei

«vantaggio ambientale»: «Il primo fa riferimento al vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, in via immediata o differita, da scelte motivate da ragioni ambientali. Il secondo fa invece riferimento al «valore» ambientale delle scelte, da ponderare e confrontare con gli altri interessi coinvolti. Nel primo caso, è una misurazione che attiene alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione; nel secondo caso, alla discrezionalità amministrativa. In relazione agli «appalti verdi», l'aspetto più interessante è dato dal confronto numerico che, in sede di offerta economicamente più vantaggiosa, viene a crearsi tra diversi elementi e quindi, di riflesso, tra diversi interessi. Le scelte di carattere generale individuate a livello politico (comunitario e nazionale), sono tradotte prima in valutazioni proprie della discrezionalità amministrativa (in sede di configurazione dell'appalto, attraverso la definizione della *lex specialis* dello stesso), e poi finalizzate nel momento di esercizio della discrezionalità tecnica. Gli aspetti economici sono rilevanti a tutti i livelli: scelte politiche (considerazioni ambientali possono e devono essere inserite negli appalti pubblici); discrezionalità amministrativa (in quello specifico appalto, le caratteristiche ambientali possono ottenere quel determinato punteggio massimo, da sommare ai punti relativi agli altri criteri); discrezionalità tecnica (nell'ambito del punteggio massimo stabilito per le caratteristiche ambientali, viene assegnato, comparativamente, il punteggio per le diverse offerte). Nell'ultima fase, quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il confronto tra valori economici e valori ambientali avviene attraverso la misurazione di entrambi, che devono essere ridotti a punteggi».

³⁵ Art. 95, comma 2.

³⁶ Sul nuovo metodo di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa v. le Linee Guida Anac n. 2 del 21 settembre 2016, n. 1005 - Attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Offerta economicamente più vantaggiosa». In giurisprudenza, sulla precedente disciplina, *ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, sent. 23/7/2014, n. 4115: «In tema di procedure di affidamento di appalti pubblici l'art. 81 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, pone una sostanziale equipollenza tra i criteri di valutazione delle offerte, la cui scelta è rimessa all'apprezzamento discrezionale della Stazione appaltante, con il limite dell'adeguatezza, della logicità e della ragionevolezza del sistema prescelto in relazione alle caratteristiche dell'appalto desumibili dalle prescrizioni del bando di gara e del capitolato speciale».

³³ A tal proposito, le linee guida ANAC dovranno tenere conto delle disposizioni in materia ambientale volte a promuovere le misure di green economy contenute nella legge 221/2016, con la quale erano state apportate significative modifiche alla disciplina contenuta nel d.lgs. 163/2006 in materia di specifiche tecniche, di presentazione delle garanzie e di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

³⁴ V. N. LUGARESI, *Ambiente, mercato, analisi economica, discrezionalità*, in *Analisi economica e Diritto Amministrativo, Annuario 2006*, Atti del convegno annuale, Venezia, 28-29 settembre 2006, Fondazione Cini, 247. L'A. chiarisce come «misurabilità» dei vantaggi ambientali significhi «stabilire fino a che punto si possano sacrificare valori economici per perseguire valori ambientali» e ciò può avvenire secondo un duplice significato di

suoi equilibri a opera della Direttiva 2014/24 UE. Ovviamente, solo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa³⁷ consente l'introduzione e la migliore valutazione di criteri ecologici. I termini dell'equilibrio sono la qualità e il prezzo.³⁸ Il miglior rapporto qualità/prezzo non implica necessariamente la scelta dell'offerta meno costosa, ma comporta l'opzione per soluzioni che soddisfino i requisiti identificati, anche in materia ambientale, nel modo più economicamente vantaggioso, considerando il prodotto nella sua complessità di produzione. L'art. 95 prevede al comma 6 che «In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto». Gli aspetti ambientali, come quelli qualitativi e sociali sono definiti "oggettivi". Nell'ambito di tali criteri possono rientrare, innanzitutto, «a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni». La qualità deve essere sostenibile in modo che i prodotti/servizi, immessi sul mercato a prezzi concorrenziali, rispondano alle aspettative e alle esigenze del consumatore,

³⁷ Ai sensi dell'art. 95 Codice dei contratti pubblici, l'offerta economicamente più vantaggiosa è «individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96». Sul neo art. 95, in generale, v. il recente commento di G. TACCOGNA, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici nel d. lgs. n. 50 del 2016 - prime considerazioni*, reperibile su www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, sent. 24/7/2014, n. 3940: «Nelle gare d'appalto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa [...] si fonda su una pluralità di elementi di natura qualitativa ed economica tra loro integrati, la cui determinazione, con l'indicazione del relativo peso, è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante. Quest'ultima nell'effettuare le proprie scelte, è vincolata, però, dalla natura propria del criterio in esame, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, che verrebbe inevitabilmente meno nel caso in cui la stazione appaltante riconoscesse all'elemento prezzo un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello attribuito agli altri elementi. Il prezzo, quindi, deve essere combinato con la qualità onde assicurare, da un lato, alla stazione appaltante il risultato migliore più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme e trasparente valutazione dell'offerta». Il considerando n. 89 della Direttiva stabilisce che il termine "offerta economicamente più vantaggiosa" è un «concetto prioritario» e precisa che «Per evitare confusione con il criterio di aggiudicazione attualmente noto come "offerta economicamente più vantaggiosa" nelle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, occorre utilizzare un termine diverso per tradurre tale concetto, il "miglior rapporto qualità/prezzo"».

abbiano prestazioni competitive e siano realizzati in modo etico e rispettoso dell'ambiente. Ulteriori criteri sono «b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso; c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni». Il metodo di aggiudicazione deve seguire un criterio di comparazione costo/efficacia³⁹ quale il costo del ciclo di vita. Non il solo costo, non la sola efficacia; il metro di comparazione lo dà, appunto, il ciclo di vita. La definizione del «ciclo di vita» è fornita dal nuovo codice all'art. 3 lett. hhhh): «tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione»; il "ciclo di vita" è un sistema complesso⁴⁰. Il costo di tale ciclo consiste nella somma dei singoli costi delle varie fasi, nel rispetto del vincolo di sostenibilità; la sostenibilità ambientale diviene effettivamente un calcolo, il cui risultato è frutto di un approccio globale al ciclo della vita⁴¹. L'art. 96

³⁹ L'analisi costo/efficacia è un metodo di valutazione economica impiegato per razionalizzare la scelta fra progetti alternativi. Pur presentando molti punti di contatto con l'analisi costi/benefici, se ne distacca per la diversa impostazione di base. È una pratica che permette di confrontare un certo numero di alternative sulla base dei loro costi e di una misura comune di efficacia che è quantificata ma non monetizzata. È largamente impiegata in tutti quei casi in cui è molto difficile, se non impossibile, una valutazione monetaria dei benefici, come nei casi di beni "intangibili" (es, salute, ambiente...).

⁴⁰ In fisica, un sistema complesso è un sistema in cui le singole parti sono interessate da interazioni locali, a breve raggio d'azione, che provocano cambiamenti nella struttura complessa.

⁴¹ Le finalità del nuovo approccio "ciclico" sono agevolmente rinvenibili dal tenore delle premesse della Direttiva 2014/24/UE e precisamente dal considerando nr. 96, secondo cui «tranne se la valutazione è basata esclusivamente sul prezzo, le amministrazioni aggiudicatrici possono determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa e il costo più basso ricorrendo a un approccio ba-

del codice dei contratti pubblici è rubricato «Costi del ciclo di vita» ed elenca tutta la serie specifica di costi da considerare, suddividendoli in «costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: 1) costi relativi all'acquisizione; 2) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; 3) costi di manutenzione; 4) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio» e in «costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici». Incidendo sul circuito valutativo delle offerte, gli aspetti relativi al costo del ciclo di vita oggetto di interesse devono essere predeterminati nei documenti di gara. In particolare, le stazioni appaltanti dovranno predeterminare i dati da fornire da parte degli offerenti e il metodo, oggettivo, verificabile e non discriminatorio, da impiegare al fine di ottenere i costi sulla base di tali dati⁴².

L'approccio ecosostenibile scandito dal codice dei contratti pubblici evidenzia la consapevolezza della necessità di azioni sistemiche, organizzate ed unitarie per l'attuazione dei principi della sostenibilità. Non si può negare che tutti gli interventi sinora realizzati in ambito normativo e mediante l'azione politica e sociale del Governo siano stati piuttosto "settoriali" anziché teleologicamente indirizzati verso un modello di sistema unitario. Pertanto, si auspica che i risultati perseguiti dalle politiche economiche e ambientali non siano più settoriali ma tengano conto oramai di una visione di più ampio respiro, integrata, strutturata, e, di conseguenza, più efficiente.

3. Appalti inclusivi

3.1. La flessicurezza delle clausole sociali

Oltre che sostenibili, i nuovi appalti del futuro dovranno essere inclusivi.

La crescita inclusiva, secondo la Strategia europea consiste nel «promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione, che favorisca la coesione eco-

sato sui costi del ciclo di vita. Il concetto di costo di ciclo di vita comprende tutti i costi che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi. Il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato da prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati».

⁴² Del costo del ciclo di vita si occupa anche un allegato al codice, l'allegato XVIII, contenente l'elenco degli atti legislativi europei e, ove necessario, degli atti delegati attuativi, che approvano metodi comuni per la valutazione.

nomica, sociale e territoriale». L'inclusività è legata all'occupazione. L'obiettivo primario è la garanzia di alti livelli occupazionali⁴³. Nella Strategia si precisa che «crescita inclusiva significa rafforzare la partecipazione delle persone mediante livelli di occupazione elevati, investire nelle competenze, combattere la povertà e modernizzare i mercati del lavoro, i metodi di formazione e i sistemi di protezione sociale per aiutare i cittadini a prepararsi ai cambiamenti e a gestirli e costruire una società coesa»⁴⁴. Per raggiungere l'obiettivo occupazionale si intende utilizzare il criterio della "flessicurezza"⁴⁵. Il termine indica una strategia integrata di flessibilità e di sicurezza nel mercato del lavoro che intende garantire l'equilibrio tra le esigenze dei datori di lavoro e le necessità dei dipendenti⁴⁶. La flessibilità opera nelle transizioni occupazionali, interne ed esterne, mentre la sicurezza opera sul piano delle competenze.

La flessicurezza è attuabile per il tramite di azioni politiche fondate su normative moderne che incentivino forme contrattuali flessibili e affidabili contrastanti la segmentazione del lavoro, su strategie di apprendimento continuo per la competitività delle aziende e per l'occupabilità di lungo periodo dei lavoratori, su azioni che riducano i periodi di disoccupazione e agevolino la transizione e, infine, su moderni sistemi

⁴³ Le iniziative faro a supporto sono due: "Un'agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro" e "Piattaforma europea contro la povertà".

⁴⁴ Cfr. Strategia Europa 2020, 19 ss.

⁴⁵ Nella Strategia si afferma anche che: «In tale contesto sarà fondamentale applicare i principi della flessicurezza e consentire alle persone di acquisire nuove competenze per adeguarsi alle mutate condizioni e all'eventuale riorientamento professionale. Occorrerà un impegno considerevole per lottare contro la povertà e l'esclusione sociale e ridurre le disuguaglianze in termini di salute per far sì che la crescita risulti vantaggiosa per tutti. Sarà altrettanto importante per noi essere in grado di favorire un invecchiamento attivo e in buona salute onde garantire una coesione sociale e una produttività più elevata».

⁴⁶ La flessicurezza è definita dalla «Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza» (COM/2007/0359 def.). Pur essendo stata elaborata ai fini dell'attuazione della Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione, la flessicurezza è un ingrediente fondamentale ed imprescindibile per la crescita inclusiva prospettata dalla Strategia Europa 2020.

Sul piano normativo, v. da ultimo la Decisione (UE) del Consiglio del 5 ottobre 2015 N. 1848 sugli orientamenti integrati Europa 2020, per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione per il 2015, il cui orientamento 7 dell'Allegato Unico è dedicato alla flessicurezza. Per approfondimenti dottrinali, v. C. MASSIMIANI, *Flessicurezza e lavoro dignitoso in Europa: una convivenza possibile?*, in *Riv. critica dir. lav.*, 2008, 3, 833; P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 1, 37; M. GRANDI, *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI Secolo*, in *Dir. relaz. ind.*, 2007, 4, 1022; A. ALAIMO, F. MAZZEO, *Sostegno all'occupazione giovanile, politiche attive del lavoro e servizi per l'impiego: verso nuovi livelli di cooperazione e integrazione a livello europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 3, 177.

di sicurezza sociale di supporto al reddito. Il Considerando n. 36 della Direttiva 2014/24/UE afferma: «Lavoro e occupazione contribuiscono all'integrazione nella società e sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti»⁴⁷. Il successivo Considerando n. 37 afferma: «In vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di appalto pubblico, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire il rispetto degli obblighi in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro che si applicano nel luogo in cui i lavori sono eseguiti o i servizi forniti e derivanti da leggi, regolamenti, decreti e decisioni, adottati sia a livello nazionale che dell'Unione, e da contratti collettivi purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione. Parimenti, durante l'esecuzione di un appalto dovrebbero essere applicati gli obblighi derivanti da accordi internazionali ratificati da tutti gli Stati membri ed elencati nell'allegato X. Tuttavia, ciò non dovrebbe in alcun modo impedire l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori». Ancora, il Considerando n. 39 precisa che «I relativi obblighi potrebbero trovare riscontro in clausole contrattuali. Dovrebbe anche essere possibile inserire negli appalti pubblici clausole che assicurino il rispetto dei contratti collettivi in conformità del diritto dell'Unione. Il mancato rispetto dei relativi obblighi potrebbe essere considerato un grave illecito perpetrato dall'operatore economico in questione che può comportare l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico».

L'articolo 50 del nuovo codice dei contratti pubblici, rubricato «Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi» recepisce l'indicazione comunitaria; la clausola sociale è flessicurezza. La flessicurezza ricerca il perfetto equilibrio tra le esigenze economiche e organizzative del soggetto subentrante e la sicurezza occupazionale dei dipendenti in servizio e giustifica la prioritaria scelta degli stessi addetti operanti alle dipendenze dell'appaltatore uscente in caso di nuove assunzioni. La norma, infatti, come modificata dal

⁴⁷ La seconda parte del considerando specifica: «In questo contesto, i lavoratori protetti possono svolgere un ruolo significativo. Lo stesso vale per altre imprese sociali il cui scopo principale è l'integrazione o reintegrazione sociale e professionale delle persone con disabilità e delle persone svantaggiate, quali i disoccupati, le persone appartenenti a minoranze svantaggiate o comunque a categorie socialmente emarginate. Tuttavia, detti lavoratori o imprese potrebbero non essere in grado di ottenere degli appalti in condizioni di concorrenza normali. Appare pertanto opportuno prevedere che gli Stati membri possano avere la facoltà di riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici o di determinati lotti di appalti a tali lavoratori o imprese o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti».

d.lgs. 56/2017⁴⁸, sancisce che «Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto». Innanzitutto, il correttivo ha sostituito il termine «inseriscono» al precedente «possono inserire» che consentiva l'inserimento di clausole sociali come meramente facoltativo per le stazioni appaltanti. L'art. 3, lett. qq), definisce le «clausole sociali» quali «disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie».

Il nuovo codice dei contratti utilizza espressamente la locuzione «clausola sociale», a differenza del precedente *corpus* normativo, per cui, data l'assenza di esplicite definizioni, le clausole sociali erano giurisprudenzialmente ricondotte alla disposizione dell'art. 69 D.Lgs. 163/2006 per cui le stazioni appaltanti potevano esigere condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito attinenti «a esigenze sociali o ambientali». La nuova normativa non ha mutato la natura delle clausole sociali le quali «sono di per sé considerate, sia dalle norme comunitarie sia dalla disciplina nazionale di recepimento (art. 69 del codice appalti abrogato e oggi art. 50 del nuovo codice dei contratti pubblici), quali condizioni di esecuzione che producono effetti essenzialmente nella fase esecutiva del rapporto. Le clausole sociali, cioè, non hanno una diretta incidenza sulla fase di gara, e non possono costituire barriera all'ingresso, condizionando l'ammissibilità dell'offerta. Infatti la clausola sociale non impedisce la valutazione dei requisiti soggettivi dei concorrenti e non si inserisce in essa»⁴⁹.

In materia di contrattualistica pubblica, va detto che i maggiori contributi giurisprudenziali sono sorti proprio nei casi di predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, delle cd. «clausole di riassorbimento del personale» che operano nelle ipotesi di cessazione di un appalto e di subentro di altre imprese o società appaltatrici, per l'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione nonostante la disconti-

⁴⁸ Modificato dall'articolo 33, comma 1, lettera a), del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56.

⁴⁹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, sent. 13/2/2017, n. 848.

nuità dell'affidatario⁵⁰.

4. Appalti intelligenti. Il principio dell'innovazione

Ultima priorità della Strategia europea è la Crescita intelligente consistente nello «sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione»⁵¹. L'intelligenza è data da due parametri, la conoscenza e l'innovazione.

La Direttiva 2014/24/UE, al considerando 47, prevede quanto segue: «La ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione. L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale. Ciò contribuisce a ottenere un rapporto più vantaggioso qualità/prezzo nonché maggiori benefici economici, ambientali e per la società attraverso la generazione di nuove idee e la loro traduzione in prodotti e servizi innovativi, promuovendo in tal modo una crescita economica sostenibile». Gli appalti sono ottimi strumenti anche per le politiche dell'innovazione.

In economia, per "attività innovativa" si intende un processo che richiede due elementi: la soluzione di un problema ovvero la riduzione delle inefficienze e il rispetto dei vincoli economici, come i costi, la domanda di mercato e la concorrenza di altre imprese⁵².

L'innovazione si distingue dall'invenzione, che in genere la precede, in quanto richiede che la novità sia effettivamente commercializzata o utilizzata per la produzione di beni o servizi venduti sul mercato; l'inventore è colui che realizza per primo un nuovo prodotto o una nuova tecnologia, senza occuparsi delle possibili applicazioni industriali, l'innovatore è colui che partendo da un'invenzione è in grado di capirne la portata applicativa in termini industriali e commerciali. Un'innovazione tecnologica, quindi, è un miglioramento nel patrimonio di conoscenze nel processo di industrializzazione ed è uno dei motori fondamentali della crescita e del progresso. Il differente grado di sviluppo delle innovazioni dipende anche dal contesto organizzativo istituzionale in cui le stesse nascono e si diffondono. L'intensità dell'attività innovativa può es-

sere misurata dalla quota di reddito investita in attività di Ricerca e Sviluppo (o R&S), definita come il complesso di lavori creativi intrapresi in modo sistematico per accrescere l'insieme delle conoscenze esistenti o per utilizzarle a fini applicativi⁵³.

Il Codice, ai fini contrattualistici, definisce all'art. 3, lett. nnnn), l'«innovazione»⁵⁴ come «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o che ha subito significativi miglioramenti tra cui quelli relativi ai processi di produzione, di edificazione o di costruzione o quelli che riguardano un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne».

L'innovazione è, innanzitutto, un principio.

L'art. 100 del codice, infatti, nell'elencare i requisiti per l'esecuzione dell'appalto, testualmente dispone che le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti esecutivi particolari purché siano compatibili con il diritto europeo «e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione [...]». Il principio di innovazione è equiparato ad altri principi preganti e primari dell'evidenza pubblica.

4.1. Il partenariato per l'innovazione

Se l'innovazione è il principio, il partenariato è il metodo.

Il considerando n. 49 della direttiva appalti lucidamente sancisce: «1. Se l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere accesso a una procedura di appalto specifica per quanto riguarda gli appalti che rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Questa procedura specifica dovrebbe consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di istituire un partenariato per l'innovazione a lungo termine per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione, a condizione che tale prodotto o servizio possa essere fornito o tali lavori possano essere effettuati nel rispetto dei livelli di prestazione e dei costi concordati, senza bisogno di una procedura d'appalto distinta per

⁵⁰ In merito, sia consentito rinviare a O. Russo, *Le clausole sociali: equilibrio competitivo tra tutela sociale ed economica*, in *Amministrativamente*, 5-6, 2017, su www.amministrativamente.com.

⁵¹ L'UE intende promuovere la crescita intelligente mediante tre iniziative faro: l'Agenda digitale europea, Unione dell'innovazione, *Youth on the move*.

⁵² Sui processi economici di "innovazione tecnologica" e di vantaggio competitivo, sull'analisi e la gestione strategica degli investimenti in R&S, v. F. FONTANA, M. CAROLI, *Economia e gestione delle imprese*, Milano, 2003, 573-627.

⁵³ Le definizioni di "innovazione", di "invenzione" e di "R&S" sono di M. S. LABINI, *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012.

⁵⁴ Cfr. art. 2 n. 22 della direttiva appalti alla voce «innovazione»: «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, tra cui, ma non solo, i processi di produzione, di edificazione o di costruzione, un nuovo metodo di commercializzazione o organizzativo nelle prassi commerciali, nell'organizzazione del posto di lavoro o nelle relazioni esterne, tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».

l'acquisto. Il partenariato per l'innovazione dovrebbe basarsi sulle norme procedurali applicabili alla procedura competitiva con negoziazione e l'unico criterio di aggiudicazione degli appalti dovrebbe essere quello del miglior rapporto qualità/prezzo, che è il più adatto per comparare le offerte concernenti soluzioni innovative. Riguardo a progetti innovativi di grandi dimensioni o a progetti di entità minore, il partenariato per l'innovazione dovrebbe essere strutturato in modo da poter creare la necessaria domanda di mercato che sia in grado di incentivare lo sviluppo di una soluzione innovativa senza precludere l'accesso al mercato stesso.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto ricorrere ai partenariati per l'innovazione in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza. In determinati casi la creazione di partenariati per l'innovazione con diversi partner potrebbe contribuire ad evitare tali effetti».

Innanzitutto, il partenariato per l'innovazione è una procedura; non si tratta, dunque, di un criterio da conciliare e valutare come la sostenibilità o l'inclusione.

Il partenariato⁵⁵ è una procedura di aggiudicazione la quale, dunque, contiene al suo interno i predetti due criteri. L'art. 65 del nuovo codice dei contratti pubblici detta, in maniera complessa, la disciplina del partenariato per l'innovazione, qualificandolo come modello eccezionale, utilizzabile esclusivamente nelle ipotesi in cui l'esigenza dell'amministrazione di disporre di un certo prodotto o servizio non possa essere adeguatamente soddisfatta in base ai prototipi già reperibili sul mercato. Lo scopo precipuo del partenariato per l'innovazione è sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi per il successivo acquisto da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che essi corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le amministrazioni aggiudicatrici e i partecipanti, senza bisogno di una procedura d'appalto distinta per l'acquisto⁵⁶. Il partenariato per l'innovazione risponde a chiare esigenze di semplificazione e flessibilità delle procedure di appalto.

«Lo scopo perseguito dalle nuove direttive è quello di colmare la distanza tra il sistema della negoziazione pubblica ed il mondo delle imprese, al fine di garantire un mercato più efficiente e la realizzazione di opere di qualità nel minor tempo, con la massima trasparenza possibile. Si comprende, allora, come le linee guida della nuova disciplina europea siano in via

⁵⁵ Sul concetto di partenariato e sulle sue valenze, in maniera chiara e approfondita, v. A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, in *Dir. econ.* (collana diretta da E. PICOZZA e R. LENER), Torino, 2015.

⁵⁶ V. AVCP, Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, «Direttive n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici, n. 2014/25/UE, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione», Atto di segnalazione n. 3, del 21/5/2014.

generale, quelle della semplificazione, della riduzione dei formalismi e dell'incremento della flessibilità nella scelta del contraente, del rilancio della discrezionalità e responsabilità delle stazioni appaltanti. Sarà possibile, in questo modo, cogliere anche la distanza che separa la disciplina vigente da quella europea, ed il salto, il cambio di paradigma che il loro recepimento richiede al legislatore nazionale»⁵⁷.

Il partenariato per l'innovazione è strutturato in *step*, secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione; al fine di strutturare la procedura sono fissati obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere, legati al pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene. «Si presume, così, che l'amministrazione sia capace di definire l'esigenza, di verificare che essa non possa essere soddisfatta sul mercato, di individuare i requisiti minimi e di essere un soggetto attivo nella definizione e nella promozione di progetti innovativi, basati sullo svolgimento di attività di ricerca ed esposti anche, quindi, inevitabilmente al rischio che la ricerca non dia i risultati sperati»⁵⁸.

Ancor più che nel dialogo competitivo, nell'ambito di una simile procedura la dialettica progettuale

⁵⁷ Così si esprime A. PAJNO in *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit., 1127.

⁵⁸ Il rilievo è di L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 291. Nell'interessante contributo l'A. evidenzia: «La direttiva sembra disegnare l'amministrazione come un soggetto che conosce il mercato dei beni (in senso lato) che vuole acquisire e che, anzi, è in grado di porsi come un soggetto innovatore, capace di immaginare e progettare prodotti e soluzioni che il mercato non offre. La scelta e il rapporto con l'operatore al quale si chiede di impegnarsi nella progettazione e nella realizzazione dell'innovazione sono configurati come una "partnership" o comunque una collaborazione stretta, ben diversa dal rapporto contrattuale che ordinariamente lega l'amministrazione all'aggiudicatario. Questo rapporto viene in esistenza, appunto, tramite la negoziazione progressiva delle condizioni dell'offerta finale ed è soggetto più ad una verifica di risultato (ad esempio mediante la definizione di obiettivi intermedi) che non al controllo di conformità valido per i contratti pubblici aggiudicati con le procedure tradizionali. È lo stesso parametro di conformità, infatti, a mancare o comunque ad essere ridotto ai pochi elementi non negoziabili, come i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione. Se a questo si aggiungono le disposizioni in materia di consultazioni preliminari di mercato e la possibilità di promuovere o addirittura esigere la proposta di varianti da parte dei concorrenti si delinea un quadro di rapporti fra le amministrazioni e gli operatori continui e largamente retti dal principio di informalità che, come è facile subito rilevare, contrasta in misura significativa con le regole che nell'ordinamento italiano tentano di limitare al minimo i rapporti fra amministrazione e concorrenti e, comunque, li sottopongono a vincoli e regole rigidi e li circondano di adempimenti formali».

costituisce il motore propulsore della *partnership* per tutta la sua naturale durata; proprio in virtù di tale circostanza, per poter effettivamente concorrere al perseguimento degli obiettivi di crescita intelligente, il modello postula un partner pubblico competente e lungimirante, in grado di dirigere consapevolmente tutte le fasi in cui si articola il procedimento di ricerca e sviluppo del prodotto⁵⁹.

È evidente, da una semplice panoramica comparativa tra codice nazionale e normative extranazionali, come il nuovo codice dei contratti pubblici si sia dotato finalmente di una rinnovata dinamicità e di una illuminata finalizzazione intelligente, sostenibile e inclusiva, di cui si auspica una costante implementazione grazie ai nuovi e aggiornati strumenti politico-giuridici pianificatori. Il futuro pubblico dovrà avere queste tre attribuzioni.

⁵⁹ Il rilievo è di M. NUNZIATA, A. MASCOLO, *Le procedure di scelta*, in *Il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, L'Amministrativista, 2016, 34.

Francesco Langella

Dottore in scienze giuridiche e diplomato presso la scuola di specializzazione delle professioni legali

L'impraticabilità del concetto di giurisdizione "dinamica".

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 29 dicembre 2017, n. 31226

abstract

Through the sentence n. 31226/2017 and the consequential development of the concept of "dynamic jurisdiction", the Court of Cassation – joint sittings of all divisions, has been attempt to increase, significantly, the scope of the Article 111, paragraph seventh, of the Constitution. Specifically, by this trend, the Supreme Court has reached the conclusion that all the judicial decisions pronounced by the Council of the State and Court of Auditors could be inspected by the Cassation also in case of breach jurisdiction's "inner limits" (i.e. errores in iudicando and errores in procedendo). Nevertheless, the latest Court's tendency, seems to be in contradiction with the Italian judgment system and also, with the fundamental rules of the Constitution, especially with the aforementioned seventh paragraph of the Article 111, which aim is deeply and completely different from the following paragraph eight. Furthermore, this trend emphasizes – in theory – vice's quality, and then, an element which is ordinarily incompatible with the role attributed to the Supreme Court of Cassation (which is, according to the seventh paragraph of Article 111 of the Constitution, the Judge of jurisdiction). Besides, it's necessary to consider the problem from a practical standpoint, and then, the undeniable contrast between the trend about the improvement of the Supreme Court's jurisdiction and the principle of the legal certainty, which is the bedrock of our legal system. Then, it's clear that the latest tendency could be accepted only under the light of a Constitutional review.

keywords

Dynamic jurisdiction – Inner limits – Vice's quality.

abstract

Con la sentenza 31226/2017 e con l'elaborazione del concetto di "giurisdizione dinamica", le Sezioni Unite tentano, a costituzione invariata, di ampliare in modo abnorme la portata dell'art. 111, VIII co. Cost., giungendo alla conclusione che sono sindacabili in Cassazione le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti affette non solo da violazione dei "limiti esterni" di

giurisdizione, ma anche le pronunce che violano i c.d. "limiti interni" (errores in iudicando e procedendo). La ricostruzione operata dalla Suprema Corte sembrerebbe contrastante con il sistema giurisdizionale e con i principi sanciti dalla Costituzione, in particolare con il comma VII del citato articolo, il quale stabilendo il generale ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze di altri giudici, ha una portata completamente diversa dal successivo comma VIII. Inoltre, tale ricostruzione attribuisce – sul piano teorico – rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza (infatti, la Corte di Cassazione in questi casi, ai sensi dell'art. 111, VIII co. Cost., opera al solo fine di risolvere le questioni di giurisdizione). Sul piano fattuale, appare evidente come tale elaborazione sia foriera di incertezze, in un sistema – come il nostro – in cui la certezza del diritto dovrebbe essere uno dei principi sovrani. Sul piano giuridico, tale orientamento, potrebbe essere accettato solo laddove intervenisse una legge di revisione costituzionale.

parole chiave

Giurisdizione dinamica – Limiti interni ed esterni – Gravità del vizio.

sommario

Premessa. – 1. Il caso. – 2. Il nuovo concetto di giurisdizione elaborato dalla S.C.: "Giurisdizione dinamica". – 3. L'orientamento tradizionale. – 4. Le "grosse" lacune del concetto di "giurisdizione funzionale". – 5. Il recente intervento della Corte Costituzionale. – 6. Brevi considerazioni.

Premessa

Il presente lavoro analizza, sinteticamente, l'iter motivazionale seguito dalle Sezioni Unite, soffermandosi, in particolare, sulle criticità di tale ricostruzione, la quale – sembrerebbe – collidere con taluni principi dettati dalla Costituzione.

1. Il caso

La pronuncia è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione dopo il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, 22 dicembre 2014, n. 6284. Quest'ultimo aveva confermato la legittimità dell'esclusione del raggruppamento appellante principale per vizi delle dichiarazioni relative ai requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 ed ha ribadito l'improcedibilità – già accertata in primo grado – dei motivi aggiunti, riproposti in sede di impugnativa, motivi che dunque non sono stati esaminati nel merito.

La parte soccombente proponeva ricorso per cassazione articolando due motivi.

Con il primo motivo, ha dedotto l'illegittimo rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale, posto in essere dal Consiglio di Stato, non avendo esaminato nel merito le questioni, già sollevate nel giudizio di primo grado con i motivi aggiunti, aventi ad oggetto la contestazione della sussistenza dei requisiti di ammissione alla gara, di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, in capo al raggruppamento a favore del quale era stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva.

Con il secondo motivo, parte soccombente, lamentava il contrasto della decisione del Consiglio di Stato con il principio di diritto sancito, dalla interpretazione dell'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, dalla Corte di giustizia 4 luglio 2013 C-100/12, *Fastweb*¹. Secondo tale principio², la norma esclude che l'esame del ricorso principale proposto da un concorrente contro l'aggiudicazione in favore dell'altro concorrente venga precluso, laddove vi sia l'accoglimento del ricorso incidentale³.

2. Il nuovo concetto di giurisdizione elaborato dalla S.C.: "giurisdizione dinamica"

Le Sezioni Unite accogliendo il ricorso proposto, hanno rielaborato l'orientamento tradizionale, giungendo a un concetto ampio di giurisdizione, detto "dinamico" o "funzionale" od anche "evolutivo"⁴, che

gli consentirebbe di sindacare non solo le norme sulla giurisdizione che individuano «i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale», ma anche quelle che stabiliscono «le forme di tutela» attraverso cui la giurisdizione si estrinseca.

Le argomentazioni addotte dalla Corte di Cassazione a sostegno di tale ragionamento sono diverse. In sintesi, la prima ragione può essere individuata, sull'effettiva portata dell'art. 111, VIII co, Cost. Infatti, la Suprema Corte ritiene che la tradizionale interpretazione "statica" della giurisdizione sia ormai superata, lasciando il posto a tale nuova concezione intesa «nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento»⁵. In buona sostanza, secondo questa interpretazione il sindacato ex art. 111, VIII co., Cost., ricomprende sia la violazione dei limiti esterni di giurisdizione sia la violazione dei limiti interni c.d. *errores in procedendo* o *in iudicando*. Altra ragione adottata dalla Corte di Cassazione, per ricostruire il concetto di giurisdizione nel senso appena descritto, è dovuta – come si legge nella motivazione della sentenza in rassegna – al ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto dell'Unione europea, garantendo in tal modo: il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale, il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva, il rilievo costituzionale del principio del giusto processo. In particolare, secondo i giudici della S. C., l'incontrollata espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva (determinate dal d. lgs. n. 80 del 1998), concedendo al giudice amministrativo la tutela risarcitoria degli interessi legittimi, dunque con riferimento a diritti soggettivi, provocherebbe divergenti interpretazioni della legge da parte del giudice ordinario e del giudice amministrativo, ognuno sottoposto a una differente nomofilachia⁶, generando il

¹ Sentenza 5 aprile 2016, C-689/13, in *Foro it.*, 2016, IV, 324, con nota critica di SIGISMONDI.

² Secondo quanto precisato da Corte di giustizia UE, sentenza 21 dicembre 2016, C-355/15, *GesmbH* in *Gazzetta forense*, 2017, 80, con nota di GILIBERTI, e *Archus cit.*

³ *Le Sezioni unite estendono il controllo sui "limiti esterni" della giurisdizione alle condizioni dell'azione di annullamento proposta davanti al G.A.*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴ Secondo tale più recente orientamento: «*attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce (...) non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio*»; sicché «*è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca*»; così Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254 (in *Foro it.*, 2009, I, 731, con nota di PALMIERI A., *id.*, 2009, 10, I, 2721 nota di PA-

GNI; *Corriere giur.*, 2009, 647, con nota di DI MAJO, PICOZZA; *Giornale dir. amm.*, 2009, 385 (m), con nota di TORCHIA; *Foro amm.* CDS 2008, 10, 2639 con nota di SATTA; *Dir. proc. amm.* 2009, 2, 460 con nota di GRECO; *Guida al diritto* 2009, 4, 64 con nota di FORLENZA; *Resp. civ. e prev.* 2009, 6, 1310 con nota di PATRITO) che sviluppa implicazioni delle precedenti ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660 (in *Foro it.*, 2007, I, 3181, con note di DE NICTOLIS, LAMORGESE; *Dir. proc. amm.* 2006, 4, 1007 con nota di MALINCONICO e ALLENA; *Guida al diritto* 2006, 28, 48 con nota di CARUSO; *Corriere del merito* 2006, 8-9, 1096 con nota di MADDALENA) e 16 novembre 2007, n. 23741

⁵ si sono rifatte, in particolare, queste Sezioni unite nella sentenza 23/12/2008, n. 30254 (che sviluppa implicazioni delle precedenti ordinanze 13/06/2006, nn. 13659 e 13660 e 16/11/2007, n. 23741.

⁶ Il punto di partenza di tale percorso è rappresentato dall'asserito incontrollato ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva (determinato dal d. lgs. n. 80 del 1998) e dalla devoluzione in favore del giudice amministrativo della tutela risarcitoria degli

fenomeno della concorrenza tra giurisprudenze parallele⁷.

3. L'orientamento tradizionale

Con tale sentenza le Sezioni Unite – ancora una volta – intendono ampliare l'ambito di operatività, ergo la portata, dell'art. 111, VIII co., Cost.. Infatti, la Corte, con una nuova interpretazione della nozione di "giurisdizione", ha cercato di estendere le ipotesi di sindacabilità in Cassazione, avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, rimcomprendendo non solo i casi di violazione dei limiti esterni di giurisdizione ma anche i casi in cui vi sia stata una violazione dei c.d. limiti interni.

Benvero, il tenore letterale dell'art. 111, VIII co., Cost., sembrerebbe molto più restrittivo rispetto all'interpretazione attuale fornita dalla S.C.. La norma statuisce che: "contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

Infatti, l'orientamento tradizionale, riteneva ammissibile il ricorso di cui innanzi, allorché vi fosse stata una violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione, ma non anche dei limiti interni. In buona sostanza, si ritenevano ricorribili in Cassazione, le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti o per motivi inerenti all'esistenza stessa della giurisdizione in senso lato in rapporto ad altri poteri dello Stato, ovvero quando il giudice amministrativo oltrepassava, in concreto, i limiti esterni della sua giurisdizione in rapporto con altri organi facenti parte del potere giurisdizionale in senso lato. (i) La prima ipotesi si verificava qualora il Consiglio di Stato affermava la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. invasione), ovvero, al contrario, la negasse sull'erroneo presupposto che la materia non potesse formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (c.d. arretramento). Tale ipotesi comprendeva anche il caso in cui, per materia attribuita alla propria giurisdizione di sola legittimità, il giudice compisse un sindacato di merito riservato all'amministrazione (c.d. sconfinamento). (ii) La seconda ipotesi si realizzava qualora il giudice amministrativo affermasse la propria giurisdizione su materie attribuite alla giurisdizione ordinaria o ad altra e diversa giurisdizione speciale (invasione/sconfinamento), o al contrario la negasse sull'erroneo presupposto che essa appartiene ad altri giudici (arretramento o male intesa autolimitazione)⁸.

interessi legittimi; si veda al riguardo BILE, *Un qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 1475 ss. E. VITTORIA, *Sparse considerazioni in tema di difetto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1041 ss.

⁷ Cfr. A. TRAVI, *Luci e ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 3, 2015

⁸ Cass., sez. un., 22.9.1997 n. 9344, in *FI* 1998, I, 1566, nt. TONOLETTI *Il sindacato della Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo*, in *FI* 1998, I;

Di *contra*, il superamento dei limiti interni, essendo un errore di giudizio, poteva essere corretto solo con l'impugnazione della sentenza. Se la pronuncia fosse stata emessa dal Consiglio di Stato, il rimedio esperibile sarebbe stata la revocazione⁹.

4. Le "grosse" lacune del concetto di "giurisdizione funzionale"

La sentenza resa dalle Sezioni Unite, ha fatto molto scalpore aprendo un lungo ed acceso dibattito tra gli operatori del diritto.

Nell'iter motivazionale della Corte si può evidenziare, in primo luogo, come la tesi estrema della Cassazione (secondo cui il ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione, ex articolo 111, VIII co., Cost., comprenda anche il sindacato avverso le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti affette da *errores in procedendo* o *in iudicando*) non può – assolutamente – essere qualificato come interpretazione evolutiva, in quanto non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale. Ciò si palesa ponendo a confronto il comma 7 dell'art. 111 Cost., il quale stabilisce il generale ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenza di altri giudici, ed il successivo comma 8, ove è specificato che il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i «*solis*» motivi inerenti alla giurisdizione. Emerge in maniera chiara la differenza portata dei due commi. Infatti, nel primo caso la Corte di Cassazione ha il potere di sindacare le decisioni di altri giudici per violazione di legge, nel secondo caso tale potere è escluso. Se così non fosse, o meglio se tale differenza non ci fosse, l'art. 111, VIII co., Cost. non avrebbe ragion di esistere¹⁰.

In secondo luogo, la Suprema Corte ritiene che tale ricostruzione possa garantire l'effettiva applicazione dei principi comunitari (come già illustrato innanzi). Appare evidente la forzatura operata dalla Corte, in quanto non possono essere qualificati come di "giurisdizione" le questioni attinenti al rispetto dei principi del diritto comunitario, tra i quali: l'effettività della tutela, il giusto processo e l'unità funzionale della giurisdizione. Seguendo la tesi della Cassazione, si finirebbe col ridurre al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità, sia pure particolarmente qualificata, che ne è estraneo. Si può ritenere, quindi, che i principi di effettività della tutela e del giusto processo devono essere garantiti dagli organi giurisdizionali a ciò deputati dalla Costituzione e non in sede di controllo della

Id., 19.1.2007 n. 1139; Id., 28.10.2009 n. 22759, ord.; per una disamina dei motivi inerenti alla giurisdizione denunciabili con ricorso per cassazione v. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, II ed., Torino 1994, 300.

⁹ M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 573

¹⁰ Corte Cost. del 18 gennaio 2018 sent. n. 6, in *Guida dir.* 8, 2018, 88, nt. D. PONTE, *Un segnale che punta a responsabilizzare gli attori del processo*.

giurisdizione¹¹. Si precisa, che la Corte di Cassazione nei casi di ricorso ex art. 111, VIII co., Cost., è giudice che dirime solo ed esclusivamente i conflitti di giurisdizione.

In terzo luogo, la proposta giurisdizione dinamica non può essere giustificata sulla base dell'osservazione che altrimenti, data l'incontrollata espansione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, si assisterebbe, con riferimento ai diritti soggettivi, a divergenti interpretazioni della legge da parte del giudice ordinario e del giudice amministrativo, ognuno sottoposto a una differente nomofilachia. In questi casi, non vi è alcuna norma di legge che autorizza la Corte di Cassazione a poter sindacare, le eventuali, violazioni di legge delle decisioni del Consiglio di Stato. Anche in questi casi, il controllo della Suprema Corte, dovrebbe fermarsi alla sola questione di giurisdizione sollevata.

5. Il recente intervento della Corte Costituzionale

Da ultimo si segnala una recente sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2018. La Corte Cost. ribadisce che il ricorso per Cassazione, ex comma 8 citato, va riferito alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei Conti affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta "invasione o sconfinamento"), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto "arretramento"); nonché, a quelle ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, che si verificano quando il giudice amministrativo o contabile affermino la propria giurisdizione in materie attribuite ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

Così delimitato l'ambito di controllo sui "limiti esterni" alla giurisdizione, secondo la Consulta non è consentita alla Cassazione la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti un'interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda.

6. Brevi considerazioni

Si è visto, brevemente, come la Suprema Corte, mediante l'elaborazione del concetto evolutivo di giurisdizione, stia cercando di ampliare l'ambito di operatività dell'art. 111, VIII co., Cost., attribuendosi funzioni e competenze che non sono previste da alcuna norma.

Come già ribadito, la Corte di Cassazione è il giudice che dirime i conflitti di giurisdizione (sin dal 1877 e tale potere è stato confermato con l'avvento

della Costituzione, seppur con una locuzione diversa rispetto a quella del 1877¹²). Pertanto la Corte ha il potere di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti solo nei casi di violazione dei limiti esterni¹³. Inoltre, vi è da sottolineare che la Suprema Corte non è l'organo apicale della giustizia amministrativa, pertanto il suo sindacato non può che essere circoscritto alle sole questioni di giurisdizione. Eventuali violazioni di norme di legge – sostanziale o processuale – dovranno essere, pertanto, oggetto di impugnativa innanzi all'organo apicale della giustizia amministrativa, che è: il Consiglio di Stato. Per tutto ciò, la portata dell'art. 111, VIII co., Cost., non può che essere quella tradizionale, ovvero tale ricorso è ammissibile solo allorché vi sia stata in concreto una violazione dei c.d. limiti esterni, ma non anche dei limiti interni. In sintesi, può dirsi che il superamento dei limiti interni alla giurisdizione, comporti un errore di giudizio, che può essere corretto solo con l'impugnativa della sentenza dinanzi al Consiglio di Stato.

Il conflitto sorto non fa altro che alimentare una gran confusione nel mondo giuridico e nella realtà sociale, in cui aleggia negli ultimi anni più che la certezza, l'incertezza del diritto. Il tutto, ovviamente, a scapito del cittadino e del privato.

Quindi, entrambe le istituzioni essendo al centro di una fitta rete di relazioni con nuovi attori e in particolare con la Corte di giustizia dell'Unione europea e con la Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui pronunce orientano, con diversa pregnanza, gli sviluppi del diritto nazionale, è necessario un "dialogo tra le corti"¹⁴ (che sembrerebbe già in atto), che includa necessariamente anche la Corte Costituzionale, il cui obiettivo deve essere la certezza del diritto.

¹¹ Cfr. Corte Cost., del 18 gennaio 2018 sent. n. 6 in *www.italgiure.giustizia.it*.

¹² Sul punto i Padri Costituenti avevano un quadro normativo rappresentato da: art. 3, l. n. 3761/1877; art. 48, r.d. n. 1054/1924; art. 362 c.p.c.

¹³ Cfr. Corte Cost. sent. n. 204 del 2004; Corte Cost. sent. n. 191 del 2006; Corte Cost. n. 140 del 2007 in *www.italgiure.giustizia.it*

¹⁴ MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *DPA*, 2012, 1713 per la proposta di istituzione di "un giudice della giurisdizione a composizione mista".

a cura di Almerina Bove

Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella

Dottoressa in giurisprudenza

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (*d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50*)

Avvalimento "a cascata" – Divieto – Eccezione

Il comma 6 dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui «L'ausiliario non può avvalersi a sua volta di altro soggetto» impone di escludere la possibilità del ricorso all'avvalimento a cascata. Tuttavia, non rientra nell'oggetto del divieto qualunque ipotesi in cui l'ausiliario si avvalga a sua volta di altro soggetto. L'avvalimento è consentito ogni qual volta non si sia verificata l'interruzione del rapporto immediato e diretto esistente tra ausiliaria e ausiliata nonché l'allungamento della catena dei subausiliari che costituisce il proprium dell'avvalimento "a cascata" e che ne giustifica il divieto.

Cons. Stato, sez. V, 02 marzo 2018, n. 1295 - Pres. G. Severini, Est. A. Maggio

Criteri di aggiudicazione – Offerta economicamente più vantaggiosa – La stazione appaltante non ha l'obbligo di attribuire alla migliore offerta tecnica il punteggio massimo previsto dal bando

Per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa nessuna norma di carattere generale impone alle stazioni appaltanti di attribuire alla migliore offerta tecnica in gara il punteggio massimo previsto dalla lex specialis mediante il criterio della c.d. doppia riparametrazione, la quale deve essere espressamente prevista dalla legge di gara.

Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1845 - Pres. C. Saltelli, Est. G. L. Barreca

Durc irregolare – Divieto di regolarizzazione postuma – L'impresa deve essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali per tutta la durata della procedura

Non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante, un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva.

Cons. Stato, sez. V, 08 marzo 2018, n. 1497 - Pres. C. Saltelli, Est. R. Giovagnoli

Durc irregolare – L'istituto dell'invito alla regolarizzazione può operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'auto-dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

Cons. Stato, sez. V, 08 marzo 2018, n. 1497 - Pres. C. Saltelli, Est. R. Giovagnoli

Durc irregolare – La stazione appaltante è tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura e a revocare l'eventuale aggiudicazione, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione

Ai sensi dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio, secondo cui la stazione appaltante che, in sede di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, riceve dall'ente previdenziale comunicazione di durc irregolare è tenuta ad escludere l'operatore dalla procedura, revocando l'aggiudicazione eventualmente effettuata, senza procedere al previo invito alla regolarizzazione, vale nel caso di irregolarità contributiva della impresa concorrente, non potendo operare nel caso di irregolarità di impresa ausiliaria della quale la concorrente intende avvalersi.

Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527 - Pres. G. Severini, Est. F. di Matteo

Impugnabilità delle clausole del bando ad efficacia non escludente – Condizioni dell'impugnazione

Le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.

Cons. di Stato, Ad.Pl., 26 aprile 2018, n. 4 - Pres. A. Pajno, Est. F. Taormina

Impugnazione dell'altrui ammissione alla gara – È necessaria la pubblicazione degli atti della procedura di gara – Eccezione

L'onere di immediata impugnativa dell'altrui ammissione alla procedura di gara senza attendere l'aggiudicazione, prevista dal comma 2 bis dell'art. 120 c.p.a., è ragionevolmente subordinato alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a proporre un ricorso "al buio", salvi i casi in cui vi sia l'effettiva piena conoscenza in data anteriore, circostanza da accertare con massimo rigore.

Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902 - Pres. L. Balucani, Est. S. Santoleri

Offerta economica – L'esclusione non è automatica se gli oneri per la sicurezza aziendale siano stati considerati nel prezzo complessivo dell'offerta

L'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica, ora codificato dall'art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta.

Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554 - Pres. L. Balucani, Est. M. Noccellì

Offerta – Piano economico finanziario – Ratio – Irregolarità – Divieto del soccorso istruttorio

Il Piano economico finanziario è volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico – finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l'intero periodo: il che consente all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione stessa. Pertanto, il PEF, che ha un riferimento temporale diverso da quello stabilito dalla lexspecialis di gara, non configura una mera irregolarità formale o un errore materiale e non è, dunque, sanabile mediante il soccorso istruttorio, che finirebbe per colmare sostanziali carenze dell'offerta.

Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214 - Pres. G. Severini, Est. D. Ravenna

Principio dell'invarianza della soglia – Lo sbarramento non si può applicare se il concorrente abbia tempestivamente impugnato l'atto di ammissione ai sensi dell'art.120, co. 2-bis c.p.a.

Lo sbarramento dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (principio della c.d. invarianza della soglia) secondo cui: "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte" non si può applicare nel caso in cui il concorrente abbia tempestivamente impugnato l'atto di ammissione, nelle forme e nei termini di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., in assenza di qualsivoglia "cristallizzazione" della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili – per il rapidissimo susseguirsi degli atti di gara – e, anzi, in pendenza di un subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta risultata prima graduata, ancora aperto.

Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579 - Pres. M. Lipari, Est. M. Noccellì

Requisiti di ordine generale – Risoluzione del contratto d'appalto – Le stazioni appaltanti non possono valutare discrezionalmente la risoluzione disposta da altra stazione appaltante

L'art. 80, comma 5, lett. c), consente alle stazioni appaltanti di escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata", la quale alternativamente non sia stata contestata in giudizio dall'appaltatore o sia stata "onfermata all'esito di un giudizio". L'indicata disposizione del nuovo codice dei contratti pubblici non è da ritenersi riproduttiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), del codice ora abrogato (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e, dunque, non consente alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante.

Cons. Stato, sez. V, 03 aprile 2018, n. 2063 - Pres. C. Saltelli, Est. P.G.N. Lotti

Requisiti di ordine generale – Gravi illeciti professionali – Elencazione semplificativa – Obbligo di motivazione in ordine alla gravità dell'illecito

L'elencazione contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (rimasto invariato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017) – nella parte in cui fa rientrare tra i “gravi illeciti professionali” anche “le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni” – ha carattere meramente semplificativo. La stazione appaltante dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di una valutazione discrezionale (che concerne la gravità dell'illecito, non la conseguenza dell'esclusione, che è dovuta se l'illecito è considerato grave) e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con mezzi adeguati.

Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299 - Pres. F. Caringella, Est. G. L. Barreca

Revoca dell'aggiudicazione – Illegittimità – Tardivo pagamento del contributo all'ANAC

È illegittima la revoca dell'aggiudicazione disposta a causa del tardivo pagamento – in data successiva a quella di scadenza delle offerte – del contributo ex art. 1, comma 67, l. 23 dicembre 2005, n. 266 a favore dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386 - Pres. C. Contessa, Est. F. Franconiero

Ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara – Il dies a quo decorre dalla notifica del ricorso principale

Il dies a quo per proporre il ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara del ricorrente principale decorre, in applicazione del principio dettato dall'art. 42, comma 1, c.p.a., dalla notifica del ricorso principale e non dalla conoscenza del provvedimento di ammissione pubblicato sul profilo del committente, ferma restando la preclusione all'attivazione di tale rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione.

Cons. Stato, sez. III, 27 marzo 2018, n. 1902 - Pres. L. Balucani, Est. S. Santoleri

Risarcimento del danno da perdita di chance – Modalità di calcolo

Il danno derivante non da mancata aggiudicazione di una gara pubblica – che va risarcito nella misura del c.d. interesse positivo, che ricomprende sia il mancato guadagno sia il danno c.d. curriculare – ma da perdita di chance favorevole va risarcito definendo la misura percentuale che, nella situazione data, presentava per l'interessato la probabilità di aggiudicazione – la chance appunto – tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e come poi si sarebbe evoluta.

Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527 - Pres. G. Severini, Est. F. di Matteo

Diritto tributario

LA TASSAZIONE DELL'IVA NELL'AMBITO INTERNAZIONALE: ELEMENTO DI FRODI,
E FUTURI SVILUPPI SULLA STRATEGIA DI QUESTO TRIBUTATO INDIRETTO 338
di Simone Mallardo

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 343
a cura di Maria Pia Natri



La tassazione dell'IVA nell'ambito internazionale: elemento di frodi, e futuri sviluppi sulla strategia di questo tributo indiretto

abstract

VAT is an indirect tax that has always represented the ideal terrain for frauds committed by criminal organizations. Precisely on this the European Commission wants to reform the VAT system, trying to arrive at a definitive system, different from the current one, which is able to cope with the various frauds.

The present work seeks to identify possible future scenarios of VAT, by virtue of the choices of the European Union to which the Member States will have to comply. Furthermore, it is highlighted that an adequate reform of the VAT system is essential for a return to the growth of the budgets of all the Member States, in the direction of a single market for the countries of the European Union.

Finally, the reformed VAT system that will be affirmed must be able to adapt to continuous economic changes and must above all be able to cope with threats.

keywords

VAT action plan – Reverse Charge – Taxation.

abstract

L'IVA è un tributo indiretto che da sempre ha rappresentato il terreno ideale per le frodi messe in atto dalle organizzazioni criminali. Proprio in merito a ciò la Commissione europea vuole riformare il sistema dell'IVA, cercando di arrivare ad un sistema definitivo, diverso da quello attuale, che sia in grado di far fronte alle varie frodi.

Il presente lavoro cerca di individuare i possibili scenari futuri dell'IVA, in virtù delle scelte dell'Unione europea a cui si dovranno uniformare gli Stati membri. Inoltre viene evidenziato che un'adeguata riforma del sistema dell'IVA sia essenziale per un ritorno alla crescita dei bilanci di tutti gli Stati membri, nella direzione di un mercato unico per i paesi dell'Unione europea.

Infine il riformato sistema IVA che si andrà ad affermare dovrà essere in grado di adattarsi ai continui cambiamenti economici e dovrà essere soprattutto in grado di fronteggiare le minacce.

parole chiave

VAT action plan – Reverse Charge – Tassazione.

sommario

Premessa. – **1.** Possibili sviluppi dell'IVA. – **2.** Il piano d'azione sull'IVA: *VAT action plan*. – **4.** Il *reverse charge*: elementi positivi e criticità. – **5.** Il nuovo sistema di tassazione dell'IVA nell'UE. – **6.** Conclusioni

Premessa

L'imposta sul valore aggiunto (IVA) è stata ideata in sede europea ed è stata poi introdotta in tutti gli stati membri dell'Unione europea in base ad un modello tracciato nel 1967 da due direttive comunitarie¹.

L'IVA è un'imposta indiretta sui consumi che colpisce le cessioni dei beni e le prestazioni di servizi, che grava sul consumatore finale (mentre è tendenzialmente neutrale per l'imprenditore/lavoratore autonomo) e viene riscossa dallo Stato in cui il bene è immesso in consumo²; tale imposta è stata creata in Francia nel 1954³, ed è stata istituita in Italia con il d.P.R. 26 ottobre 1972, n.633.

Le ragioni per cui la Comunità europea ha imposto ai paesi membri l'adozione dell'IVA sono diverse, una delle quali è sicuramente perché grazie ad essa si conosce il carico fiscale di un bene, senza porre in essere agevolazioni sulle esportazioni e aggravii sulle importazioni; quindi l'IVA è stata preferita in sede comunitaria perché garantisce una certa neutralità rispetto, ad esempio, al meccanismo degli scambi internazionali⁴.

Inoltre la comunità economica europea (CEE) con il trattato di Roma del 25 marzo 1957 ha voluto condividere l'obiettivo di creare un mercato unico europeo che avesse i caratteri di un vero e proprio mercato interno⁵, nel quale le merci ed i servizi potessero circo-

¹ Le prime due direttive furono recepite dalla delega per la riforma tributaria (L. 9 ottobre 1971, n. 825, art.5) e dal d.P.R. 26 ottobre 1973, n. 633.

² L. Tosi, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2013, p. 151.

³ La TVA (Taxe sur la valeur ajoutée) è stata inventata in Francia nel 1953 da Maurice Lauré, in quel tempo funzionario del Ministero delle Finanze. Con la legge del 10 aprile 1954, la TVA è entrata a far parte dell'ordinamento tributario francese. Il successo dell'IVA è stato così alto che oggi è l'imposta più diffusa al mondo, infatti la troviamo in oltre 160 stati.

⁴ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte speciale*, Torino, 2016, p. 217.

⁵ La nozione di mercato interno è contenuta nell'art. 26 del

lare senza ostacoli di natura fiscale, al fine di superare la distinzione tra mercato nazionale ed extranazionale, quindi, per conseguire tale obiettivo, era necessario un processo di armonizzazione a livello europeo che ha coinvolto anche l'imposta sul valore aggiunto.

L'adozione di un modello impositivo europeo, sovranazionale e condiviso, determinava di conseguenza una parità di trattamento dei soggetti economici, indipendentemente dalla nazionalità, perciò con l'abolizione delle frontiere fiscali e dei controlli, era necessario un sistema comune di imposizione sugli scambi che trattasse allo stesso modo gli acquisti e le vendite sia intra-UE, sia quelle effettuate all'interno dei confini dello Stato membro.

Inizialmente l'idea era stata quella di tassare le merci nel paese di origine, tuttavia tale sistema non è andato in porto a causa delle differenze di aliquote e in parte anche di regimi fiscali.

Lo schema provvisorio di determinazione dell'IVA intracomunitaria che è stato adottato, si basa sull'esenzione delle esportazioni e sull'accollo dell'IVA da parte dell'importatore, secondo lo schema del *reverse charge*, ed ha determinato nel tempo una moltiplicazione di frodi per evadere l'IVA.

Poiché il regime transitorio dell'IVA è in vigore da oltre 20 anni, la Commissione europea ha presentato nel 2010 il Libro verde sul futuro dell'IVA⁶ per migliorare, semplificare e ottimizzare tale sistema; in particolare sono state oggetto di analisi le modalità di riscossione dell'IVA e il monitoraggio dei contribuenti per valutare il lato economico di tale sistema, in quanto essa serve anche a finanziare il bilancio dell'Unione europea, infatti gli Stati membri sono tenuti a devolvere all'Unione parte del gettito del tributo e devono garantirne la corretta applicazione, nonché l'effettiva riscossione.

1. Possibili sviluppi dell'IVA

Nel 2011 la Commissione europea ha presentato al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico europeo, una comunicazione⁷ sui risultati della consultazione pubblica in materia di riforma dell'IVA, inoltre tale comunicazione mira a delineare un piano che porti a delineare una riforma in grado di contribuire a conseguire gli obiettivi della strategia Europea 2020 e di incentivare la crescita.

In aggiunta la comunicazione ha messo in risalto che nel prossimo futuro non si può realizzare un regime definitivo dell'IVA, basato sul principio dell'imposizione nel paese di origine, perciò Stati membri, Parlamento europeo e parti interessate si sono accordati sulla possibilità di adottare un sistema basato sull'im-

posizione nel luogo di destinazione che funzioni efficacemente.

La Commissione ha stabilito che i lavori si dovranno basare su due principi direttivi: il primo di semplicità e sicurezza delle attività economiche all'interno dell'Unione europea; e il secondo che i costi di conformità in materia di IVA legati ad attività economiche in Europa dovranno essere ridotti.

Infine l'obiettivo sarà quello di creare un sistema dell'IVA solido e che sia non vulnerabile da attività di frode⁸, nonché semplice, efficiente e neutrale.

Per quel che riguarda la semplificazione, la comunicazione indica la creazione di uno sportello unico, la fornitura alle imprese di informazioni più accessibili e di migliore qualità a livello dell'UE, la necessità di migliorare la *governance* dell'IVA a livello dell'Unione Europea e la normalizzazione degli obblighi in materia di IVA.

Ulteriore tassello importante della comunicazione è sicuramente il problema della frode dell'IVA, ma anche gli eventuali errori e, alle volte, la negligenza legata alla riscossione di tale tributo; in merito a ciò il successo delle misure antifrode dipende direttamente dalla capacità amministrativa delle autorità nazionali, e per questo la Commissione vuole rafforzare l'efficacia e l'efficienza di tali amministrazioni. In più la Commissione ha intenzione di costituire un gruppo transfrontaliero di revisori dell'UE per facilitare e migliorare i controlli multilaterali, oltre che incoraggiare gli Stati membri al fine di migliorare l'attività di Eurofisc⁹.

Infine la comunicazione ha il merito di aver individuato le caratteristiche fondamentali di un futuro sistema UE dell'IVA.

Dopo molti anni di tentativi senza esito, la Commissione ha abbandonato l'obiettivo di attuare un sistema definitivo dell'IVA basato sul principio dell'imposizione di tutte le cessioni transfrontaliere di beni nello Stato membro di origine alle stesse condizioni applicate al commercio interno, aliquote IVA comprese. Il Parlamento europeo e il Consiglio hanno convenuto che il sistema definitivo doveva basarsi sul principio dell'imposizione nello stato membro di destinazione dei beni.

- Le iniziative attuate in seguito hanno riguardato:
- meccanismi per combattere frode improvvisa e massiccia dell'IVA
 - un regime di *governance* più trasparente per il siste-

⁸ La frode iva giuridicamente si sostanzia nella violazione dell'articolo 1, par. 2, della Direttiva 2006/112/CE che definisce il sistema di applicazione dell'iva e ne stabilisce l'applicazione fino allo stadio ultimo della vendita al dettaglio. Sul punto si veda al riguardo DONÀ G. e VISCARDINI W., *La tutela penale e amministrativa degli operatori economici e gli interessi finanziari dell'Unione europea*, Padova, 2000.

⁹ Eurofisc è un progetto di network formato da funzionari nazionali istituito dal Consiglio con il regolamento n. 904/2010 del 7 ottobre 2010, al fine di individuare e combattere i nuovi casi di frode al regime IVA nelle operazioni transfrontaliere.

TFUE (ex art. 14 del TCE).

⁶ COM (2010) 695, del 1 dicembre 2010.

⁷ Verso un sistema dell'IVA più semplice, solido ed efficiente adattato al mercato unico 6 dicembre 2011, COM (2011) 851 definitivo, Bruxelles.

ma dell'IVA nell'Unione, che ha coinvolto tutte le parti interessate¹⁰.

2. Il piano d'azione sull'IVA: VAT action plan

La Commissione nell'aprile 2016 ha pubblicato il piano d'azione sull'IVA¹¹, sempre nell'ottica di semplificazione del sistema. Esso espone tutte le misure da adottare per far fronte al grosso problema del divario dell'IVA, cioè la differenza tra le entrate IVA previste e quelle effettivamente riscosse negli Stati membri, e nel 2013 tale divario ammontava a 170 miliardi di euro.

La linea principale d'azione del piano è la lotta al rischio di frode, in quanto si stima che le sole frodi transfrontaliere rappresentino una perdita di gettito IVA pari a circa 50 miliardi di euro all'anno nell'Unione europea.

Tra i vari obiettivi che il piano si prefigge si raggiungere, oltre a quello di semplificare il sistema per le imprese e di fronteggiare i rischi di frode¹², esso mira a favorire l'efficienza (anche con l'utilizzo della tecnologia digitale, la quale potrebbe ridurre i costi di riscossione delle entrate) e creare una situazione di maggiore fiducia ed armonia tra le imprese e le Amministrazioni fiscali e tra queste ultime all'interno dell'Unione.

Dati tali obiettivi, il piano d'azione poggia su quattro pilastri fondamentali: la modernizzazione e semplificazione dell'IVA nel commercio elettronico transfrontaliero in particolare per le PMI; migliorare il dialogo tra le varie Amministrazioni fiscali dell'Unione europea attraverso una maggiore cooperazione amministrativa; la realizzazione del sistema d'imposizione nel Paese di destinazione dei beni; e infine la revisione del sistema di aliquote IVA.

Inoltre giova sottolineare che il sistema attuale è difficile da riformare anche a causa del requisito dell'unanimità fra tutti gli Stati membri il quale rappresenta un ostacolo considerevole ai vari punti di riforma proposti dalla Commissione, sebbene però, quest'ultima evidenzia che mantenere immutato lo scenario può comportare solo maggiori costi di conformità e incertezza giuridica fra le varie aziende.

Sebbene l'obiettivo di armonizzazione delle aliquote

¹⁰ È stato istituito un gruppo di esperti e il forum dell'Unione Europea sull'IVA, oltre alla pubblicazione di note esplicative e orientamenti a cura del comitato dell'IVA.

¹¹ Com (2016) 148 final del 7 aprile 2016.

¹² Nelle sue conclusioni del 25 maggio 2016 il Consiglio ha preso nota dei punti sollevati dalla Commissione nel suo piano d'azione sull'Iva per quanto riguarda il cammino verso un sistema dell'Iva definitivo e la sua intenzione di presentare nel 2017 una proposta legislativa inerente al sistema dell'Iva definitivo per gli scambi *business to business* transfrontalieri.

Ha inoltre ribadito che il principio "dell'imposizione, nello Stato membro di origine, delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi" dovrebbe essere sostituito dal principio "dell'imposizione nello Stato membro di destinazione. Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 24 novembre 2016 sul tema "Verso un sistema IVA definitivo e lotta contro le frodi ai danni dell'IVA (2016/2033-INI)"*.

te e quello dell'adozione di un regime definitivo sembrano difficili da raggiungere, la strada, invece, della cooperazione tra i vari stati membri con una migliore collaborazione tra le autorità delle varie Amministrazioni fiscali sembra più attuabile¹³.

Infine non va tralasciato che le proposte Direttive e/o Regolamenti di esecuzione, presentate dalla Commissione UE, non diventano oggetto d'immediato esame in seno all'apposito Gruppo Questioni Fiscali, in essere presso quest'ultimo Organismo. Infatti, è lo Stato membro, a cui è attribuita la Presidenza di turno, durante ciascun semestre, a decidere quale delle proposte legislative della Commissione UE debba essere discussa, senza alcun obbligo di continuare i lavori portati avanti dalla Presidenza uscente.

3. Il reverse charge: elementi positivi e criticità

Il ruolo dell'istituto del *reverse charge* quale strumento di contrasto ai fenomeni fraudolenti che investono l'imposta sul valore aggiunto si è imposto in sede comunitaria nel tempo, in corrispondenza all'emergere della sempre maggiore consapevolezza di non poter approdare al regime definitivo dell'iva, fondato sul principio di tassazione nel Paese di origine dell'operazione, a causa dell'insufficiente grado di armonizzazione delle legislazioni nazionali che tale sistema richiederebbe per poter essere introdotto¹⁴.

Il *reverse charge*, ossia il meccanismo di inversione contabile dell'IVA è nato come strumento finalizzato alla lotta contro le frodi Iva in modo da impedire che chi effettua la cessione di un bene e chi lo acquista, non versi l'imposta di valore aggiunto o ne chieda il rimborso all'Erario. Invero, attualmente, chi fornisce la merce prima fattura e poi paga al Fisco: con l'inversione contabile, è il venditore al dettaglio (l'acquirente della merce, non il consumatore finale) a pagare direttamente l'imposta sul valore aggiunto allo Stato; si salta, quindi, un passaggio e si evitano "manipolazioni".

Infatti, trasferendo il compito dell'assoluzione del pagamento dell'Iva sul destinatario, l'Erario ha una maggiore possibilità di controllo sugli adempimenti. Pertanto, senza il *reverse charge* il fornitore o venditore avrebbe emesso una fattura con IVA che sarebbe stata versata dall'acquirente al fornitore; quest'ultimo (si spera) l'avrebbe poi versata allo Stato mentre l'acquirente l'avrebbe portata in detrazione.

Applicando il *reverse charge* IVA, invece, entrambe queste operazioni vengono effettuate dall'acquirente; quest'ultimo addebiterà l'IVA sulla cessione al consumatore finale, il soggetto passivo effettivo dell'imposta.

Il *reverse charge* è nato quindi come un meccani-

¹³ C. BUCCICO, *La tassazione dell'IVA nel Paese di destinazione: un apparente ritorno al passato che scommette sul futuro dell'UE*, *Innovazione e diritto*, 4/2017.

¹⁴ Sul tema si veda anche A. SACCONI, *Il Reverse Charge quale strumento per la lotta alle frodi IVA*, in *Innovazione e Diritto*, n. 4/2007.

simo contabile e fiscale la cui finalità è proprio quella di eliminare l'evasione dell'IVA, evitando che l'acquirente detragga l'IVA anche in mancanza di versamento da parte del fornitore.

Inoltre nei rapporti intracomunitari, invece, lo scopo della diffusione di questo sistema è stato quello di evitare la detrazione di Iva applicata da fornitori esteri e incassata, quindi, da Stati esteri.

La Commissione europea il 21 dicembre 2016 ha pubblicato la proposta di Direttiva del Consiglio che modifica la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune dell'IVA riguardante l'applicazione temporanea di un meccanismo generalizzato di inversione contabile per tutte le transazioni di valore unitario superiori a 10 mila euro, tale proposta era stata già presentata durante la riunione Ecofin 17 giugno 2016¹⁵.

Quindi in base alla proposta, e fino al 30 giugno 2022, si può applicare in modo generalizzato il *reverse charge*, per le operazioni superiori alla soglia dei 10 mila euro, dove il debitore d'imposta sarà esclusivamente il consumatore finale; e lo Stato che adotta tale sistema dovrà presentare un'istanza alla Commissione, la quale entro tre mesi dalla domanda autorizzerà o rigetterà l'istanza. In più lo Stato membro dovrà presentare anche una relazione intermedia ed una finale sull'impatto globale del sistema.

Sebbene il *reverse charge* nasce per contrastare le frodi carosello¹⁶, esso nasconde in sé alcuni punti critici¹⁷, in quanto il fatto che gli scambi intermedi non hanno più una manifestazione finanziaria comporta l'abbandono del principio di frazionamento dell'imposta e, come visto, l'imposta viene traslata in avanti fino al momento della cessione al consumatore finale. Da ciò possono manifestarsi nuove tipologie di frode come ad esempio il c.d. furto della partita IVA¹⁸.

Inoltre anche se grazie al *reverse charge* sono stati raggiunti buoni risultati per contrastare le frodi, giova evidenziare la sua efficacia solo nel breve termine, e non anche nel medio-lungo termine, ciò a causa dei maggiori oneri amministrativi degli operatori economici per assicurare un adeguato controllo dei soggetti lungo la catena produttiva dei beni, ma anche della ca-

pacità delle organizzazioni criminali sempre capaci di trovare e colpire i sistemi di debolezza di ogni sistema.

4. Il nuovo sistema di tassazione dell'IVA nell'UE

La Commissione europea, il 4 ottobre 2017¹⁹, ha varato il piano della più grande riforma delle norme dell'Unione in materia di IVA degli ultimi venticinque anni. Questo rilancio dovrebbe migliorare e modernizzare il sistema sia per le amministrazioni che per le imprese. Nel complesso, più di 150 miliardi di euro²⁰ vengono persi ogni anno, il che si traduce nella perdita di entrate che gli Stati membri potrebbero invece utilizzare per scuole, strade e assistenza sanitaria.

La Commissione auspica un sistema dell'IVA che aiuti le imprese europee a cogliere tutti i vantaggi del mercato unico e a competere sui mercati mondiali; viene abbandonato il principio della tassazione nel paese di origine, che obbligherebbe all'adozione delle stesse aliquote in tutti i paesi dell'Unione europea, e si attuerà la tassazione nel paese di destinazione (come prevedeva lo schema originario vigente fino al 1992, senza però reintrodurre le barriere doganali).

Secondo tale sistema l'IVA sarà applicata dal cedente, riscossa nel Paese di origine e poi trasferita al Paese di destinazione, in cui i beni sono consumati.

Le imprese, in ottica di semplificazione e di riduzione degli adempimenti fiscali e burocratici, saranno in grado di effettuare dichiarazioni, pagamenti e detrazione dell'IVA per le forniture transfrontaliere attraverso un unico portale elettronico direttamente nel proprio Stato di stabilimento, come avviene dal 2015 per la fornitura di servizi elettronici posta in essere verso *consumers* comunitari. In seguito gli Stati membri "compenseranno" l'imposta a debito ed a credito direttamente con gli altri Paesi europei; inoltre saranno semplificate le regole di fatturazione ed eliminati gli elenchi intrastat.

Inoltre con la proposta del 4 ottobre 2017 è stata

¹⁵ Durante tale riunione la Commissione si impegnava a presentare in breve tempo una proposta legislativa in deroga al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto.

¹⁶ In merito a ciò si veda P. MERCURIO, *Iva: gli abusi attuati con la cosiddetta "frode carosello"*, Il Fisco, n. 26 del 2 luglio 2007; J. SWINKELS, *Carousel Fraud in the European Union*, in *International Vat Monitor*, March/April 2008 e F. BORSELLI, *Pragmatic Policies to Tackle VAT Fraud in the European Union*, in *International Vat Monitor*, September/October 2008.

¹⁷ Un'analisi storica del fenomeno è rinvenibile in E. BARANI, *Le frodi fiscali in materia di iva*, Ceda, 1972.

¹⁸ Il consumatore per evitare l'assoggettamento al tributo potrebbe fornire un numero di partita iva fittizio, riconducibile a soggetti economici differenti. Tale meccanismo, infatti, sotto il profilo delle frodi assume un grado di rischio maggiore in quanto, con l'abbandono della riscossione frazionata, si presta alla sottrazione dell'intero ammontare di IVA prodotto nel ciclo produttivo.

¹⁹ Pierre Moscovici, Commissario per gli Affari economici e finanziari, la fiscalità e le dogane, ha dichiarato: "Venticinque anni dopo la creazione del mercato unico, le imprese e i consumatori si trovano ancora di fronte a 28 diversi regimi IVA per le operazioni transfrontaliere. Criminali e potenziali terroristi hanno sfruttato questa frammentazione per troppo tempo, organizzando frodi per un importo pari a 50 miliardi di euro all'anno. Questo sistema anacronistico basato sulle frontiere nazionali deve cessare! Entro il 2022 gli Stati membri dovrebbero trattare le operazioni IVA transfrontaliere all'interno del nostro mercato unico alla stregua delle operazioni nazionali.

La proposta odierna dovrebbe ridurre le frodi transfrontaliere sull'IVA dell'80% circa e, al tempo stesso, renderà la vita più facile alle imprese dell'UE che operano a livello transfrontaliero, snellendo la burocrazia e semplificando le procedure relative all'IVA. Insomma, buone notizie per le imprese, i consumatori e i bilanci nazionali, brutte notizie per i truffatori."

²⁰ Di questi, circa 50 miliardi di euro (ossia 100 euro per ogni cittadino dell'UE ogni anno) sono riconducibili alle frodi transfrontaliere sull'IVA e possono essere impiegati per finanziare le organizzazioni criminali, compreso il terrorismo.

introdotta la figura del CTP²¹ (*certified taxable person*), ossia il soggetto passivo certificato, il quale può essere considerato con tale denominazione un contribuente affidabile, infatti esso deve essere in regola con il pagamento delle imposte, avere un adeguato sistema di controlli interni, e dimostrare la propria solvibilità; inoltre esso potrà applicare il regime dell'esenzione agli scambi intracomunitari, e in tale circostanza l'acquirente sarà responsabile del pagamento dell'IVA dovuta direttamente allo stato membro di destinazione.

Acquisita tale qualifica, gli verrà riconosciuta in tutti i paesi dell'Unione europea, con le rispettive semplificazioni.

Infine lo *status* di soggetto passivo certificato potrà essere verificato *on line*, analogamente a quanto attualmente accade nel caso di verifica dell'esistenza di un numero di partita IVA, tramite l'inserimento dei relativi dati identificativi nel sistema di scambio di informazioni VIES.

La proposta legislativa sarà trasmessa agli Stati membri in seno al Consiglio per approvazione e al Parlamento europeo per consultazione. La Commissione intende dare seguito a questa iniziativa nel 2018 con una proposta legislativa dettagliata intesa a modificare la cosiddetta "direttiva IVA" a livello tecnico, in modo che il regime dell'IVA definitivo proposto possa essere attuato senza problemi.

5. Conclusioni

IL sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (IVA) svolge un ruolo importante nel Mercato unico europeo. Tale tributo è considerato una fonte importante di entrate nell'Unione europea²², sebbene nonostante le numerose riforme, il sistema dell'imposta sul valore aggiunto non ha retto i numerosi cambiamenti economici ed in più è stato terreno fertile per le frodi, soprattutto per le operazioni a livello transfrontaliero.

Tutto ciò ha portato la Commissione ad introdurre una riforma per migliorare tale sistema e modificarne quello attuale.

Se è vero che gli Stati membri si stanno già impegnando per ridurre i rispettivi divari dell'IVA; la modernizzazione del sistema dell'IVA e il suo adeguamento per far fronte alla sfida delle frodi su vasta scala rimangono il modo più sicuro per garantire il futuro del mercato unico. La riforma dell'attuale sistema dell'IVA dovrebbe inoltre contribuire allo sviluppo del mercato unico digitale integrandosi nel programma della Commissione volto a realizzare un sistema fiscale UE più equo ed efficiente.

Nel mutato scenario politico ed economico europeo, la riforma del sistema europeo dell'IVA, al fine di rafforzarne la coerenza con il Mercato unico e la

capacità di incrementare le entrate migliorandone l'efficienza economica, la solidità e il contributo ad altre politiche e riducendo nel frattempo i costi di conformità alle norme e di riscossione passa, inevitabilmente, per l'affermazione di una nuova ovvero rinnovata scelta politica.

Inoltre analizzando il divario dell'IVA, ossia la differenza tra le entrate attese e quelle effettivamente avvenute si stima che sono stati evasi diverse centinaia di miliardi di euro, in particolare nel 2014 l'evasione era di 159,5 miliardi di euro. Inoltre tra i vari paesi dell'UE, il paese con la più alta evasione dell'IVA è l'Italia, che da sola evade circa 1/4 dell'evasione totale dell'UE, e per far fronte a questo dato negativo, i vari governi che si sono succeduti, nonostante indirizzi politici diversi, hanno applicato politiche fiscali che hanno avuto effetti devastanti solo nei confronti del piccolo imprenditore, senza produrre effetti evidenti sulla contrazione dell'evasione strutturale.

In conclusione bisogna continuare a sottolineare è che un'adeguata riforma del sistema dell'imposta sul valore aggiunto è essenziale per risanare i bilanci degli Stati membri, ma ciò che preme evidenziare è che il miglioramento di un tale sistema sia adatto a combattere le numerose frodi che si sono verificate negli ultimi anni.

²¹ Nuovo art. 13-*bis* direttiva 2006/112/CE secondo quanto previsto dalla proposta di direttiva Com (2017) 569 final.

²² Nel 2015 l'IVA ha raccolto più di 1000 miliardi di euro nell'UE, circa il 7% del PIL dell'Unione.

a cura di Maria Pia Nastri

Professore associato di diritto tributario, facoltà di Giurisprudenza, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

CORTE COSTITUZIONALE

CORTE DI CASSAZIONE

Accertamento induttivo – Indizi di legittimità – Rinuncia – Rettifica dichiarazione redditi d'impresa

In tema di rettifica delle dichiarazioni dei redditi d'impresa, qualora l'amministrazione constati delle irregolarità della contabilità di gravità tale da determinare un'inattendibilità globale delle scritture, è autorizzata, ai sensi delle citate disposizioni, a prescindere da essere, a procedere in via induttiva, avvalendosi anche di semplici indizi sforniti dei requisiti necessari per costituire prova presuntiva.

Pertanto, nel caso di specie, è stato ritenuto legittimo l'accertamento induttivo effettuato dall'Agenzia delle Entrate sulla base di semplici indizi consistiti nella rinuncia da parte del contribuente avvocato a compensi per prestazioni professionali. Secondo i giudici la rinuncia "diffusa e sistematica" ai compensi per le prestazioni professionali, anche di non modico valore, connotava di gravità, precisione e concordanza, le presunzioni di maggiori redditi accertati induttivamente dall'amministrazione finanziaria, trattandosi di comportamento che, tenuto conto del numero esiguo delle fatture emesse e dell'esiguità del reddito dichiarato, configgeva con le elementari regole di ragionevolezza, non superabile dalle dichiarazioni rese da alcuni clienti, in quanto prive di intrinseca credibilità.

Cass., sez. VI, ord. 14 marzo 2018, n. 6215 - Pres. E. Cirillo, Rel. L. Luciotti

Decadenza – Raddoppio dei termini – Irap – Reati tributari – D.Lgs. n. 74/2000

Se l'accertamento fiscale è notificato oltre gli ordinari termini decadenziali, usufruendo dell'istituto del raddoppio dei termini, il recupero di maggiori somme a titolo d'imposta regionale sulle attività produttive è comunque illegittimo. Viene a mancare, infatti, il presupposto della rilevanza penale delle condotte per l'applicazione del termine lungo. Ciò dipende dal mancato inserimento delle violazioni relative all'Irap tra le ipotesi delittuose inserite nel D.Lgs. n. 74/2000, testo che ricomprende in maniera esplicita solamente i reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. Il raddoppio di termini può aver luogo solamente a condizione che la violazione comporti un obbligo di denuncia penale per uno dei reati contemplati dal D.Lgs. n. 74/2000.

Cass., sez. VI, ord. 19 gennaio 2018, n. 1425 - Pres. M. Iacobellis, Rel. M. E. La Torre

Ici – Agevolazione prima casa – Abitazione principale – Presunzione – Risultanze anagrafiche

In tema di Ici, ai fini del riconoscimento dell'agevolazione "prima casa" per l'immobile adibito ad abitazione principale, le risultanze anagrafiche hanno sì un valore presuntivo relativamente al luogo di residenza effettivo del contribuente, ma tale presunzione, valida in prima battuta, può essere superata dalla prova contraria, desumibile da qualsiasi fonte di convincimento. L'apprezzamento di tali elementi probatori è affidato al solo giudice di merito. L'agevolazione ICI per la prima casa va quindi verificata con riferimento alle risultanze anagrafiche solo in prima approssimazione, dovendosi valutare gli altri eventuali elementi di prova che dimostrino che la situazione reale differisce da quella che viene evidenziata nei registri comunali.

Cass., sez. VI, ord. 17 aprile 2018, n. 9429 - Pres. S. Schirò, Rel. L. Solaini

CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

Imposta sul valore aggiunto – Direttiva 2006/112/CE – Omesso versamento IVA – Sanzione amministrativa e penale per il medesimo fatto – Natura penale di una sanzione amministrativa – Artt. 50 e 52 Carta dei diritti fondamentali della UE – Ne bis in idem – Principio di proporzionalità

L'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non osta ad una normativa nazionale che consenta di avviare per i medesimi fatti ed a carico della medesima persona un procedimento penale per omesso versamento IVA, anche se a tale persona sia stata già inflitta in maniera definitiva una sanzione amministrativa di natura penale. Condicio sine qua non è che la normativa che consenta il cumulo sia diretta a tutelare un obiettivo di carattere generale, identificato nel caso di specie con la lotta all'evasione IVA e che disponga di meccanismi in grado di modulare la severità delle sanzioni imposte a quanto strettamente necessario ai fini della realizzazione dell'obiettivo, compatibilmente con il principio di proporzionalità. Nel caso analizzato dalla Corte la disciplina nazionale dettata dagli artt. 13 D.lgs. 471/97 e 20-21 D.lgs. 74/2000 permette di differenziare le condotte e la punibilità delle stesse attraverso la sussistenza di soglia minima di evasione per la punibilità penale e al tempo stesso di tenere in considerazione, in sede penale, l'eventuale pagamento volontario del debito tributario che costituisce circostanza attenuante. Spetta in ogni caso al giudice del rinvio, valutare che l'onere gravante sul contribuente a seguito del cumulo dei procedimenti e delle sanzioni non contrasti con il principio di proporzionalità.

C.G.U.E., 20 marzo 2018, C- 524/15, *Menci*

Soggetti Passivi – Iva – Diritto alla detrazione – Principio di neutralità – Fattura

I giudici comunitari hanno dichiarato contrastante con il diritto europeo la normativa portoghese in base alla quale era stato negato a una società il diritto a detrarre l'Iva, ritenendolo scaduto, in seguito a un accertamento che aveva dichiarato la debenza di un supplemento d'imposta, sopraggiunto a distanza di vari anni da una cessione di beni. La Corte di giustizia premette che il diritto dei soggetti passivi di detrarre dall'Iva, di cui sono debitori, l'imposta dovuta o versata a monte per i beni acquistati e per i servizi loro prestati, costituisce un principio fondamentale del sistema comune dell'Iva. Il regime delle detrazioni, infatti, mira a sgravare interamente l'imprenditore dall'onere dell'Iva dovuta o pagata nell'ambito di tutte le proprie attività economiche. Il principio della neutralità fiscale, posto alla base del sistema comune, garantisce, quindi, la perfetta neutralità dell'imposizione fiscale per tutte le attività economiche, indipendentemente dallo scopo o dai risultati, purché siano di per sé soggette a Iva. Il diritto alla detrazione è, tuttavia, subordinato all'osservanza di requisiti o di condizioni tanto sostanziali che formali. Sebbene il diritto a detrazione, conformemente all'articolo 167 della direttiva Iva, sorga contestualmente all'esigibilità dell'imposta, il suo esercizio è possibile, ai sensi dell'articolo 178 della direttiva stessa, solo dal momento in cui il soggetto passivo venga in possesso della fattura.

C.G.U.E., 12 aprile 2018, C- 8/2017, *Biosafe – Indústria de Reciclagens SA*

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA 346
a cura di Celeste Pesce, Francesco Romanelli

INTERNAZIONALE

a cura di

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Francesco Romanelli

Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

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

Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia civile – Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale – Regolamento (CE) n. 2201/2003 – Giudice di uno Stato membro investito di una domanda di autorizzazione giudiziaria a rinunciare a un'eredità per conto di un minore – Competenza in materia genitoriale – Proroga di competenza – Articolo 12, paragrafo 3, lettera b) – Accettazione della competenza – Presupposti.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Sesta Sezione

Sentenza del 19 aprile 2018 - Causa C – 565/16 - ECLI:EU:C:2018:265

Nell'ipotesi in cui entrambi i genitori del minore residenti in altro Stato membro chiedano l'autorizzazione alla rinuncia all'eredità per conto del minore al Giudice del luogo dove si è aperta la successione, ove non vi sia opposizione da parte del Pubblico Ministero, parte necessaria del giudizio, deve ritenersi prorogata la competenza in favore del Giudice adito.

I genitori residenti in Italia di una minore, parimenti residente nel nostro Paese, hanno adito il Giudice di Pace di Lero per sentirsi autorizzare alla rinuncia all'eredità del nonno materno nell'interesse della figlia. Il Giudice di Pace ha quindi posto la seguente questione pregiudiziale: «In un caso in cui è chiesta l'autorizzazione a rinunciare a un'eredità, con domanda di autorizzazione depositata dinanzi a un'autorità giurisdizionale greca dai genitori di un minore con residenza abituale in Italia, se, ai fini della validità di una proroga di competenza ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, lettera b), del regolamento n. 2201/2003:

- a) vi sia accettazione univoca della proroga di competenza da parte dei genitori con il semplice deposito della domanda di autorizzazione dinanzi all'autorità giurisdizionale greca;
- b) il Pubblico ministero sia una delle parti al procedimento che devono accettare la proroga di competenza al momento del deposito della domanda, considerato che, conformemente alle disposizioni di diritto greco, questi è per legge parte in tale procedimento;
- c) la proroga di competenza sia nell'interesse del minore, dato che quest'ultimo e i genitori parti attrici hanno residenza abituale in Italia, mentre l'ultimo domicilio del de cuius era, e l'eredità si trova, in Grecia».

Giova precisare che il PM non aveva sollevato alcuna opposizione sulla competenza del giudice ellenico.

La Corte preliminarmente ha rilevato la correttezza dell'individuazione della base giuridica da parte dell'autorità giudiziaria rimettente, in linea con la propria giurisprudenza¹, giacché la questione non rientra nel diritto successorio bensì nell'esercizio della responsabilità parentale da parte dei genitori e dunque è stato corretto il richiamo fatto al Regolamento UE 2201/2013².

¹ CGUE (Terza Sezione) 6 ottobre 2015, M, Causa C-404/14, EU:C:2015:653. La Corte, con tale arresto, ha dichiarato che il fatto che una domanda di approvazione di un accordo sia stata fatta nell'ambito di un procedimento di successione non può essere considerato determinante per inquadrare tale misura nel diritto delle successioni. Invece la Corte ha considerato la necessità di ottenere un'approvazione del giudice tutelare una conseguenza diretta dello stato e della capacità dei figli. Detta domanda di approvazione costituiva una misura di protezione per il minore, legata all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore nel quadro dell'esercizio della responsabilità genitoriale, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), e dell'articolo 2, lettera e), del regolamento Bruxelles IIbis.

² Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione

La Corte ha quindi rilevato che la proposizione da parte di entrambi i genitori della domanda al medesimo giudice deve essere interpretata come manifestazione della medesima volontà di adire quest'ultimo e, in tal modo, il loro accordo sulla scelta dell'autorità giurisdizionale competente. Prosegue il ragionamento della Corte che, in mancanza di elementi che inficino tale constatazione, l'accettazione deve essere considerata «univoca» ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, lettera b), del regolamento n. 2201/2003.

I Giudici hanno quindi esaminato la seconda questione posta dal Giudice remittente se cioè il Pubblico Ministero debba essere considerato una parte processuale.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale danno ragione delle diverse posizioni assunte al riguardo dagli agenti della Commissione e dai difensori del Governo greco: i primi hanno sostenuto che il PM non possa configurarsi come parte giacché non avrebbe un interesse proprio nel giudizio, rappresentando piuttosto un interesse generale. Il Governo greco ha invece sostenuto che la qualificazione del PM come parte processuale non possa che essere effettuata in base al diritto nazionale in esame.

La Corte ha fatto propria tale valutazione, rilevando che un Pubblico ministero che, secondo il diritto nazionale, ha la qualità di parte al procedimento in azioni come quelle di cui al procedimento principale e rappresenta l'interesse del minore costituisce una parte al procedimento ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, lettera b), del regolamento n. 2201/2003. Dovrà quindi verificarsi se il PM abbia o meno dato il proprio consenso alla proroga di competenza del giudice adito.

Nel caso di specie, come rilevato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, il Pubblico ministero è rimasto passivo e si è astenuto dall'intraprendere una qualunque iniziativa a sua disposizione per opporsi alla proroga di competenza a seguito della presentazione di un ricorso da parte dei genitori della minore. In altri termini, il Pubblico ministero, prestando la propria acquiescenza alla proroga di competenza, l'ha accettata. A tale conclusione deve giungersi a causa dello status del Pubblico ministero in un procedimento di giurisdizione volontaria di questo tipo, status che può essere definito come quello di un osservatore passivo, con il diritto di essere informato e con la facoltà, in ogni fase del procedimento, di esercitare i diritti procedurali di una parte.

Circa il momento in cui l'accordo delle parti debba sussistere, appare evidente che esso coincide con la costituzione in giudizio di tutte le parti processuali ovvero, come nel caso in specie, con l'esaurimento della fase di costituzione del contraddittorio quando devono essere risolte tutte le questioni relative, tra l'altro, alla competenza del giudice adito.

La Corte ha quindi esaminato la questione sotto il diverso profilo dell'esistenza di un interesse superiore del minore che non consentisse la proroga di competenza³, rammentando che nella sentenza del 27 ottobre 2016, D. (C428/15, EU:C:2016:819, punto 58), relativa all'interpretazione dell'articolo 15 del regolamento n. 2201/2003, vertente sul trasferimento delle competenze a un'autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso, la Corte aveva dichiarato che la necessità che il trasferimento corrisponda all'interesse superiore del minore implica che il giudice competente si accerti, alla luce delle circostanze concrete del caso, che il trasferimento cui si accinge a favore di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro non rischi di incidere negativamente sulla situazione del minore.

Circa la terza questione posta, la Corte ha osservato che, oltre all'accordo dei genitori – e al mancato dissenso del PM – vi era a favore della proroga di competenza anche la cittadinanza greca della minore, nonché la residenza del *de cuius* alla data di apertura della successione e la presenza del patrimonio ereditario nel territorio della Repubblica greca, così come le passività che avevano indotto i genitori della minore a chiedere l'autorizzazione alla rinuncia all'eredità. Peraltro, ha osservato la Corte, il Giudice a quo non ha indicato un motivo per cui l'adizione del giudice greco avrebbe pregiudicato l'interesse del minore.

Sulla base di tali motivazioni, la Corte ha quindi risposto ai quesiti affermando che:

- il deposito effettuato congiuntamente dai genitori del minore dinanzi all'autorità giurisdizionale da loro scelta costituisce accettazione univoca di tale giudice da parte degli stessi;
- un pubblico ministero che, a norma del diritto nazionale, è per legge parte al procedimento instaurato dai genitori è parte al procedimento ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, lettera b), del regolamento n. 2201/2003. L'opposizione mossa da tale parte contro la scelta dell'autorità giurisdizionale effettuata dai genitori del minore successivamente alla data in cui tale autorità è stata adita osta a riconoscere che a tale data tutte le parti al procedimento abbiano accettato la proroga di competenza. In mancanza di una siffatta opposizione, l'accordo di tale parte può considerarsi implicito e la condizione relativa all'accettazione della proroga di competenza, in modo univoco da tutte le parti al procedimento alla data in cui tale giudice è adito, può ritenersi soddisfatta, e
- la circostanza che la residenza del *de cuius* alla data del suo decesso, il suo patrimonio, oggetto della successio-

delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale (GUCE L 338 del 23.12.2003)

³ CGUE (Terza sezione) 12 novembre 2014, L, Causa C-656/13

ne, e le passività dell'asse ereditario si trovassero nello Stato membro cui appartiene il giudice adito consente, in mancanza di elementi che dimostrino che la proroga di competenza rischierebbe di incidere negativamente sulla situazione del minore, di considerare che una siffatta proroga di competenza è conforme all'interesse superiore del minore.

Rinvio pregiudiziale – Protezione delle indicazioni geografiche delle bevande alcoliche – Regolamento (CE) n. 110/2008 – Articolo 16, lettere da a) a c) – Allegato III – Indicazione geografica registrata come "Scotch Whisky" – Whisky prodotto in Germania e commercializzato con la denominazione "Glen Buchenbach"

Corte di Giustizia dell'Unione Europea - Quinta Sezione
Sentenza del 7 giugno 2018 - Causa C – 44/17 - ECLI:EU:C:2018:415

La Corte afferma che per accertare l'esistenza di un «impiego commerciale indiretto» di un'indicazione geografica registrata, occorre che l'elemento controverso sia utilizzato in una forma che sia identica a tale indicazione, oppure simile dal punto di vista fonetico e/o visivo. Non è dunque sufficiente che detto elemento possa suscitare, nella mente del pubblico di riferimento. Spetta al giudice del rinvio valutare se nel consumatore europeo medio sia indotto ad avere direttamente in mente, come immagine di riferimento, la merce che beneficia dell'indicazione geografica protetta.

L'Associazione di categoria dei produttori di Scotch Whiskey ha adito il Landgericht Hamburg (Tribunale del Land, Amburgo, Germania) con un ricorso diretto a far cessare, segnatamente, la commercializzazione di una bevanda alcolica prodotta e commercializzata da un cittadino tedesco denominata *Glen Buchenbach*. Le indicazioni in etichetta, in lingua tedesca, esplicitavano tra l'altro il luogo di produzione e l'origine tedesca del prodotto.

L'Associazione di categoria ricorrente ha invocato la violazione dell'articolo 16, lettere da a) a c), del regolamento n. 110/2008, che protegge le indicazioni geografiche registrate nell'allegato III a tale regolamento, tra cui lo «Scotch Whisky».

Secondo la ricorrente, infatti, tali disposizioni prevedono che l'indicazione geografica registrata per una bevanda alcolica sia protetta non solo contro l'uso di una simile indicazione, ma anche contro qualunque menzione che suggerisca l'origine geografica di tale indicazione. Orbene, la denominazione «Glen», datone l'utilizzo oltremodo esteso in Scozia al posto del termine «valley» e, in particolare, come elemento del marchio nei nomi dei whisky scozzesi, susciterebbe nella mente del pubblico di riferimento un'associazione con la Scozia e lo Scotch Whisky nonostante l'aggiunta di altre indicazioni sull'etichetta, le quali precisano l'origine tedesca del prodotto di cui trattasi. Sulla resistenza del produttore tedesco, il Tribunale ha posto alla Corte tre quesiti: 1) Se un "impiego commerciale (...) indiretto [di un'indicazione geografica registrata per bevande spiritose]" ai sensi dell'articolo 16, lettera a), del regolamento (...) n. 110/2008 postuli che l'indicazione geografica registrata sia usata in forma identica o simile sul piano fonetico e/o visivo, ovvero se sia sufficiente che l'elemento controverso del segno susciti nel pubblico di riferimento un'associazione di idee di qualsiasi tipo con l'indicazione geografica registrata ovvero con la zona geografica.

In tale ultimo caso: se ai fini dell'accertamento dell'eventuale esistenza di un "impiego commerciale indiretto" rilevi altresì il contesto in cui sia inserito l'elemento controverso del segno, oppure se detto contesto non possa escludere un impiego commerciale indiretto dell'indicazione geografica registrata neanche qualora all'elemento controverso del segno si aggiunga un'indicazione della provenienza reale del prodotto stesso.

2) Se un'"evocazione" dell'indicazione geografica registrata di cui all'articolo 16, lettera b), del regolamento (...) n. 110/2008 postuli la sussistenza di una somiglianza fonetica e/o visiva tra l'indicazione geografica registrata e l'elemento controverso del segno, ovvero se sia sufficiente che tale elemento susciti nel pubblico di riferimento un'associazione di idee di qualsiasi tipo con l'indicazione geografica registrata oppure con la zona geografica.

In tale ultimo caso: se ai fini dell'accertamento dell'eventuale esistenza di un'"evocazione" rilevi altresì il contesto in cui sia inserito l'elemento controverso del segno, oppure se detto contesto non possa escludere un'evocazione illegale dell'indicazione geografica registrata neanche qualora all'elemento controverso del segno si aggiunga un'indicazione della provenienza reale del prodotto stesso.

3) Se, ai fini dell'accertamento dell'eventuale esistenza di un'"altra indicazione falsa o ingannevole" di cui all'articolo 16, lettera c), del regolamento (...) n. 110/2008, rilevi altresì il contesto in cui sia inserito l'elemento controverso del segno, oppure se detto contesto non possa escludere un'indicazione ingannevole neanche qualora all'elemento controverso del segno si aggiunga un'indicazione della provenienza reale del prodotto stesso.

La Corte, ricordato preliminarmente che secondo una costante giurisprudenza, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo

contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte⁴, rammenta che la norma invocata protegge le indicazioni geografiche registrate da qualsiasi impiego commerciale diretto o indiretto per prodotti che non sono oggetto di registrazione, nella misura in cui questi ultimi siano comparabili alla bevanda spiritosa registrata con tale indicazione geografica o nella misura in cui l'uso di tale indicazione consenta di sfruttare indebitamente la rinomanza dell'indicazione geografica registrata.

L'utilizzo del termine «impiego» implica che il segno controverso faccia uso della stessa indicazione geografica protetta, nella forma in cui quest'ultima è stata registrata o, quanto meno, in una forma che presenti collegamenti così stretti con quest'ultima, da un punto di vista fonetico e/o visivo, che il segno controverso risulti evidentemente legato ad essa in modo inscindibile.

Secondo la Corte le fattispecie regolate dall'art. 16 del regolamento 110/2008 devono rispondere al requisito di un impiego, da parte del segno controverso, dell'indicazione geografica registrata in modo identico, o quantomeno fortemente simile, da un punto di vista fonetico e/o visivo⁵.

La Corte distingue tra uso diretto ed uso indiretto della indicazione geografica protetta, chiarendo che il secondo si verifica quando tale indicazione appaia su vettori complementari di marketing o di informazione, quali una pubblicità del prodotto o documenti ad esso relativi.

Per quanto riguarda il contesto in cui si colloca l'articolo 16, lettera a), del regolamento n. 110/2008, la Corte rileva che l'ambito di applicazione di tale disposizione deve essere necessariamente tenuto distinto da quello relativo alle altre norme di protezione delle indicazioni geografiche registrate di cui allo stesso articolo, lettere da b) a d). Detta disposizione deve, in particolare, essere differenziata dalla situazione cui si riferisce la lettera b) del medesimo articolo, che riguarda «qualsiasi usurpazione, imitazione o evocazione», vale a dire situazioni in cui il segno controverso non utilizzi l'indicazione geografica in quanto tale, ma la suggerisca in modo tale che il consumatore sia indotto a stabilire un sufficiente nesso di prossimità tra tale segno e l'indicazione geografica registrata, giacché l'articolo 16, lettera b), del regolamento n. 110/2008 perderebbe il suo effetto utile se la lettera a) del medesimo articolo fosse interpretata in maniera estensiva, come prospettato dal giudice del rinvio nella prima questione pregiudiziale, nel senso che esso sia applicabile nel caso in cui il segno controverso susciti nella mente del pubblico una qualsiasi associazione di idee con un'indicazione geografica registrata o con la relativa zona geografica.

la Corte ha già avuto modo di precisare che la protezione conferita dall'articolo 16 del regolamento citato alle indicazioni geografiche deve essere interpretata alla luce dell'obiettivo perseguito dalla registrazione di queste ultime, ossia, come si evince dal considerando 14 del medesimo regolamento, consentire l'identificazione di bevande alcoliche come originarie di un territorio determinato quando una determinata qualità, la rinomanza o altre caratteristiche di tali bevande siano essenzialmente attribuibili alla loro origine geografica (sentenza del 21 gennaio 2016, Viiniverla, C75/15, EU:C:2016:35, punto 23⁶).

La Corte afferma quindi, in risposta al primo quesito, che l'articolo 16, lettera a), del regolamento n. 110/2008 deve essere interpretato nel senso che, per accertare l'esistenza di un «impiego commerciale indiretto» di un'indicazione geografica registrata, occorre che l'elemento controverso sia utilizzato in una forma che sia identica a tale indicazione, oppure simile dal punto di vista fonetico e/o visivo. Non è dunque sufficiente che detto elemento possa suscitare, nella mente del pubblico di riferimento, una qualsivoglia associazione con l'indicazione di cui trattasi o con la relativa zona geografica.

La Corte quindi passa, per rispondere al secondo quesito, ad esaminare se, alla luce dell'art. 16 lettera b) del regolamento 101/2008, per accertare l'esistenza di un'«evocazione» di un'indicazione geografica registrata, occorra che l'elemento controverso sia simile dal punto di vista fonetico e/o visivo a tale indicazione, o se sia sufficiente che tale elemento susciti nella mente del pubblico di riferimento una qualsivoglia associazione con detta indicazione o con la relativa zona geografica.

Secondo la giurisprudenza della Corte, la nozione di «evocazione» si estende all'ipotesi in cui il termine utilizzato per designare un prodotto incorpori una parte di una indicazione geografica protetta, di modo che il consumatore, in presenza del nome del prodotto di cui trattasi, sia indotto ad aver in mente, come immagine di riferimento, la merce che fruisce di detta indicazione⁷. Spetterà al giudice nazionale verificare, oltre al fatto se una parte di una indicazione geografica protetta sia incorporata in un termine utilizzato per designare il prodotto in questione, se il consumatore, in presenza del nome del prodotto, sia indotto ad avere in mente, come immagine di riferimento, la merce che fruisce di tale indicazione. Pertanto, il giudice nazionale deve sostanzialmente fondarsi sulla presunta reazione del consumatore nei confronti del termine utilizzato per designare

⁴ CGUE 23 gennaio 2018, C367/16, EU:C:2018:27, punto 40, e CGUE 7 febbraio 2018, C304/16, EU:C:2018:66, punto 54

⁵ CGUE 14 luglio 2011, Bureau national interprofessionnel du Cognac, C4/10 e C27/10, EU:C:2011:484, punto 55; CGUE 20 dicembre 2017, Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, C393/16, EU:C:2017:991, punto 34

⁶ CGUE 21 gennaio 2016, Viiniverla, C75/15, EU:C:2016:35, punto 23

⁷ CGUE 21 gennaio 2016, Viiniverla, C75/15, EU:C:2016:35, punto 21

il prodotto in questione, essendo essenziale che quest'ultimo ricollegli detto termine all'indicazione geografica protetta. La Corte riafferma la legittimità della considerazione che sussista evocazione di una indicazione geografica protetta allorquando, trattandosi di prodotti di apparenza analoga, le denominazioni di vendita presentano una similarità fonetica e visiva, non escludendo, peraltro, che possa sussistere un'«evocazione» anche in assenza di una siffatta similarità.

In sintesi, dice la Corte ai fini della determinazione della nozione di «evocazione» ai sensi dell'articolo 16, lettera b), del regolamento n. 110/2008, il criterio determinante è quello di accertare se il consumatore, in presenza di una denominazione controversa, sia indotto ad avere direttamente in mente, come immagine di riferimento, la merce che beneficia dell'indicazione geografica protetta, circostanza che spetta al giudice nazionale valutare tenendo conto, se del caso, dell'incorporazione parziale di una indicazione geografica protetta nella denominazione controversa, di una similarità fonetica e/o visiva di tale denominazione con tale indicazione, o ancora di una somiglianza concettuale tra detta denominazione e detta indicazione.

Passando ad esaminare la terza questione posta dal giudice del rinvio tedesco, se cioè l'articolo 16, lettera c), del regolamento n. 110/2008 debba essere interpretato nel senso che, per accertare la sussistenza di una «indicazione falsa o ingannevole», vietata da tale disposizione, si debba tener conto del contesto nel quale l'elemento controverso è utilizzato, in particolare quando quest'ultimo sia accompagnato da un'indicazione relativa alla vera origine del prodotto interessato.

La Corte precisa che l'espressione «qualsiasi altra indicazione», utilizzata all'articolo 16, lettera c), del regolamento n. 110/2008, si estende a informazioni che possono apparire in qualsivoglia forma nella designazione, nella presentazione o nell'etichettatura del prodotto di cui trattasi, in particolare sotto forma di un testo, di un'immagine o di un contenitore idoneo a fornire informazioni in merito alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali del prodotto.

La Corte ricorda che il regolamento n. 110/2008 e, in particolare, il suo articolo 16, hanno lo scopo di proteggere le indicazioni geografiche registrate, sia nell'interesse dei consumatori, che non devono essere indotti in errore da indicazioni improprie, sia nell'interesse degli operatori economici che sopportano costi più elevati per garantire la qualità dei prodotti che dispongono legalmente di indicazioni geografiche protette. Difatti, tali operatori devono essere tutelati contro atti di concorrenza sleale. Per questo motivo deve ritenersi che la realizzazione degli obiettivi appena illustrati sarebbe messa a repentaglio se la protezione delle indicazioni geografiche potesse essere limitata dal fatto che, accanto ad un'indicazione falsa o ingannevole compaiano informazioni complementari veritiere, giacché adottare un'interpretazione del genere equivarrebbe ad ammettere l'impiego di una simile indicazione purché accompagnata da informazioni esatte.

La Corte ha risposto quindi al terzo quesito affermando che l'articolo 16, lettera c), del regolamento n. 110/2008 deve essere interpretato nel senso che, per accertare l'esistenza di una «indicazione falsa o ingannevole», vietata da tale disposizione, non occorre tener conto del contesto nel quale l'elemento controverso è utilizzato.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Medici specializzandi: nessuna remunerazione se l'inizio della formazione è antecedente al primo gennaio 1983. 352
di Elia Scafuri

DIRITTO PENALE

La competenza territoriale nel delitto di estorsione a mezzo ricarica di una carta postepay. 358
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'impugnazione della revoca della patente di guida ex art. 120 C.d.s.: il riparto di giurisdizione a seguito della sentenza n. 22/2018 della Corte costituzionale. 362
di Francesco Di Sabato



Diritto civile

Medici specializzandi: nessuna remunerazione se l'inizio della formazione è antecedente al primo gennaio 1983.

abstract

In the field of damage due to non-fulfilment of European directives, the right to remuneration of the medical doctors under training does not concern whom have attended a training course that started before first of January 1983, because of the non-retroactivity of Directive 82/76/CEE.

keywords

Medical doctors under training – Directive 82/76/CEE – Retroactive implementation.

abstract

In materia di danno per inadempimento di direttiva comunitaria, il diritto alla remunerazione dei medici specializzandi non spetta a chi abbia frequentato un corso di formazione iniziato antecedentemente alla data del primo gennaio 1983, stante l'irretroattività della direttiva 82/76/CEE.

parole chiave

Medici specializzandi – Direttiva 82/76/CEE – Applicazione retroattiva.

Il focus trae origine dalla recente pronuncia del Tribunale di Napoli del 5 aprile 2018 n. 3286, applicativa dei principi espressi, da ultimo, dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE)¹ in materia di risarcimento dei danni da mancato/tardivo recepimento della normativa europea da parte del legislatore italiano.

Se i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che l'obbligo di riconoscere una remunerazione adeguata alla categoria dei cc.dd. (ex) medici specializzandi si estende a qualsiasi formazione a tempo pieno o a tempo ridotto come medico specialista iniziata nel corso dell'anno 1982 e proseguita fino all'anno 1990², da tale principio il Tribunale partenopeo ha dedotto, a

contrario, che il diritto alla remunerazione non spetta ai medici i quali abbiano frequentato un corso di formazione iniziato in epoca antecedente al primo gennaio dell'anno 1983.

Prima di analizzare la sentenza in esame, che muove un ulteriore passo in avanti con riguardo ad un contenzioso di tipo seriale che non sempre ha trovato soluzioni univoche, appare necessaria una breve premessa in materia.

Frequenti sono stati, negli anni, i casi in cui il legislatore nazionale ha mancato di recepire, ovvero ha adeguato solo tardivamente, la normativa interna a quella comunitaria: problematica dai risvolti pratici di non poco momento.

Il dibattito circa la possibilità per il singolo cittadino di far valere il proprio diritto al risarcimento dei danni patrimoniali scaturiti dal mancato/tardivo recepimento della normativa comunitaria da parte dello Stato membro e, in particolare, circa l'ammissibilità della richiesta di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione non solo dei diritti soggettivi, ma anche di interessi legittimi stante l'inadempimento del legislatore statale, ha subito diverse oscillazioni prima che la giurisprudenza si assestasse su un orientamento uniforme³.

Com'è noto, dopo diverse pronunce anche contrastanti tra loro, con la storica sentenza c.d. *Francovicb*⁴ la Corte di Giustizia ha affermato l'esistenza del principio di "responsabilità civile dello Stato" per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, contestualmente dettando le condizioni atte a configurare tale responsabilità. E segnatamente che:

- il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli;
- il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva;
- sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

¹ Nella sentenza n. 616 del 24 gennaio 2018, resa nelle cause riunite C-616/16 e C-617/16.

² Cfr. p.to 48 e punti 38, 51 e 57 e dispositivo della sentenza citata nella precedente nota.

³ Tale prospettiva fa leva sui mezzi predisposti dal sistema per rafforzare l'effettività delle norme dell'Unione europea attraverso un'effettiva tutela giurisdizionale apprestata alle posizioni create dalle norme in capo ai singoli; TESAURO.

⁴ Corte di Giustizia, sent. 19.11.91, cause riunite C-6/90 e C-9/90.

In definitiva, con le parole dei Giudici di Lussemburgo: tali condizioni sono sufficienti per far sorgere a vantaggio dei singoli un diritto ad ottenere un risarcimento, che trova il suo fondamento nel diritto dell'Unione.

Con questa riserva, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato (p.ti 40-42 sent. cit).

Con tale orientamento giurisprudenziale è stata dunque riconosciuta per la prima volta la responsabilità dello Stato membro, e non del singolo organo legislativo, in caso di mancato recepimento di una direttiva europea da parte del legislatore ordinario entro il termine stabilito dalla medesima.

I principi espressi dalla sentenza *Franovich* sono stati, poi, estesi ad ogni altro atto comunitario che fosse in grado di costituire diritti a favore dei cittadini e tramite le successive sentenze storiche *Brasserie du Pêcheur e Factortame* del 1996⁵ è stata prevista la possibilità di condannare uno Stato membro inadempiente solo in presenza di una "violazione manifesta e grave" (*an*), evidenziandosi contestualmente come l'effettivo risarcimento (*quantum*) dovesse essere rapportato in maniera adeguata al danno subito dal cittadino.

Anche nella vicenda del tutto simile al caso *Franovich* – la sentenza *Dillenkofer* – la Corte ha ulteriormente precisato le (tre) suddette condizioni della responsabilità patrimoniale dello Stato e, dunque, anche dell'Unione, soffermandosi sulla gravità e sull'evidenza della violazione statale⁶.

Tanto brevemente premesso in materia di mancato adempimento della normativa europea, occorre delineare sommariamente il contesto normativo e giurisprudenziale sotteso alla pronuncia in esame, che ha statuito in merito alla questione del risarcimento dei danni dovuto ai cc.dd. (*ex*) medici specializzandi, ovvero i soggetti iscritti alle scuole di specializzazioni mediche negli anni in cui lo Stato italiano si sarebbe dovuto adeguare alle direttive europee che prevedevano per tale categoria un'adeguata remunerazione economica.

Con la direttiva del Consiglio della Comunità Europea 75/362/CEE⁷, meglio conosciuta come direttiva riconoscimento, è stata prevista la possibilità del riconoscimento reciproco fra i Paesi membri – tra cui l'Italia – dei diplomi, certificati e altri titoli di tipo medico,

⁵ Cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, 05.03.1996, cfr. punti 87 e 90.

⁶ Sentenza *Dillenkofer* dell'8.10.1996, cause C-178-179-188-189-190/94. Per un'ampia panoramica in materia vedasi: TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2010.

⁷ Direttiva 75/362/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, in *Gazzetta ufficiale* n. L 167 del 30 giugno 1975.

con la contestuale introduzione di misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

Con il precipuo scopo di coordinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico è stata dunque emanata la successiva direttiva 75/363/CEE⁸, c.d. direttiva coordinamento.

Diversi anni dopo il legislatore comunitario è nuovamente intervenuto in materia con la nota direttiva 82/76/CEE⁹ la quale, nell'innovare le due suddette direttive, ha provveduto ad introdurre la puntuale definizione delle caratteristiche della formazione dei medici specializzandi. In particolare, all'art. 13 della medesima è stato previsto che tale formazione dovesse essere oggetto di una "adeguata remunerazione", indicandosi nella data 31 dicembre 1982 il termine ultimo entro il quale gli Stati membri, tra cui l'Italia, avrebbero dovuto adeguare le rispettive normative interne al contenuto delle disposizioni comunitarie.

Com'è noto, nonostante tale prescrizione, solo con il d.lgs. n. 257 del 1991¹⁰ il legislatore italiano ha recepito la direttiva n. 76 del 1982. Tale decreto, applicabile esclusivamente per le scuole di specializzazione medica iniziate a far data dall'anno accademico 1991-1992, ne ha integralmente riorganizzato i corsi:

- riconoscendo, da un lato, dei benefici economici agli specializzandi (borse di studio);
- introducendo, dall'altro, una rigida disciplina del rapporto lavorativo, con la previsione del tempo pieno per gli iscritti e l'esclusione di possibili impegni ulteriori nell'ambito privato e/o del servizio sanitario nazionale (rigide esclusioni che, evidentemente, prima di tale data non erano mai state contemplate dal sistema, con tutte le conseguenze in termini pratici ed economici che ne sono derivate).

Stante il mancato tempestivo adeguamento della legislazione interna alle richiamate direttive comunitarie la Corte di Giustizia Europea, con le note sentenze cc.dd. GOZZA e CARBONARI¹¹ ha affermato la sussi-

⁸ Direttiva 75/363/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico, in *Gazzetta ufficiale* n. L 167 del 30 giugno 1975.

⁹ Direttiva 82/76/CEE del Consiglio, del 26 gennaio 1982, che modifica la direttiva 75/362/CEE concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi e la direttiva 75/363/CEE concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico, in *Gazzetta ufficiale* n. L 043 del 15 febbraio 1982.

¹⁰ Decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257, Attuazione della direttiva n. 82/76/CEE del Consiglio del 26 gennaio 1982, recante modifica di precedenti direttive in tema di formazione dei medici specialisti, a norma dell'art. 6 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (Legge comunitaria 1990).

¹¹ La prima del 3.10.2000, resa nella causa C-371/97 (c.d. sentenza Gozza), e la seconda del 25.2.1999, resa nella causa C- 131/97

stenza di un obbligo indennitario/risarcitorio a carico dello Stato Italiano in favore di quella categoria di medici che aveva iniziato la specializzazione nel 1983 conseguendone il relativo diploma prima del recepimento della normativa comunitaria e, dunque, che non aveva percepito alcuna remunerazione durante gli anni della formazione.

Sulla scia di tale orientamento giurisprudenziale il legislatore italiano ha emanato la legge n. 370/1999¹² che all'art. 11 ha disposto l'attribuzione di una borsa di studio annua ai soli medici ammessi alle scuole di specializzazione in medicina dall'anno accademico 1983/1984 all'anno accademico 1990/91 e destinatari di sentenze amministrative favorevoli passate in giudicato.

(c.d. sentenza Carbonari).

¹² Legge 19 ottobre 1999 n° 370, Disposizioni in materia di università e di ricerca scientifica e tecnologica, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 252 del 26 Ottobre 1999. L'art. 11 della legge, rubricato "Corresponsione di borse di studio agli specializzandi medici ammessi alle scuole negli anni 1983-1991", disponeva: "1. Ai medici ammessi presso le università alle scuole di specializzazione in medicina dall'anno accademico 1983-1984 all'anno accademico 1990-1991, destinatari delle sentenze passate in giudicato del tribunale amministrativo regionale del Lazio (sezione I-bis), numeri 601 del 1993, 279 del 1994, 280 del 1994, 281 del 1994, 282 del 1994, 283 del 1994, tenendo conto dell'impegno orario complessivo richiesto agli specializzandi dalla normativa vigente nel periodo considerato, nonché del tempo trascorso, il Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica corrisponde per tutta la durata del corso una borsa di studio annua onnicomprensiva di lire 13.000.000. Non si dà luogo al pagamento di interessi legali e di importi per rivalutazione monetaria. 2. Il diritto alla corresponsione della borsa di studio è subordinato all'accertamento da parte del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica delle seguenti condizioni: a) frequenza di un corso di specializzazione in base alla normativa prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 1982, n. 162, per l'intera durata legale del corso di formazione; b) impegno di servizio a tempo pieno, attestato dal direttore della scuola di specializzazione; c) mancato svolgimento per tutta la durata del corso di specializzazione di qualsiasi attività libero-professionale esterna, nonché di attività lavorativa anche in regime di convenzione o di precarietà con il Servizio sanitario nazionale. 3. Non può essere corrisposta la borsa di studio per gli anni in cui ne è stata percepita un'altra, a qualsiasi titolo e per qualsiasi importo, quale che sia il soggetto erogatore. È escluso dalla borsa di studio di cui al comma 1: a) chi non abbia concluso il corso di specializzazione, ovvero non abbia recuperato i periodi di sospensione di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257; b) chi abbia sospeso la frequenza dei corsi per motivi diversi da quelli previsti dalla lettera a). 4. Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, sono determinati il termine entro il quale, a pena di decadenza, deve essere trasmessa l'istanza di corresponsione delle borse di studio previste dal presente articolo, lo scaglionamento dei pagamenti, le modalità di inoltro, di sottoscrizione e di autocertificazione secondo la normativa vigente in materia, nonché l'effettuazione di controlli a campione non inferiori al 10 per cento delle istanze presentate. A tale fine è autorizzata la spesa di lire 83 miliardi per l'anno 1999, di lire 48 miliardi per l'anno 2000 e di lire 25 miliardi per l'anno 2001".

Successivamente, anche la Suprema Corte di Cassazione, nel solco del filone della Corte di Giustizia Europea (CGUE), ha affermato l'obbligo risarcitorio in capo allo Stato Italiano per la mancata attuazione delle direttive in materia di medici specializzandi, con un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità¹³. Obbligo risarcitorio che, com'è noto:

- si fonda sul danno patito dagli iscritti alle scuole di specializzazione nel periodo antecedente all'attuazione delle direttive consistente, principalmente, nella perdita del diritto ad ottenere un'adeguata retribuzione (la c.d. "adeguata remunerazione" di cui all'art. 13 della citata direttiva n.76 del 1982);
- è destinato a sorgere esclusivamente per quelle specializzazioni mediche comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi¹⁴.

Se l'orientamento della Suprema Corte è pacifico sul punto, negli anni si è sviluppato un aspro contrasto giurisprudenziale con riguardo alla posizione dei medici specializzandi la cui iscrizione ad una scuola di specializzazione fosse antecedente alla data del 31 dicembre 1982 – data, lo si ripete, che rappresentava il termine ultimo entro il quale lo Stato italiano avrebbe dovuto applicare la direttiva 82/76/CEE in punto di adeguata remunerazione – e che avessero concluso il ciclo di studi in un anno accademico compreso tra gli anni 1983-1991.

Un primo orientamento della Corte ha ritenuto che il diritto al risarcimento per inadempimento della direttiva non fosse configurabile in relazione a quei medici che avevano già iniziato il corso di specializzazione alla data del 31 dicembre 1982, in quanto fino a tale data non si era verificato alcun inadempimento da parte dello Stato italiano nei confronti del legislatore comunitario¹⁵.

Con le parole della Corte, diversamente opinando, un eventuale riconoscimento del diritto al risarcimento si sarebbe risolto in una sorta di inammissibile retroattività degli effetti dell'inadempimento statale, cioè del fatto costitutivo del diritto dei singoli che dopo il 31 dicembre 1982 si vennero a trovare nelle condizioni di fatto in cui, se le direttive fossero state adempiute, avrebbero potuto beneficiare dei diritti da esse previsti: tali condizioni di fatto erano, infatti, riferibili all'inizio del corso di specializzazione dopo il 31 dicembre 1982 e non alla frequenza di un corso iniziato anteriormente (cfr. Cass., sez. VI, n. 5275 del 6.3.2014). Pertanto,

¹³ *Ex multis*, cfr.: Cass., sez. un., n. 5125 del 10.4.2002, Cass., sez. un., n. 2203 del 4.2.2005, Cass., sez. un., n. 9147 del 2009, Cass., sez. III, n. 10813 del 17.5.2011.

¹⁴ E segnatamente quelle elencate negli articoli 5 e 7 della direttiva 75/362/CEE; cfr. punti 26 e 27 della già citata sentenza Carbonari del 25 febbraio 1999, nonché sentenza della Corte di Giustizia del 6 dicembre 1994 nella causa C-277/93.

¹⁵ *Ex plurimis*, cfr.: Cass., sez. III, n. 21719 del 4.12.2012; Cass., sez. VI, n. 17067 del 10.7.2013; Cass., sez. VI, n. 15198 del 20.7.2015; Cass., sez. VI, n. 14375 del 9.7.2015.

ad avviso della Corte, sarebbe stato logico ritenere che al momento di inizio dei corsi prima del 31 dicembre 1982 lo Stato, non essendo ancora scaduto il termine per adempiere, nell'organizzare i corsi senza tener conto delle direttive tenne un comportamento pienamente legittimo sul piano comunitario e non può sostenersi, stante il carattere unitario del corso, che una volta sopravvenuta la scadenza del termine per adempiere, detto comportamento venne colpito da una sorta di illegittimità sopravvenuta. E ciò né in via retroattiva e, quindi, per tutta la durata del corso, cioè sia per quella collocantesi prima del 31 dicembre 1982 e per quella collocantesi dopo, né soltanto dopo quella data, cioè per gli anni di durata del corso successivi (cfr. Cass., sez. VI, n. 5275 del 6.3.2014).

Per l'orientamento opposto a quello in esame, emerso all'interno della sezione lavoro, il diritto al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva comunitaria n. 82/76/CEE sarebbe dovuto spettare anche ai medici specializzandi la cui iscrizione al corso di specializzazione fosse stata antecedente alla data del 31 dicembre 1982. Ciò, secondo tale filone giurisprudenziale, per almeno due ordini di ragioni:

- nella medesima direttiva non vi sarebbe stata né un'espressa, né una implicita, limitazione della platea dei beneficiari del diritto alla retribuzione ai soli medici iscritti ai corsi di specializzazione a partire dal primo gennaio 1983;
- una diversa interpretazione della direttiva (ovvero un'interpretazione retroattiva della medesima) si sarebbe posta in contrasto con il criterio dell'applicazione c.d. retroattiva e completa delle misure di attuazione della norma comunitaria¹⁶.

Al fine di dirimere l'annoso contrasto giurisprudenziale la questione è stata rimessa alle Sezioni unite¹⁷ le quali, a loro volta, hanno sottoposto alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea,¹⁸ le seguenti questio-

ni d'interpretazione: a) se la direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, debba essere interpretata nel senso che rientrino nel suo ambito di applicazione anche le formazioni di medici specialisti, sia a tempo pieno che a tempo ridotto, già in corso e proseguite oltre il 31 dicembre 1982, termine fissato agli Stati membri dall'art. 16 della direttiva n. 82/76/CEE per adottare le misure necessarie per conformarsi; In caso di risposta affermativa al quesito sub a): b) se l'allegato, aggiunto alla direttiva – coordinamento – n. 75/363/CEE dall'art. 13 della Direttiva n. 82/76/CEE, riassuntiva delle direttive n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, debba essere interpretato nel senso che per i corsi di formazione specialistica già iniziati alla data del 31 dicembre 1982 l'insorgenza dell'obbligo di remunerazione adeguata per i medici specializzandi dipenda dall'assolvimento dell'obbligo di riorganizzazione o comunque di verifica di compatibilità con le prescrizioni delle predette Direttive; c) se in favore dei medici che abbiano conseguito specializzazioni frequentando corsi di formazione che avevano già avuto inizio ma non erano ancora conclusi al 1° gennaio 1983, sia insorto o meno l'obbligo di adeguata remunerazione per l'intera durata del corso o per il solo periodo di tempo successivo al 31 dicembre 1982 ed a quali eventuali condizioni¹⁹.

Con la citata sentenza n.616 del 24 gennaio 2018 (resa nelle cause riunite C-616/16 e C-617/16) la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha risposto ai predetti quesiti.

Ricordando che a partire dalla data del 29 gennaio 1982 – data di entrata in vigore della direttiva n. 82/76/CEE – gli Stati membri erano tenuti ad adeguare i loro corsi di specializzazione, sia a tempo pieno che a tempo ridotto, a quanto previsto dall'art. 13 in merito alla previsione di una remunerazione adeguata a favore dei medici specializzandi, la Corte ha chiarito che, in mancanza di un'espressa previsione in senso contrario, anche i corsi di specializzazione iniziati nel 1982 devono essere oggetto della suddetta remunerazione. Ciò con l'ulteriore precipitato che il diritto al risarcimento per la mancata attuazione della direttiva spetta pure a quei medici la cui formazione specialistica sia iniziata nel corso dell'anno 1982.

In definitiva, con le parole della Corte, l'obbligo di riconoscere una remunerazione adeguata ai medici specializzandi si estende a qualsiasi formazione a tempo pieno o a tempo ridotto come medico specialista iniziata nel corso dell'anno 1982 e proseguita fino all'anno 1990” (cfr. punto 48 della sentenza).

Per quanto qui di interesse, in risposta al terzo quesito, la Corte ha poi precisato che il diritto alla remunerazione adeguata, e il conseguente diritto al risarcimento del danno, spettano soltanto a partire dalla data del gennaio del 1983, il primo giorno in cui lo Stato

¹⁶ In tal senso vedasi: Cass., sez. lav., n. 10612 del 22.5.2015; Cass., sez. lav., n. 17434 del 2.9.2015.

¹⁷ Con ordinanza della sezione lavoro n. 21654 del 23.10.2015.

¹⁸ L'art. 267 TFUE (Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) reca: “La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”.

¹⁹ Cfr. ordinanza interlocutoria n. 23581 del 21.11.2016.

italiano può ritenersi effettivamente inadempiente alla direttiva in questione.²⁰

Tanto premesso in materia, la recente sentenza del Tribunale di Napoli n. 3286/2018, riprendendo i principi espressi dalla Corte di Giustizia europea nella richiamata pronuncia n. 616/2018, ha rigettato la domanda di risarcimento avanzata dal medico ex specializzando onde evitare di incorrere in un'ingiustificata applicazione retroattiva della direttiva europea n. 76 del 1982.

A meri fini chiarificatori occorre descrivere brevemente la fattispecie sottesa alla pronuncia in esame.

Un medico, premettendo di essersi laureato in Medicina e Chirurgia presso l'Università partenopea e di aver frequentato presso la detta Università, nel periodo 1981/1985, la scuola di specializzazione medica di Ostetricia e Ginecologia senza percepire alcuna adeguata retribuzione, nonché di aver frequentato regolarmente i corsi di specializzazione (conseguendone il relativo diploma nel 1985) senza aver svolto alcuna attività professionale autonoma, agiva in giudizio nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Sulla base di tali circostanze auspicava, dunque, che il Tribunale adito dichiarasse:

- la tardiva attuazione da parte della Repubblica Italiana della direttiva 82/76/CE, in violazione del termine ultimo di adempimento ivi stabilito e, per l'effetto, l'esclusiva responsabilità statale dei danni subiti dall'attore in conseguenza di tale tardiva attuazione;
- il diritto dell'attore all'ottenimento del risarcimento dei danni subiti in conseguenza della tardiva attuazione, consistenti nelle retribuzioni non percepite durante il periodo di specializzazione post-laurea, nelle relative contribuzioni rilevanti sia ai fini pensionistici che del T.F.R. e nell'ulteriore danno da svalutazione monetaria.

L'Amministrazione convenuta, costituitasi ritualmente in giudizio, eccepiva preliminarmente l'inammissibilità della domanda attorea in quanto circostanza non contestata era l'iscrizione dell'attore alla scuola di specializzazione nell'anno accademico 1981 e, dunque, antecedentemente alla scadenza del termine attuativo della direttiva comunitaria in questione (termine fissato al 31 dicembre 1982 dalla stessa direttiva 82/76/CEE). A conferma di tanto la convenuta poneva il dato letterale dell'art. 14²¹ della citata direttiva sulla base del quale le formazioni a tempo ridotto di medici specialisti iniziate prima del primo gennaio 1983, in applicazione dell'art. 3 della direttiva 75/363/CEE, potevano essere completate conformemente a tale articolo, con la conseguenza che lo Stato non era

obbligato a riconoscere una adeguata remunerazione ai medici che avevano iniziato la specializzazione antecedentemente alla data del 31 dicembre 1982.

Sempre in via preliminare l'Amministrazione eccepiva la prescrizione del diritto dell'istante e rilevava che la medesima direttiva non fosse idonea ad identificare né il soggetto effettivamente tenuto (debitore) a versare la remunerazione adeguata, né l'importo della stessa (*quantum*). Concludeva, pertanto, in via principale, per l'inammissibilità della domanda e, in via subordinata, per il rigetto della stessa.

Il Tribunale partenopeo, con la sentenza in esame, ha rigettato la domanda attorea per mancanza di uno dei fatti costitutivi della pretesa.

Vale la pena ripercorrere il ragionamento logico-giuridico posto in essere dall'Organo giudicante.

In *primis*, il Tribunale ha ritenuto di non affrontare l'eccezione di prescrizione, trattandosi della "ragione più liquida" di rigetto²².

Successivamente, ha collocato le pretese dell'ex medico specializzando nel contesto normativo e giurisprudenziale sopra brevemente delineato e, muovendo dai principi espressi dalla sentenza della Corte di Giustizia europea *medio tempore* intervenuta, ha inevitabilmente rigettato la domanda risarcitoria.

E invero, risultando pacifico agli atti di causa che l'attore avesse frequentato un corso di specializzazione iniziato prima dell'entrata in vigore della direttiva 82/76/CEE – il primo anno accademico del corso veniva individuato dalla stessa parte attrice nell'anno 1981/1982 e tale allegazione non risultava smentita dalla documentazione in atti – il Tribunale ha concluso che all'ex medico specializzando non spettasse alcuna remunerazione.

Ciò in quanto dalle statuizioni della Corte – e in particolare dalla risposta data alla prima questione pregiudiziale – l'Autorità giudicante ha evinto, a contrario, che il diritto alla remunerazione non spetti a coloro che abbiano frequentato una scuola di specializzazione iniziata in epoca antecedente al primo gennaio 1983. E infatti, riconoscere il suddetto diritto anche a coloro che iniziarono i corsi prima della suddetta data implicherebbe un'applicazione retroattiva della direttiva 82/76/CEE, che deve necessariamente applicarsi a partire dalla sua entrata in vigore e, dunque, non può concernere corsi di formazione iniziati in epoca precedente a tale data.

Sulla base di tanto, il Tribunale ha rigettato la domanda compensando le spese del giudizio, atteso che la risoluzione del contrasto giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia europea era intervenuta soltanto in epoca successiva alla proposizione della domanda da parte del medico specializzando.

La sentenza appare del tutto in linea con i prin-

²⁰ Cfr. punti da 52 a 57 della sentenza n. 616 del 24.1.2018.

²¹ L'articolo 14 della direttiva 82/76/CEE dispone: "Le formazioni a tempo ridotto di medici specialisti iniziate prima del 1° gennaio 1983, in applicazione dell'articolo 3 della direttiva 75/363/CEE, possono essere completate conformemente a tale articolo".

²² Cfr. Cass., sez. un., n. 9936 del 08/05/2014. Sulla questione della prescrizione vedasi, *ex multis*, Cassazione n. 22972/2013.

cipi espressi in materia da parte della Suprema Corte di Giustizia europea. Logica e necessaria è, infatti, l'impossibilità di un'interpretazione retroattiva della direttiva in questione che, in maniera del tutto arbitraria e ingiustificata, sposterebbe indietro nel tempo il momento in cui lo Stato italiano dovrebbe ritenersi responsabile – ovvero inadempiente – del mancato adeguamento della normativa interna a quella comunitaria. È evidente, invece, che tale momento non possa in alcun modo essere precedente alla data del 1 gennaio 1983, primo giorno successivo al termine ultimo per l'adeguamento stabilito dalla stessa direttiva 82/76/CEE.

Diritto penale

La competenza territoriale nel delitto di estorsione a mezzo ricarica di una carta *postepay*.

abstract

The decision discussed in this paper examines the violation of article 629 of the penal code with reference to the locus commissi delicti in the extortions carried out by reloading a postepay card.

keywords

Locus commissi delicti; extortion; reloadable prepaid card.

abstract

*Il provvedimento in esame approfondisce la violazione dell'art. 629 del codice penale con riferimento al locus commissi delicti nelle estorsioni realizzate mediante ricarica di una carta *postepay*.*

parole chiave

*Carta *prepagata* ricaricabile.*

La presente questione trae spunto da un'interessante decisione emessa dalla Sezione penale del Tribunale di Perugia in data 26 giugno 2017 con la quale è stato affrontato il problema del *locus commissi delicti* nel delitto di estorsione realizzato mediante ricarica di una carta *postepay*. In particolare, il Tribunale si è espresso sul se, in ipotesi di estorsione realizzata mediante ricarica di carta *postepay*, il reato si considera consumato nel luogo in cui avviene il versamento, ovvero in quello in cui è stata attivata la carta ovvero, ancora, in quello in cui sono state prelevate o spese le somme.

La questione presenta una notevole importanza di ordine pratico sol che si pensi alla possibilità di concentrare in un unico Ufficio di Procura tutta l'attività investigativa e si manifesta, al tempo stesso, come assolutamente innovativa non essendo, come si vedrà, mai stata affrontata in maniera puntuale dalla Suprema Corte di Cassazione.

I fatti alla base dell'imputazione del delitto di estorsione sono molto comuni: un uomo e una donna minacciano ripetutamente la persona offesa di rivelare alla moglie una relazione extraconiugale. Le minacce sono accompagnate da insistenti richieste di denaro che hanno spinto la vittima ad effettuare versamenti di

denaro, anche quotidiani, sulla carta *postepay* loro in uso, per un ammontare pari a circa euro 400 settimanali, per un totale pari a circa 15.000 euro.

Preliminarmente, deve evidenziarsi che il delitto di estorsione rappresenta un reato a doppio evento consumativo¹. Invero, affinché il delitto di cui all'art. 629 c.p. possa ritenersi consumato – e non già meramente tentato – è necessario che ricorrano entrambi gli eventi richiesti dalla disposizione richiamata e, in particolare, sia quello di danno relativo alla persona offesa, sia quello dell'ingiusto profitto relativo alla sfera giuridica del soggetto agente.

Come sopra accennato, la questione relativa alla competenza territoriale non è mai stata toccata direttamente dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alle ipotesi di estorsione a mezzo ricarica di carta *postepay*. Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione, con alcune pronunce relative ad ipotesi di truffe *on line* poste in essere attraverso ricarica su carta *postepay* da parte della persona offesa – ha, invero, enunciato il principio di diritto a mente del quale «Nel delitto di truffa, quando il profitto è conseguito mediante accredito su carta di pagamento ricaricabile (nella specie “*postepay*”), il tempo e il luogo di consumazione del reato sono quelli in cui la persona offesa ha proceduto al versamento del denaro sulla carta, poiché tale operazione ha realizzato contestualmente sia l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ottiene l'immediata disponibilità della somma versata, e non un mero diritto di credito, sia la definitiva perdita dello stesso bene da parte della vittima»².

¹ Sulla rilevanza del profilo segnalato ai fini della delibazione per la competenza per territorio, cfr. *ex plurimis*, Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2015, n. 25230.

² cfr. per tutte sul punto, Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2015, n. 25230 nonché, da ultimo, Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2017, n. 14730. Nella motivazione della pronuncia del marzo 2015 si legge testualmente: «In tema di truffa le Sezioni Unite penali di questa Corte hanno di recente ribadito che trattasi di reato istantaneo e di danno che si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la “*deminutio patrimonii*” del soggetto passivo (S.U. – 16.12.98, Cellammare, CED 212079). La giurisprudenza di questa Corte, inoltre, è concorde nel ritenere che la truffa *cd. contrattuale*, quale è quella per cui si procede, è un reato di danno che si consuma nel momento in cui si verifica l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato (cfr. *ex plurimis*, sez. 2 – 29.01.98, Stabile, CED.

La Cassazione, in definitiva, ha affermato che nella peculiare ipotesi in cui il profitto della c.d. truffa contrattuale commessa a mezzo *internet* venga corrisposto attraverso la specifica modalità rappresentata dalla ricarica di una carta *postepay* – ma identico principio di diritto sarebbe con ogni evidenza destinato a trovare applicazione anche in ordine al delitto di estorsione – il *locus* ed il *tempus commissi delicti* vadano rispettivamente individuati nel luogo (*id est*, l'ufficio postale presso il quale viene materialmente disposta dalla persona offesa la ricarica della carta *postepay*) e nel momento di effettivo invio della ricarica.

Ciò posto, il Tribunale di Perugia con la sentenza in esame si discosta in maniera decisiva dalle conclusioni rassegnate dalla Cassazione limitatamente all'ipotesi di truffa (ovvero di estorsione) commessa attraverso ricarica di carta *postepay*.

Invero, a parere del Collegio, appare senz'altro preferibile l'opposto orientamento recepito, tra le altre, in una pronuncia di legittimità di poco precedente a mente della quale «Nell'ipotesi di truffa contrattuale realizzata attraverso la vendita di beni ed il conseguente pagamento "on line", il reato si consuma nel luogo ove l'agente consegue l'ingiusto profitto e non già in quello in cui viene data la disposizione per il pagamento da parte della persona offesa³».

209671; sez. 2 – 16.04.97, Tassinari, CED 207831). Danno che non solo deve avere contenuto economico, ma deve consistere anche per il soggetto passivo in una lesione del bene tutelato, concreta ed effettiva, e non soltanto potenziale (S.U., 22.03.69, P.M. c/Carraro, Cass. pen. 1969, pag. 1023; S.U., 30.11.74, Forneris, Cass. pen. 1975, pag. 741.). Va, infatti, osservato che la truffa è un reato che prevede, come elementi costitutivi, due requisiti: il conseguimento dell'ingiusto profitto da parte dell'agente e il danno da parte del soggetto leso: solo quando entrambi questi due elementi si sono verificati, la truffa può dirsi consumata proprio perché la condotta ingannatrice (alla quale sono riconducibili causalmente i due suddetti eventi) si è completamente realizzata. Nei casi tipici in cui l'oggetto materiale del reato è costituito da titoli di credito, il momento della sua consumazione è stato indicato in quello dell'acquisizione da parte dell'autore del reato, della relativa valuta, attraverso la loro riscossione o utilizzazione, poiché solo per mezzo di queste si concreta il vantaggio patrimoniale dell'agente e nel contempo diviene definitiva la potenziale lesione del patrimonio della parte offesa. Nel caso in esame, tuttavia, il raggio è stato realizzato attraverso l'uso di una carta *postepay* ricaricabile che consente il versamento di denaro su una carta propria o di terzi. Il conseguimento del profitto da parte del soggetto truffatore si è verificato nel momento stesso in cui la parte offesa ha proceduto al versamento del denaro sulla carta ricaricabile a lui intestata. Detto versamento ha infatti realizzato contestualmente l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ha avuto immediatamente a disposizione la somma versata, e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato».

³ cfr. Cass. pen., sez. II, 4 novembre 2014, n. 7749. Principio di diritto, peraltro, ribadito anche da ultimo anche da Cass. pen., sez. II, 20 ottobre 2016, n. 48027 con la quale è stato nuovamente affermato il principio di diritto a mente del quale «Nell'ipotesi di truffa contrattuale realizzata attraverso la vendita di beni "on line", in cui il pagamento da parte della parte offesa avvenga tramite bonifico bancario con accredito su conto corrente, il reato si

A tale conclusione conduce, a parere del Tribunale, proprio la natura del delitto di estorsione quale reato a duplice evento consumativo e dalla quale conseguono alcune decisive conseguenze di ordine sia teorico che pratico.

In primo luogo, possono agevolmente prefigurarsi numerose ipotesi nelle quali gli eventi di danno e di ingiusto profitto si realizzano, pur a fronte di un trasferimento di fondi effettuato mediante ricarica su carta *postepay*, in luoghi ed in tempi diversi (ovvero ancora fattispecie nelle quali, più radicalmente, l'ingiusto profitto non viene affatto conseguito da parte dell'autore del reato): «può farsi l'esempio, invero assai frequente nella prassi giudiziaria, in cui il soggetto agente (magari perché già gravato da numerosi precedenti penali che lo renderebbero agevolmente "riconoscibile" da parte delle potenziali vittime) richieda ed ottenga da parte della persona offesa una ricarica su carta *postepay* intestata ad una terza persona, del tutto ignara della commissione del reato, confidando di sottrarle in un secondo momento la carta medesima ed il relativo codice segreto per prelevare l'importo corrisposto dal soggetto ingannato, conseguendo soltanto in tale successivo momento il profitto relativo al reato commesso. Potrebbe ancora farsi l'esempio della ricarica effettuata su carta *postepay*, medio tempore sottoposta a sequestro nell'ambito di diverso procedimento penale per identico o analogo titolo di reato: anche in tale peculiare ipotesi, luogo e tempo di realizzazione degli eventi di danno e di ingiusto profitto non solo risultano logicamente non coincidenti, ma il secondo dei due – ben più radicalmente – verosimilmente non sarà più conseguito dall'autore dell'illecito. Si pensi infine – tra le altre – all'ipotesi del soggetto agente che, per errore nella comunicazione alla vittima del numero di carta *postepay* sul quale effettuare la ricarica (ovvero per effetto dello smarrimento della propria carta *postepay*), consegua solo a notevole distanza di tempo la disponibilità del relativo importo (magari solo dopo l'espletamento di un lungo iter burocratico finalizzato a dimostrare all'ufficio postale competente di essere l'effettivo beneficiario della somma oggetto di trasferimento)»⁴.

Tutti gli esempi sin qui rassegnati – pur nelle peculiarità innegabili che valgono a contraddistinguergli – sembrerebbero attestare *per tabulas* – su un piano fattuale, prima ancora che giuridico – l'erroneità dell'assunto secondo cui nel momento e nel luogo di effettuazione della ricarica si realizzerebbero contestualmente ed invariabilmente sia l'evento di danno,

consuma nel luogo ove l'agente consegue l'ingiusto profitto tramite la riscossione della somma e non già in quello in cui viene data la disposizione per il pagamento da parte della persona offesa; qualora, invece, non sia determinabile il luogo di riscossione, si applicano – per la determinazione della competenza territoriale – le regole suppletive previste dall'art. 9 cod. proc. pen.».

⁴ cfr. Trib. Perugia, sez. penale, 26 giugno 2017, Pres. Est. Loschi.

sia l'ulteriore evento rappresentato dall'ingiusto profitto conseguito dal soggetto agente.

Tali eventi, per le ragioni che si è cercato di illustrare sinteticamente ed al di là degli specifici esempi addotti, mantengono una propria autonomia sia naturalistica, sia giuridica con ogni consequenziale statuizione in punto di individuazione del Giudice (naturale, precostituito per legge) territorialmente competente ai sensi degli artt. 8 e ss. c.p.p.

A fronte della predicata autonomia tra i due eventi di danno e di profitto cui si è più volte fatto riferimento, appare frutto di una – invero difficilmente sostenibile – forzatura ermeneutica concludere nel senso di un'incondizionata prevalenza del primo evento di danno a scapito del secondo relativo all'ingiusto profitto; evento, quest'ultimo, al quale il legislatore ha infatti dimostrato di attribuire pari dignità rispetto al primo in ordine alla consumazione del delitto per cui è processo.

Del resto – e si tratta di una seconda decisiva considerazione – anche relativamente all'estorsione commessa mediante richiesta di ricarica di carta *postepay* da parte della vittima risulta agevolmente prefigurabile l'ipotesi del tentativo – in specie, quello compiuto – sussistendo quest'ultimo, in particolare, tutte le volte in cui (come reso evidente, peraltro, anche da alcuni degli esempi poc'anzi riportati) a fronte della sicura realizzazione di un danno in capo alla persona offesa non faccia seguito (ovvero non faccia contestualmente seguito) l'ulteriore evento dell'ingiusto profitto in capo all'autore dell'illecito (ad esempio nell'ipotesi di smarrimento della carta ove l'accredito è stato materialmente effettuato).

Per tutte le ragioni sin qui compendiate, in definitiva, in tanto un delitto di estorsione (compresa quella realizzatasi attraverso una ricarica di carta *postepay* da parte della persona offesa) può dirsi consumato – anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 8, primo comma, c.p.p. – in quanto vi sia stato l'effettivo conseguimento dell'ingiusto profitto da parte del soggetto agente; altrimenti opinando, come condivisibilmente rilevato dalla dottrina più sensibile, si correrebbe il rischio di derubricare l'evento in questione a mera condizione obiettiva di punibilità ex art. 44 c.p.⁵

⁵ Le conclusioni sin qui rassegnate sono state recentemente condivise anche dalla Procura Generale presso la Corte Suprema di Cassazione (cfr., *ex plurimis*, decreti nn. 295/2015 e 281/2015 del novembre 2015). Nei provvedimenti richiamati la Procura Generale, ponendosi in consapevole contrasto con l'opposto indirizzo accolto nel 2015 dai Giudici di Legittimità (ed inizialmente sostenuto anche dalla stessa Procura Generale), ha ribadito che il momento consumativo della truffa – ma si tratta di conclusione, *mutatis mutandis*, senz'altro valevole anche nella vicenda per la quale si procede in questa sede – va individuato nell'istante dell'effettivo conseguimento (attraverso riscossione o utilizzazione) delle relative somme di denaro da parte dell'autore del reato poiché è solo in tale luogo ed in tale preciso momento che si concreta il vantaggio patrimoniale dell'agente e nel contempo divie-

Non può del resto sottacersi – come affermato in apertura – che il criterio di individuazione del Giudice territorialmente competente che il Tribunale di Perugia ha ritenuto di prediligere possiede l'innegabile pregio (specie al ricorrere di condotte delittuose seriali, come ad esempio le truffe contrattuali commesse a mezzo internet) di garantire una efficiente concentrazione dell'attività di investigativa presso un unico Ufficio di Procura, evitando in tal modo il rischio di un'incontrollata proliferazione di procedimenti penali coinvolgenti più persone offese, pur a fronte di un'unica inserzione fraudolenta posta in essere a mezzo internet dall'autore del reato⁶.

Tanto rappresentato, preme rimarcare che la distinzione talvolta operata dalla Corte Suprema di Cassazione – nell'ambito del contrasto giurisprudenziale che si è già avuto modo di segnalare – con riguardo alle peculiarità insite in taluni mezzi di pagamento (*in primis*, ricarica di carta *postepay* ovvero effettuazione di un bonifico bancario) appare non persuasiva.

Nella pronuncia Cass. pen., sez. II, 25 ottobre 2016, n. 49321 ad esempio, la conclusione circa l'inevitabile individuazione del tempo e del luogo di consumazione del reato in quello in cui la persona offesa ha effettuato il versamento di denaro sulla carta *postepay* viene giustificato in considerazione del fatto che nel caso di pagamento effettuato tramite ricarica di carta *postepay*, la spoliazione della persona offesa sarebbe (a differenza del vaglia postale o del bonifico bancario) immediata ed irrevocabile e l'accredito della provvista in favore del soggetto agente è pressoché contestuale rispetto alla *deminutio patrimonii* del soggetto passivo. Si aggiunge inoltre che, «in ogni caso, il pagamento non è revocabile e, a prescindere dalla data di accredito dell'importo sul conto del beneficiario, il reato si è consumato con l'ormai definitiva lesione patrimoniale del raggirato».

Sarebbe in definitiva l'immediata irreversibilità per il disponente ed il contestuale arricchimento per il soggetto agente i profili differenziali tali da giustificare i principi di diritto ordinariamente pronunciati in caso di trasferimento fondi effettuato, tra gli altri, tramite bonifico bancario.

Ebbene, l'immediata irreversibilità per il disponente del trasferimento di fondi è circostanza senz'altro possibile anche nell'ipotesi di bonifico bancario, ancorché con riguardo a quest'ultima ipotesi la Corte

ne definitiva (altrimenti solo potenziale) lesione del patrimonio della persona offesa.

⁶ Con maggiore impegno esplicativo e per esemplificare, a fronte di un unico annuncio potenzialmente decettivo, si assisterebbe ad una molteplicità di iscrizioni presso ciascuna Procura della Repubblica in dipendenza dei più disparati luoghi di residenza o domicilio delle singole persone offese, con conseguente pregiudizio – come rilevato dalla Procura Generale nel decreto 281/2015 – per l'efficacia complessiva dell'attività investigativa e di coordinamento nonché con un'inutile moltiplicazione dell'impegno delle forze dell'ordine e della magistratura.

di legittimità richieda per la consumazione del delitto, del tutto condivisibilmente, il successivo prelevamento della relativa somma di denaro⁷. Ogni istituto bancario – come è noto – consente la revocabilità *ad nutum* dei bonifici entro un orario limite, superato il quale l'atto dispositivo diviene definitivo per colui che ha disposto l'operazione. In caso di effettuazione del bonifico bancario a ridosso dell'orario suddetto, a ben vedere, l'immediata irreversibilità per il disponente del trasferimento di fondi verrebbe a concretizzarsi in guisa pressoché identica a quanto accade nell'ipotesi di ricarica di carta *postepay*.

Ad avviso del Collegio, la circostanza che in caso di ricarica *postepay* il soggetto agente consegua la disponibilità immediata in senso giuridico della somma di denaro oggetto di trasferimento non risulta, da sé sola, circostanza idonea a giustificare l'abbandono dei condivisibili principi di diritto enunciati da tempo con riguardo ai trasferimenti a mezzo bonifico bancario, risultando necessario – anche in caso di ricarica *postepay* – che alla disponibilità della somma in senso giuridico faccia successivamente seguito una disponibilità in senso materiale/effettivo attraverso il prelevamento delle somme in questione ovvero la spendita delle stesse tramite pagamento a mezzo p.o.s., circostanze quest'ultime stavolta senz'altro idonee a determinare il perfezionamento dell'evento di profitto richiesto dalla fattispecie incriminatrice in contestazione.

Deve, in definitiva, concludersi che ai fini della determinazione della competenza territoriale ai sensi degli artt. 8 e ss. c.p.p. occorra avere riguardo: 1) nei casi di pagamento a mezzo vaglia postale, al luogo ove il vaglia viene materialmente riscosso; 2) nei casi di pagamento a mezzo bonifico, al luogo ove ha sede la filiale presso la quale l'autore della condotta ha acceso il conto corrente su cui sono state accreditate le somme tramite bonifico bancario; 3) nei casi di pagamento a mezzo ricarica di carta prepagata (*postepay* e simili), e ove detta carta sia "appoggiata" su un conto corrente bancario o postale, al luogo ove hanno sede la filiale della banca o l'ufficio postale presso il quale è stato acceso il conto medesimo; 4) nei casi di pagamento a mezzo ricarica di carta prepagata (*postepay* e simili), e ove detta carta non sia "appoggiata" ad alcun conto corrente, al luogo ove hanno sede l'ufficio o l'esercizio commerciale presso il quale la carta prepagata è stata attivata⁸.

Laddove le indagini espletate non abbiano consentito di acquisire alcuno dei dati di cui ai punti precedenti, ai sensi dell'art. 9, secondo comma, c.p.p. occorre avere riguardo, in ordine successivo, al luogo di

residenza, dimora o domicilio dell'imputato.

⁷ In termini, Cass. pen., sez. II, 20 ottobre 2016, n. 48027 nonché, in precedenza, Cass. pen., sez. I, 13 marzo 2015, n. 25230.

⁸ Il riferimento va al luogo di effettiva riscossione o spendita della somma accreditata, applicando – *mutatis mutandis* – i principi di diritto affermati da Cass. pen., sez. II, 20 ottobre 2016, n. 48027 che si sono già in precedenza richiamati.

Diritto amministrativo

L'impugnazione della revoca della patente di guida ex art. 120 C.d.s.: il riparto di giurisdizione a seguito della sentenza n. 22/2018 della Corte costituzionale.

abstract

Following the ruling of the Constitutional Court n. 22/2018, a recent jurisprudential ruling, overcoming the previous and granitic orientation, affirms the jurisdiction of the g.a. with reference to the challenge of the prefectural provision for revocation of the driving license for lack of moral requirements deriving from the conviction for crimes related to drugs.

keywords

Driving license – Revocation – Jurisdiction.

abstract

A seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 22/2018, una recente pronuncia giurisprudenziale, superando il precedente e granitico orientamento, afferma la giurisdizione del g.a. con riferimento all'impugnativa del provvedimento prefettizio di revoca della patente di guida per carenza dei requisiti morali derivante dalla condanna per reati connessi alle sostanze stupefacenti.

parole chiave

Patente di guida – Revoca – Giurisdizione.

Oggetto del presente *focus* è una recente sentenza del T.a.r. Lombardia, sezione distaccata di Brescia, n. 343/2018, che ha inaugurato un nuovo filone giurisprudenziale in tema di riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. per quei giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione della revoca prefettizia della patente di guida – adottata, ai sensi dell'art. 120 del codice della strada (d.lgs. n. 285/1992, d'ora in poi, C.d.s.) – per essere stato il destinatario condannato per alcuni reati legati alle sostanze stupefacenti. Più in dettaglio, il collegio adito dal ricorrente, cui era stata revocata la patente in quanto risultava condannato per il reato previsto dall'art. 73 del d.p.r. n. 309/1990, ha accolto il ricorso e annullato il provvedimento di revoca, affermando, in totale revisione dell'orientamento precedentemente invalso in giurisprudenza, la propria giurisdizione.

L'occasione per questo *revirement* è stata offerta

dalla sentenza della Corte cost. n. 22, pubblicata in data 14.2.2018, nella quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 120 C.d.s.

Per comprendere i termini della questione ed apprezzare il percorso motivazionale di tale sentenza, occorre delineare per brevi tratti la disciplina della revoca, prevista dal summenzionato art. 120, nonché analizzare come da essa la giurisprudenza trae le ragioni per ritenere sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Il primo comma dell'art. 120, rubricato requisiti morali per ottenere il rilascio dei titoli abilitativi di cui all'articolo 116 contiene un elenco eterogeneo di circostanze ostative al rilascio della patente di guida; in particolare, la norma dispone che non possono conseguire la patente di guida i delinquenti abituali, professionali o per tendenza e coloro che sono o sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali o alle misure di prevenzione previste dalla l. 27 dicembre del 1956, n. 1423, ad eccezione di quella di cui all'articolo 2, e dalla l. 31 maggio del 1965, n. 575, le persone condannate per i reati di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico di cui al d.p.r. del 9 ottobre 1990, n. 309, fatti salvi gli effetti di provvedimenti riabilitativi, nonché i soggetti destinatari dei divieti di cui agli articoli 75, comma 1, lettera a), e 75-bis, comma 1, lettera f), del medesimo testo unico di cui al d.p.r. n. 309 del 1990 per tutta la durata dei predetti divieti.

Non possono di nuovo conseguire la patente di guida le persone a cui sia applicata per la seconda volta, con sentenza di condanna per il reato di cui al terzo periodo del comma 2 dell'articolo 222, la revoca della patente ai sensi del quarto periodo del medesimo comma dell'atto ha dovuto vagliare la correttezza dell'operato del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Il successivo comma dispone – *rectius*, disponeva – che qualora una qualsiasi delle suindicate cause ostative si fosse realizzata successivamente al rilascio della patente, questa dovesse essere revocata dal prefetto.

Pertanto, anteriormente alla sentenza della Corte costituzionale n. 22/2018, dal combinato disposto dei due succitati commi era possibile ricavare due conseguenze: *in primis*, il legislatore ha svolto, in sede di redazione della norma, il giudizio di "indegnità" morale, tipizzando quelle ipotesi rispetto alle quali al prefetto non era lasciato alcuno spazio di valutazione; *in*

secundis, che sul medesimo gravava un vero e proprio obbligo di adottare la revoca, in quanto non godeva di alcuna discrezionalità sul se porre in essere tale atto, trovando l'unico limite di tale obbligo in quello temporale indicato dalla norma¹. Tanto si ricavava dal tenore letterale della disposizione: l'espressione il prefetto provvede, infatti, non lasciava alcun margine di dubbio in merito alla doverosità della revoca, rispetto alla quale all'amministrazione residuava esclusivamente il compito di accertare la presenza di una delle fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 120.

Ricostruiti in tali termini i principali lineamenti della disciplina positiva della revoca prefettizia della patente, si evidenzia che nella giurisprudenza di legittimità e di merito si è formato un orientamento pressoché granitico circa il riparto di giurisdizione tra il giudice amministrativo e quello ordinario in caso di impugnazione della revoca prefettizia della patente.

Al riguardo, la giurisprudenza² costantemente rilevava che, alla luce della suesposta normativa, non fosse possibile ravvisare l'esercizio di una discrezionalità amministrativa, essendo la revoca un atto dovuto, e di conseguenza in capo al soggetto che agisce avverso tale atto era ravvisabile un diritto soggettivo. Pertanto, in assenza di una norma eccezionale rispetto all'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, basato sulla natura della posizione giuridica dedotta in giudizio, la giurisdizione in materia si riteneva spettasse al giudice ordinario.

Come si è accennato in precedenza, l'art. 120 C.d.s. è stato oggetto della sentenza della Corte cost., n. 22/2018, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del suo secondo comma nella parte in cui – con riferimento all'ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del d.p.r. del 9 ottobre 1990, n. 309, che intervenga in data successiva a quella di rilascio della patente di guida – disponeva che il prefetto “provvede” – invece che “può provvedere” – alla revoca della patente.

La Corte ha infatti rilevato un contrasto tra l'automatismo disposto dall'art. 120 C.d.s. e i principi di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità desumibili dall'art. 3 Cost. sotto un duplice profilo.

Secondo la Corte, la norma contrasta con l'art. 3 Cost. in quanto l'automatismo, in essa previsto, faceva derivare la revoca della patente dalla condanna penale per reati di diversa gravità, accomunando in maniera irragionevole fattispecie eterogenee, che possono

essere anche risalenti nel tempo, in quanto la revoca può essere posta in essere entro tre anni dalla data di applicazione delle misure di prevenzione, o di quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati indicati al primo periodo del primo comma dell'art. 120. Tale meccanismo andrebbe quindi ad attribuire rilevanza, sotto il profilo del possesso dei requisiti morali, a condanne molto risalenti nel tempo che potrebbero non essere idonee a giustificare un giudizio di assenza di tali requisiti, laddove non fosse previsto appunto l'automatismo di cui sopra.

Inoltre, secondo la Corte, la norma viola l'art. 3 Cost. nella parte in cui ha introdotto un'irragionevole disparità di trattamento tra l'istituto della revoca ex art. 120 C.d.s. e il provvedimento giurisdizionale di ritiro della patente, previsto dall'art. 85 del d.p.r. n. 309/1990³. Pur essendo misure che operano su piani diversi, la Corte ha ravvisato un'irragionevole contraddizione non tanto nell'ipotesi in cui per il medesimo reato il prefetto revoca la patente, anche laddove il giudice non abbia ritenuto opportuno procedere con il ritiro, bensì nel riconoscimento al giudice della facoltà di disporre la misura del ritiro, mentre sul prefetto grava il dovere di disporre la revoca. Alla luce di tali criticità, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 120 C.d.s. nella parte in cui – con riguardo all'ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del d.p.r. n. 309/1990, che intervenga in data successiva a quella di rilascio della patente di guida – dispone che il prefetto “provvede”, invece che “può provvedere”, alla revoca della patente.

Per effetto di tale sentenza, quindi, al prefetto è riconosciuta una vera e propria discrezionalità nella valutazione preordinata all'adozione del provvedimento di revoca della patente, seppur limitatamente alle cause ostative consistenti nelle condanne per i reati previsti dagli artt. 73 e 74 del d.p.r. n. 309/1990.

Di tale sopravvenienza ha dovuto tener conto il Tar nella sentenza, oggetto del presente approfondimento, il quale ha, infatti, rilevato come a seguito della declaratoria di illegittimità e per effetto della sentenza “manipolativa” della Corte costituzionale, la revoca prefettizia non può più essere considerata alla stregua di un atto dovuto, ma va collocata nel novero dei provvedimenti amministrativi, in quanto costituente esercizio e manifestazione di potestà discrezionale amministrativa.

Da ciò derivano due conseguenze: una sul piano del diritto sostanziale, l'altra di tipo processuale.

Per quanto attiene al profilo di diritto sostanziale, deve dirsi che la revoca prefettizia della patente di gui-

¹ L'ultima parte del secondo comma dell'art. 120 c.d.s. prevede che «la revoca non può essere disposta se sono trascorsi più di tre anni dalla data di applicazione delle misure di prevenzione, o di quella del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati indicati al primo periodo del medesimo comma 1».

² Si vedano, *ex plurimis*, Cass., Sez. un., n. 10406/2014; Cass., Sez. un., n. 2446/2006; Tar Emilia Romagna, sez. I, n. 648/2017; Tar Emilia Romagna, sez. I, 698/2017; Tar Toscana, sez. II, n. 1427/2017; Tar Sicilia, sez. II, n. 312/2017 e Tar Campania, sez. V, n. 4952/2016.

³ Il primo comma dell'art. 85 del d.p.r. n. 309/1990 prevede che con la sentenza di condanna per uno dei fatti di cui agli articoli 73, 74, 79 e 82, il giudice può disporre il divieto di espatrio e il ritiro della patente di guida per un periodo non superiore a tre anni.

da adottata in presenza di condanne per i reati previsti dagli artt. 73 e 74 del d.p.r. n. 309/1990, in quanto vero e proprio provvedimento amministrativo discrezionale, dovrà essere corredata, in sede di redazione dell'atto, di un apposito ed esaustivo corredo motivazionale che espliciti le ragioni che hanno indotto il prefetto a ritenere il destinatario non più munito dei requisiti soggettivi necessari al mantenimento della patente in presenza di precedenti penali per reati legati alle sostanze stupefacenti, eventualmente commessi a notevole distanza di tempo rispetto a quando avviene tale valutazione.

Per quanto riguarda l'aspetto processuale, il Tar ha rilevato che, sussistendo la discrezionalità amministrativa, la giurisdizione sull'impugnativa della revoca della patente deve essere riconosciuta non più in capo al g.o., come l'orientamento costante della giurisprudenza postulava sino alla predetta sentenza della Corte costituzionale, bensì in capo al g.a., ravvisandosi in capo al ricorrente una situazione di interesse legittimo e non più di diritto soggettivo.

Va tuttavia rammentato, per completezza di esposizione, che questo *revirement* ha un ben limitato ambito, che coincide con la portata degli effetti della sentenza della Corte cost. n. 22/2018, ovvero riguarda esclusivamente le ipotesi di revoca della patente per condanne per i reati di cui agli artt. 73 e 74 del d.p.r. n. 309/1990.

Sulla scorta di tale ragionamento, il collegio, che al momento della proposizione del ricorso era privo della giurisdizione, in virtù della sentenza della Corte cost. n. 22/2018 – intervenuta nel corso del giudizio – ha accolto il ricorso e annullato la revoca della patente, preliminarmente affermando la propria competenza sebbene ciò sembri precluso dal disposto dell'art. 5 c.p.c., a mente del quale la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo. In particolare, il Tar ha ritenuto applicabile al caso di specie un principio di diritto costantemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale in punto di esegesi del citato art. 5, che recita che: “il principio, ivi stabilito, per cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, senza che abbiano effetto i successivi mutamenti, essendo diretto a favorire, e non ad impedire, il verificarsi della *perpetuatio iurisdictionis*”, trova applicazione solo nel caso di sopravvenuta carenza di giurisdizione del giudice originariamente adito, ma non anche nel caso in cui il mutamento dello stato di diritto o di fatto comporti, invece, l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era privo al momento della proposizione della domanda” (Cass., SS.UU., n.

18126/2005)⁴.

In conclusione, può dirsi quindi che in seguito alla pronuncia della Corte cost. n. 22/2018 l'eterogeneità delle fattispecie, indicate dall'art. 120 C.d.s., ostative al mantenimento della patente di guida si riflette ora anche sul piano della tutela processuale: per effetto del limitato ambito di efficacia della declaratoria di illegittimità costituzionale, la diversa causa giustificativa della revoca della patente influisce sulle modalità di tutela esperibili avverso tale atto. La revoca in questione, laddove sia adottata sulla base di precedenti condanne per reati *ex* artt. 73 e 74 del d.p.r. n. 309/1990, potrà essere censurata innanzi al giudice amministrativo mentre per le altre fattispecie sarà sindacabile dal giudice ordinario.

⁴ In termini conformi, anche per quanto attiene alla competenza, si vedano Cass., sez. VI, 4059/2016; Cass., SS.UU., n. 17635/2003 e Cass., SS.UU., n. 14993/2007.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RISERVA DI CODICE	366
di Roberta D'Onofrio	
IL <i>WHISTLEBLOWING</i> E LA LEGGE 179/2017	389
di Alessandro Maria Solivetti	
ASPETTI PENALISTICI DELLA RIFORMA LORENZIN	395
di Silvia Forestieri	



Roberta D'Onofrio
Giudice presso il Tribunale di Campobasso

La riserva di codice

abstract

The paper illustrates the legislative innovation that has introduced the principle of the reserve of code in the penal right, to the purpose to attribute great centrality to the punishment and to make easily intelligible for our citizens the penal right through the transposition in the code of different crimes – in circle of guardianship of the person, of environment, of financial system – just anticipated in special laws. Meaningful, also, the rearrange in theme of circumstances of the crimes in theme of mafia and confiscation in particular cases.

keywords

Reserve – Code – “Orlando” reform – Penal Crimes – Person – Environment – Financial System – Circumstances – Confiscation.

abstract

L'articolo illustra l'innovazione legislativa che ha introdotto il principio della riserva di codice nel diritto penale, allo scopo di attribuire maggiore centralità alla pena e di rendere più facilmente intelligibile ai consociati l'impianto del diritto penale mediante la trasposizione nel codice di diversi reati – in ambito di tutela della persona, dell'ambiente, del sistema finanziario – già previsti in leggi speciali. Significativo il riordino anche in tema di circostanze dei reati in tema di mafia e di confisca in casi particolari.

parole chiave

Riserva – Codice – Riforma “Orlando” – Delitti – Persona – Ambiente – Sistema finanziario – Circostanze – Confisca.

sommario

1. Il principio della riserva di codice: genesi, evoluzione ed attuazione. – **2.** Le modifiche in materia di tutela della persona. – **2.a)** I delitti contro la maternità. – **2.b)** I delitti contro l'uguaglianza. – **3.** La parziale traslazione nel codice della tutela dell'ambiente. – **4.** La tutela penale del sistema finanziario. – **5.** Le circostanze in ambito di associazione mafiosa e di altri gravi reati. – **6.** La confisca in casi particolari. – **7.** Conclusioni.

1. Il principio della riserva di codice: genesi, evoluzione ed attuazione

Il decreto legislativo 1 Marzo 2018, n. 21, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 63 del 22 Marzo 2018 – vigente dal 6 Aprile 2018 – ha introdotto, al suo articolo 1, il principio della riserva di codice stabilendo: “Dopo l'articolo 3 del codice penale, approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, è inserito il seguente 3-bis del codice penale: «Art. 3-bis (Principio della riserva di codice) – Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia.»».

Il citato Decreto ha dato attuazione alla delega prevista dall'articolo 1, comma 85, lettera q) della legge del 23 Giugno 2017, n. 103 (c.d. “legge Orlando”), avente ad oggetto l'introduzione del principio della “riserva di codice” all'interno dell'ordinamento penale italiano. La legge delega prevede “l'attuazione, seppure tendenziale, del principio di riserva codice in materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordi-

namento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato”.

La commissione Marasca, incaricata (con decreto del Ministero della Giustizia 3 Maggio 2016) di predisporre lo schema del decreto legislativo ha proceduto ad operare un'approfondita ricognizione della legislazione penale speciale al fine di valutare i settori meritevoli di sistemazione all'interno del codice in considerazione della necessaria rilevanza costituzionale dei beni tutelati.

Alla base dell'attuale riforma vi è la consapevolezza secondo la quale l'epoca attuale sarebbe oramai lontana dalle grandi codificazioni ed, invero, connotata dal fenomeno opposto della decodificazione nonché della creazione di microsistemi di diritto penale con stretta dipendenza (stante la crescente complessità dei fenomeni da disciplinare), tra normativa penale e quella extrapenale. Le ragioni di siffatto mutamento sembrerebbero attribuibili anche all'incidenza delle fonti europee in alcune materie, tali da imporre in numerosi casi l'utilizzo di tecniche descrittive dei precetti con criteri non sempre compatibili con quelli tradizionalmente adottati all'interno dei codici.

La proliferazione di numerose norme penali all'interno di leggi speciali e complementari ha, infatti, nel tempo delineato un assetto normativo disorganico, talvolta incoerente, incidendo in modo negativo su di un principio cardine del diritto penale, di rilievo costituzionale, ossia il principio di legalità. Siffatto principio, in effetti, non mira, solo, ad assicurare la certezza del diritto ma, ai sensi del combinato disposto degli artt. 25 della cost., 1 del c. p. e 7 della CEDU, è volto altresì a tutelare l'autodeterminazione dei consociati ed in particolare a garantire ai cittadini la conoscenza e la previsione *ex ante* delle conseguenze derivanti dalle proprie condotte, nonché le correlative sanzioni¹.

La codificazione di siffatto principio, pertanto, da un lato, dà rilievo al principio di colpevolezza -il quale implica la coscienza dell'illiceità, o quantomeno la possibilità di conoscenza da parte dei cittadini dei precetti normativi - e, dall'altro, assicura l'effettività del principio della non scusabilità dell'ignoranza, a meno che non sia inevitabile, della legge penale da parte dei consociati, di cui all'articolo 5 del codice penale². Ne consegue una duplice esigenza: che il legislatore renda possibile la conoscenza dei precetti penali e che, al contempo, ogni consociato si attivi al fine di ottenere una costante informazione. È indubbio che la possibilità di conoscenza ed il dovere di informazione possano dirsi effettivi solo ove risulti chiara la collocazione e la individuazione delle fattispecie incriminatrici, essendo, al contrario, a tanto di ostacolo la ormai diffusa tecnica della delegificazione³. Al cospetto della palesata necessità di nitidezza espositiva dei precetti penali, collide l'impronta offerta dal codice Rocco del 1930 il quale, a distanza di anni dalla sua promulgazione, non è mai stato oggetto di una complessiva rivisitazione volta ad adeguare le istanze punitive e repressive ai principi consacrati nella Costituzione del 1948. La legislazione penale è, infatti, stata nel tempo oggetto di un mero susseguirsi di interventi sporadici di adattamento, finalizzati a garantirne un adeguamento alle esigenze di politica criminale, via via affermatesi. Siffatti interventi si sono incentrati, da un lato, in novelle del testo codicistico e, dall'altro, nell'emanazione di pletore di leggi complementari o speciali, così da marginalizzarsi la parte speciale del codice e da darsi vita ad una legislazione penale complementare ipertrofica, alluvionale ed in continua espansione. Tant'è che si è parlato di una sorta di “fuga dal codice”⁴.

L'attuale riforma, pertanto, fonda sulla necessità di porre fine al fenomeno della delegificazione con la parcellizzazione dei precetti penali negli ambiti più disparati e la difficoltà di assimilazione delle condotte da parte, prima di tutto, degli stessi consociati.

L'introduzione del principio della riserva di codice all'interno dell'ordinamento rappresenta⁵, pertanto, “*l'indispensabile presupposto per una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni da parte dei cittadini, conoscenza che consente di perseguire l'obiettivo del legislatore sul piano della piena attuazione del principio di legalità anche nei riflessi relativi alla funzione della pena*”. Si è, pertanto, proceduto ad emanare una norma di principio diretta a riservare, sia pure in via tendenziale, alla previsione codicistica la tutela penale dei beni essenziali della vita nonché a protezione della comunità civile, in modo da arginare la proliferazione della legislazione penale, ripristinare la centralità del codice nel sistema penale e porre le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo

¹ ENRICO PATTUMELLI, “*Il principio della riserva di codice in materia penale*”, p.1, in www.studiocataldi.it.

² Sentenza Corte Costituzionale n. 364/1988.

³ ENRICO PATTUMELLI, *op. loc. cit.*

⁴ PIERA DI GUIDA, “*In principio di riserva di codice in materia penale*”, p. 1, in www.iusinitinere.it.

⁵ Tanto nella Relazione del Ministro della Giustizia alla riforma.

dello Stato ispirato al ragionevole rapporto tra rilievo del bene tutelato e sanzione penale.

L'intenzione posta alla base della riforma⁶ è stata quella, infatti “di razionalizzare e rendere maggiormente conoscibile e comprensibile la normativa penale e di porre un freno alla eccessiva, caotica e non sempre facilmente intellegibile produzione legislativa di settore, senza una revisione generale dell'intera parte speciale del Codice penale e della legislazione complementare”.

La ratio della delega⁷ consiste nel garantire, mediante l'attuazione della riserva di codice, una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni da parte dei destinatari, riservando l'inserimento all'interno del codice alla tutela dei beni e degli interessi di rilevanza costituzionale, in particolare i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità ed integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico e di mercato, nella prospettiva di un diritto penale minimo o essenziale.

Dal contenuto della relazione illustrativa⁸ si evince altresì che altro principio ispiratore risiede nell'attuare un “riordino” della materia penale “ferme restando le scelte incriminatrici già operate dal Legislatore”, così da preservare la centralità del codice penale secondo la gerarchia di interessi che la Costituzione delinea, dunque, escludendo delle modifiche alle fattispecie criminose vigenti, contenute in contesti diversi dal codice penale”. In aggiunta viene chiarito che: “*l'enunciazione di una norma di principio che riserva al codice un ruolo propulsivo di un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo, secondo un ragionevole rapporto fra rilievo del bene tutelato e sanzione penale*” dato che, operando in tal guisa, si “*costruisce una norma di indirizzo, di sicuro rilievo, in grado di incidere sulla produzione legislativa futura in materia penale*”.

Quanto ai tempi di attuazione, l'articolo 83 della legge delega aveva previsto il termine di un anno dalla entrata in vigore della legge (dunque, non oltre il 3 Agosto 2018) per consentire all'esecutivo l'emanazione dei decreti legislativi attuativi, con parere delle commissioni parlamentari reso entro e non oltre il 24 Novembre 2017.

Ebbene, l'esecutivo ha dato attuazione alla legge delega, con il d.lgs. 1 Marzo 2018 numero 21 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 22.3.2018, in vigore dal 6 Aprile 2018) introducendo, all'articolo 3 bis del codice penale, nell'ordinamento italiano l'auspicato principio della riserva di codice.

L'introduzione di un analogo principio, ma di rango costituzionale, era in realtà già stato oggetto di previsione nel progetto di riforma Costituzionale della Commissione bicamerale introdotta con l. cost. numero 1 del 24 Gennaio 1997, nella XIII legislatura⁹. Nello specifico, il testo approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme istituzionali, mai divenuto effettivo, prevedeva, all'art. 129: “Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale. Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività. Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo. Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono”.

Si era, dunque, ipotizzato di fare assurgere al rango di disposizione costituzionale i principi di offensività, di divieto di interpretazione analogica o estensiva nonché di riserva di codice, nella materia penale.

Dall'esplicito riferimento a beni “di rilevanza” costituzionale del progetto di riforma emergeva, a ben vedere, l'intenzione del legislatore di ricomprendere nell'oggetto della tutela non solo quei beni espressamente contemplati nel testo costituzionale, bensì anche altri – beni o interessi – ricollegabili funzionalmente ai primi.

La previsione del principio di riserva di codice era, dunque, analogamente alla ratio sottesa all'attuale riforma, volto ad ottenere un duplice scopo: assicurare l'effettiva conoscibilità della legislazione penale ai sensi dell'articolo 5 del codice penale nonché porre rimedio all'inflazione legislativa in materia penale. Siffatta previsione avrebbe consentito di porre fine a tale ipertrofia normativa, imponendo al legislatore il rispetto dei principi di coerenza e sistematicità ogni qualvolta fosse stato intenzionato ad emanare delle norme penali¹⁰.

Tuttavia, il progetto di riforma Costituzionale non ha avuto mai luce essendo, solo all'attualità ed a distanza di numerosi anni, stato introdotto unicamente il principio della riserva di codice con collocazione nella parte generale del codice penale e non a chiusura del Titolo I libro I. Si è opportunamente osservato¹¹ che tale disposizione, inserita nel codice penale e non all'interno del testo costituzionale, essendo una norma derogabile mediante legge ordinaria (in ossequio al criterio cronologico tra fonti di pari grado e non di rango costituzionale),

⁶ “Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo 1 Marzo 2018 n. 21”, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia.

⁷ ANTONIO DI TULLIO DE LIISIS, “La riserva di codice in materia penale: novità dalla Gazzetta”, p. 1, in *www.diritto.it*.

⁸ “Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo 1 Marzo 2018 n. 21”, cit.

⁹ Progetto di legge costituzionale della Commissione bicamerale istituita con Legge Costituzionale 24 Gennaio 1997, n. 1 (artt. 129-133), p. 233, in *www.camera.it*.

¹⁰ LUIGI FERRAJOLI, in “Una Città”, Marzo - n. 211/2014, p. 3.

¹¹ In tal senso, LUCA DELLA RAGIONE “In gazzetta il D.Lgs di attuazione della Riforma Orlando sulla c.d. Riserva di Codice”, p. 1, in *www.ilquotidianogiuridico.it*.

non produce alcun vincolo definitivo in capo al legislatore, limitandosi, così, la sua finalità di contenimento dell'espansione poco meditata del diritto penale.

Nel resoconto sommario allo schema del decreto¹², tuttavia, si legge che la previsione di tale norma, sebbene non in grado di vincolare di per sé il legislatore, sia, in ogni caso, motivata dall'esigenza di consacrare un principio che, allocato nella parte generale del codice penale, si eleva a principio generale del quale il futuro legislatore dovrà necessariamente tenere conto, essendo costretto a motivare, eventualmente, le ragioni del suo potenziale mancato rispetto. Mediante siffatta previsione si consente, dunque, di mutare le attuali modalità di legiferazione nell'ambito penale. Dal contenuto della Relazione illustrativa¹³ traspare il convincimento secondo cui l'introduzione del nuovo articolo 3-bis del codice penale si configura come una norma di indirizzo ed in grado di incidere sulla produzione legislativa in materia penale, auspicandosi altresì una futura collocazione del principio in ambito costituzionale.

Mediante l'introduzione di siffatto principio generale¹⁴ il legislatore ha, dunque, inteso garantire “una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni, dunque l'effettività della funzione rieducativa della pena”. L'obiettivo è quello di una razionalizzazione complessiva della normativa penale, così che il cittadino, superando le problematiche riscontrate negli anni, possa essere in grado di rinvenire le fattispecie idonee a configurare una sua responsabilità penale esclusivamente all'interno del codice penale o, in alternativa, all'interno di leggi “di settore” che disciplinino in maniera omogenea ed omnicomprensiva una certa materia (come i cosiddetti “Testi Unici”, quali ad esempio il Decreto Presidente della Repubblica n. 309 del 1990 in materia di stupefacenti o il Decreto Legislativo n. 286 del 1998, in materia di immigrazione, i quali, infatti, non hanno subito alcun intervento ablativo).

Accanto a tali istanze di razionalizzazione vi è anche l'intenzione di assicurare un “diritto penale minimo o essenziale”, con l'auspicio che siffatta riforma possa innescare “un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo le basi per una futura riduzione dell'area dell'intervento punitivo, secondo un ragionevole rapporto tra rilievo del bene tutelato e sanzione penale”¹⁵.

Dall'introduzione codicistica di tale, innovativo, principio generale consegue che nuove fattispecie penali potranno essere previste solamente intervenendo all'interno del codice penale o in leggi complete, autosufficienti ed organiche¹⁶.

La preminente esigenza di garantire immediata effettività a siffatto principio, ha indotto il legislatore delegato a non limitarsi a prevedere una mera attuazione *pro-futuro* dello stesso ma ad intervenire direttamente mediante il decreto anche sulla parte speciale del sistema penale, procedendo a traslare all'interno del codice penale numerose figure di reato già esistenti nell'ordinamento ma collocate in leggi complementari, con contestuale abrogazione (operata dall'art. 7 del decreto mediante la tecnica dell'*abrogatio sine abolitio*), delle corrispondenti disposizioni.

Tale operazione di “riordino” della materia penale non ha potuto (né avrebbe potuto, stante il contenuto delle legge delega) comportare alcuna modifica sostanziale delle fattispecie criminose vigenti, essendosi limitato, il legislatore delegato, ad operare una mera trasposizione all'interno del codice penale di fattispecie previgenti.

La scelta del legislatore è, poi, stata quella di non intervenire nella riorganizzazione di precetti penali già ordinati in testi unici: si pensi ad esempio alle disposizioni penali in materia di sicurezza nella circolazione stradale (anche se comunque preposte alla tutela della vita e dell'incolumità personale) o di stupefacenti, di armi od, ancora, all'ambito della tutela del lavoro (da intendere in senso ampio, e dunque comprensivo anche degli infortuni e delle malattie professionali), ove la specificità della materia ha determinato l'inserimento nel t. u., il n. 81 del 9 Aprile del 2008, di disposizioni di parte generale, si pensi a quella afferente la delega di funzioni od alcuni meccanismi estintivi del reato.

In tali casi, infatti, mutare la collocazione avrebbe potuto verosimilmente compromettere il già consolidato assetto di tutela.

Quanto, infatti, allo specifico settore delle armi, come esplicito nell'“*Analisi di impatto della regolamentazione*”¹⁷, una razionalizzazione dell'intero settore sarebbe stata eventualmente realizzabile mediante la compilazione di un testo unico intermedio, dedicato alla disciplina amministrativa e penale delle armi. Si è, però, osservato¹⁸

¹² Relatore CASSON, *Resoconto sommario n. 435 del 14/11/2017* – schema di decreto legislativo recante disposizioni di attuazione del principio della riserva di codice nella materia penale (n. 466), in *www.senato.it*, *passim*.

¹³ cfr. Relazione illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, cit., *passim*.

¹⁴ *Il nuovo principio della Riserva di codice e le modifiche al codice penale: Scheda illustrativa a proposito del D.LGS 1 Marzo 2018 n. 21 in vigore dal 6 Aprile 2018*, di Silvia Bernardi, p. 1, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

¹⁵ Relazione Illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, cit. p. 1 e 2.

¹⁶ ENRICO PATTUMELLI, *op. loc. cit.*

¹⁷ cfr. “*Analisi di impatto della regolamentazione*”, p. 4, cit.

¹⁸ cfr. Relazione illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, cit., p. 3ss. Tale normativa si caratterizza, infatti, per essere ampia ed in buo-

che la creazione di un siffatto t. u avrebbe ecceduto il contenuto della delega, in quanto il carattere prettamente tecnico della materia, di rilevante interesse pubblico, avrebbe implicato scelte sulle definizioni da privilegiare e sulle norme da espungere.

Non si è ritenuto, altresì, di operare modifiche in materia di prostituzione, alla luce delle argomentazioni svolte dalla Commissione Marasca e conseguenti alla tecnica di redazione della legge Merlin sottoposta nel corso del tempo ad obiezioni teoriche e pratiche di vario genere, legate essenzialmente alla descrizione esasperatamente casistica delle fattispecie, alla sostanziale indeterminatezza di molte di esse (che ha dato luogo nel tempo a numerosi problemi interpretativi) nonché all'appiattimento sanzionatorio di ipotesi dotate di disvalore profondamente eterogeneo. Sarebbe stata, pertanto, poco razionale la traslazione in blocco di tali disposizioni nell'ambito codicistico, senza alcuna opera di riscrittura.

Si è, poi, ritenuto di non trasporre integralmente nel codice penale il settore della tutela dell'ambiente, posto che la struttura dei reati ambientali e la loro collocazione in corpi normativi unitari e tendenzialmente esaustivi (salvo integrazioni tecniche da parte di fonti secondarie e di autorità amministrative) sconsigliano di scindere le sanzioni penali dai pertinenti precetti amministrativi, in linea con la tradizione legislativa italiana e con un modello ormai assimilato dagli operatori del diritto e dai destinatari delle normative¹⁹.

Quanto all'impianto normativo di recente introduzione, in ultimo, va precisato che lo schema del decreto legislativo si compone di nove articoli dei quali, il primo, contempla il principio della riserva di codice in materia penale mentre, i restanti, delineano alcuni ambiti di tutela penale riscrivendo all'interno del codice dei delitti o delle disposizioni in materia di circostanze e di misure di sicurezza patrimoniali già previsti da legislazioni di parte speciale²⁰.

2. Le modifiche in materia di tutela della persona.

L'articolo 2 del decreto legislativo 1 Marzo 2018 n. 21 ha apportato "Modifiche in materia di tutela della persona", stante la centralità della persona umana tra i beni di rilevanza costituzionale e meritevoli di protezione e la necessità di rafforzarne la tutela penalistica, essendosi proceduto, da un lato, a creare nuove fattispecie penali – inserite nei titoli già esistenti del codice penale – e, dall'altro, ad introdurre, nel Titolo XII del libro II del codice penale, il capo I-bis, rubricato "Dei delitti contro la maternità", nonché all'interno del capo III, la Sezione I-bis, rubricata "Dei delitti contro l'uguaglianza".

Le fattispecie di nuovo conio, inserite in calce a norme già esistenti, sono: l'art. 289-ter c.p. "Sequestro di persona a scopo di coazione"; l'art. 570-bis c.p. "Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio" e l'art. 586-bis c.p. "Utilizzo o somministrazione di farmaci o altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti"²¹.

Si è altresì proceduto ad interpolare l'art. 388 del c. p., includendo tra i casi in cui la dolosa violazione dei provvedimenti del giudice può assumere rilevanza penale anche la violazione degli ordini di protezione, di cui all'art. 342-ter del c.c.

Va, però, rilevato che sebbene il legislatore abbia inserito siffatte modifiche all'interno dell'articolo 2, dedicato alla tutela specifica del bene persona, tuttavia, la collocazione sistematica delle singole norme rivela che la tutela del bene giuridico persona non è, in tali casi, preminente o esclusivo.

Ciò appare particolarmente evidente con riferimento al nuovo delitto di sequestro di persona a scopo di coazione di cui all'articolo art. 289-ter del codice penale. Tale nuova fattispecie, infatti, sebbene sia stata introdotta dall'art. 2 del decreto, recante modifiche in materia di tutela penale della persona, tuttavia, è stata collocata nel capo II del titolo I del libro secondo del codice penale, ossia all'interno del titolo relativo ai delitti contro la personalità interna dello Stato, immediatamente dopo il sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione (articolo 289-bis c.p.).

La scelta di siffatta collocazione dimostra chiaramente che il bene giuridico tutelato dalla nuova fattispecie

na parte connotata da fattispecie di pericolo (spesso integranti delle contravvenzioni) poste a tutela di funzioni e non di beni giuridici, che reprimono l'aggravamento o la diretta violazione delle disposizioni amministrative che regolamentano il rilascio di autorizzazioni o i controlli. Nella quasi integralità si è in presenza di norme meramente sanzionatorie che rinviano, per l'identificazione del precetto, ad assai complesse e articolate disposizioni amministrative, talché il loro "trasferimento" comporterebbe o l'estrapolazione delle sole norme formalmente incriminatrici (con la necessità di elaborare una serie di rinvii alla normativa speciale che contrasta con gli intenti di semplificazione della legge delega e comunque poco coerenti con la struttura tradizionale delle norme codicistiche) o l'inglobamento nel codice di interi e prolissi testi normativi: operazione di per sé complessa ed evidentemente poco funzionale nonché tale da richiedere sostanzialmente di dedicare un inedito Libro IV alla materia.

¹⁹ "Analisi di impatto della regolamentazione", cit., p. 5 e 6. L'ambito delle opzioni alternative risultava fortemente ridotto ed anzi inesistente in ragione della natura circoscritta della delega contenuta nella legge di delega medesima, con riferimento agli stringenti principi e criteri direttivi previsti.

²⁰ relatore CASSON, cit., p. 1.

²¹ CASSON, op. loc. ultt. cit.

non è, come sembrerebbe, esclusivamente o prevalentemente il bene –“persona” (nel caso di specie la compromissione della libertà di autodeterminazione del singolo individuo) bensì anche, o principalmente, il bene –“personalità dello Stato”.

Il reato di sequestro di persona a scopo di coazione prima che venisse trasposto all'interno del nuovo articolo era già contemplato dall'articolo 3 della legge n. 718 del 1985 (ratificante la Convenzione di New York contro la cattura degli ostaggi) ed era volto a sanzionare, con la reclusione da 25 a 30 anni, chiunque, al di fuori delle ipotesi di sequestro di persona a scopo di terrorismo o eversione (articolo 289-*bis* del codice penale) e di sequestro di persona a scopo di estorsione (articolo 630 del codice penale), avesse sequestrato una persona o l'avesse tenuta in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica od una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione.

La nuova disposizione, al comma II, rinvia alla disciplina stabilita dai commi secondo, terzo, quarto e quinto dell'articolo 289-*bis* e conseguentemente prevede l'applicazione: delle aggravanti per l'uccisione dell'ostaggio (ergastolo) e per la morte dell'ostaggio, quale conseguenza non voluta dal colpevole (30 anni di reclusione); l'attenuante per il concorrente nel reato che si adopera per la liberazione dell'ostaggio (reclusione da 2 a 8 anni; reclusione da 8 a 18 in caso di morte dell'ostaggio dopo la liberazione); la disciplina del concorso di circostanze.

La disposizione prevede altresì l'applicazione delle pene previste per il sequestro di persona (articolo 605 del codice penale, reclusione da 6 mesi a 8 anni), aumentate dalla metà ai due terzi se il fatto è di lieve entità.

All'ultimo comma, il nuovo art. 289-*ter* c.p. riproduce il contenuto dell'articolo 4 della legge n. 718 del 1985, facendo salve le disposizioni del codice penale relative alla giurisdizione in caso di reato commesso all'estero²².

DISPOSIZIONI ABROGATE:

ART. 3 L. 718/1985 [Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi]

Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli 289-bis e 630 del codice penale, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica od una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni.

Si applicano i commi secondo, terzo, quarto e quinto dell'articolo 289-bis del codice penale.

Se il fatto è di lieve entità si applicano le pene previste dall'articolo 605 del codice penale aumentate dalla metà a due terzi.

ART. 4 L. 718/1985

Salvo quanto disposto negli articoli da 6 a 11 del codice penale, è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia:

a) il cittadino che commette all'estero il reato previsto dall'articolo 3; b) lo straniero che commette all'estero il reato previsto dall'articolo 3 al fine di costringere un organo dello Stato a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene;

c) lo straniero che commette all'estero il reato previsto dall'articolo 3, quando si trovi sul territorio dello Stato e non ne sia disposta la estradizione.

ART. 289-TER C.P.: (Sequestro di persona a scopo di coazione)

1. Chiunque, fuori dei casi indicati negli articoli 289-bis e 630, sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al fine di costringere un terzo, sia questi uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica o una collettività di persone fisiche, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene, subordinando la liberazione della persona sequestrata a tale azione od omissione, è punito con la reclusione da venticinque a trenta anni.

2. Si applicano i commi secondo, terzo, quarto e quinto dell'articolo 289-bis.

3. Se il fatto è di lieve entità si applicano le pene previste dall'articolo 605 aumentate dalla metà a due terzi.

Alla lettera b), l'art. 2 del decreto contempla una modifica al comma II dell'art. 388 del codice penale prevedendo, testualmente: “b) al secondo comma dell'articolo 388, dopo le parole: «a chi elude» sono inserite le seguenti: «l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342-*ter* del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli

²² cfr. CASSON, cit., *passim*.

effetti civili del matrimonio ovvero ancora...». Mediante l'interpolazione dell'art. 388 c.p., come si è accennato, si è inteso accordare tutela penale alla violazione dell'ordine di protezione, di cui all'articolo 342-ter del codice civile, con abrogazione della previgente disciplina di cui all'articolo 6 l. n.154 del 2001. La disposizione, dunque, contempla una sanzione per la violazione di misure previste nel codice civile, essenzialmente a tutela delle donne e dei bambini vittime di violenza.

<p>DISPOSIZIONE ABROGATA: art. 6 legge n. 154 del 2001: [Misure contro la violenza nelle relazioni familiari]</p> <p><i>Chiunque elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342-ter del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è punito con la pena stabilita dall'articolo 388, primo comma, del codice penale. Si applica altresì l'ultimo comma del medesimo articolo 388 del codice penale.</i></p>	<p>ART. 388 C.P. (Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice)</p> <p>(...)</p> <p><i>2. La stessa pena si applica a chi elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342-ter del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ovvero ancora l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerne l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito.</i></p>
--	---

Alla lettera c), l'art. 2 del citato decreto, con l'intento di accordare tutela ai soggetti più deboli, prevede l'inserimento, immediatamente dopo l'art. 570 del c. p., dell'art. 570-bis, rubricato "Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio".

Mediante l'introduzione di siffatta fattispecie si è proceduto ad inserire all'interno del codice penale, riconducendovi i reati già previsti dall'articolo 12-sexies della legge n. 898 del 1970 (legge sul divorzio) e dall'articolo 3 della legge n. 54 del 2006 (affido condiviso), una esplicita sanzione per i casi di violazione di obblighi di natura economica imposti al coniuge in sede di separazione, divorzio e decisione circa l'affidamento dei figli. Va, peraltro, osservato che anche prima di siffatta riforma la mancata corresponsione dell'assegno di mantenimento poteva assumere penale rilevanza, sia pure nell'ambito della fattispecie di cui all'articolo 570 del c.p.

Fino ad oggi, dunque, l'interpretazione costante della giurisprudenza di legittimità imponeva l'accertamento di ulteriori requisiti, rispetto alla mera violazione del disposto civilistico, ed, in particolare, che gli aventi diritto all'assegno (figli e coniuge) versassero in stato di bisogno; che l'obbligato al versamento dell'assegno fosse a conoscenza dello stato di bisogno degli aventi diritto; che l'obbligato al versamento dell'assegno fosse in grado di fornire i mezzi di sussistenza dovuti (escludendosi la rilevanza penale ad esempio nei casi in cui l'obbligato avesse perso il lavoro contro la propria volontà e fosse riuscito a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per trovare una nuova occupazione). L'inadempimento, peraltro, per assumere penale rilevanza, fino ad oggi doveva essere grave²³ ed ai fini della sussistenza la condotta doveva esser tale da avere inciso apprezzabilmente sulla disponibilità dei mezzi economici di sussistenza che l'obbligato fosse tenuto a fornire ai beneficiari²⁴, ciò anche in caso di corresponsione solo parziale, venendo, ad esempio, in considerazione, ulteriori fattori tra i quali, ad esempio il sopravvenuto mutamento delle condizioni economiche. In giurisprudenza, poi, si era andato, fin ora, evolvendo il concetto di "mezzi di sussistenza" essendosi ritenuto, ultimamente, lo stesso, allargato a tutte le provvidenze necessarie non soltanto allo stretto fabbisogno di vita – soprattutto del figlio minore o maggiorenne ma incolpevolmente non autosufficiente – ma anche a tutte le strette necessità per un sua serena formazione socio-culturale (ad esempio il diritto allo studio, alla partecipazione alla gita scolastica o ad altre esperienze di istruzione, al diritto all'attività sportiva).

In ogni caso si è sempre escluso ogni automatismo tra inadempimento civilistico e rilevanza penale.

L'attuale formulazione della disposizione di cui all'articolo 570-bis del c.p., sebbene quanto alla pena faccia espresso riferimento a quelle previste dall'art. 570 c.p., nell'ottica, invece, di assicurare completezza e maggior conoscibilità delle conseguenze derivanti dalla condotta omissiva, fa assumere a rango penalistico – *sic et simpliciter* – la violazione degli obblighi di natura civilistica in materia di famiglia.

Nello specifico, da un lato viene sanzionata la mancata corresponsione dell'assegno nei casi di scioglimento, cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di nullità dello stesso e, dall'altro, la violazione degli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli. Va, poi,

²³ La gravità è da tenersi distinta dalla quantificazione giuridica come totale o parziale, dal momento che anche un inadempimento parziale può essere grave: cfr. Cass. 2 Luglio 2012 n. 25596.

²⁴ Cfr. Cass. 10 Novembre 2015 n. 49465.

segnalato che la riforma non ha inciso sul regime della procedibilità²⁵ d'ufficio²⁶.

<p>DISPOSIZIONI ABROGATE: ART. 12-SEXIES L. 898/1970 [Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio]</p> <p>1. <i>Al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli articoli 5 e 6 della presente legge si applicano le pene previste dall'art. 570 del codice penale.</i></p> <p>ART. 3 L. 54/2006 [Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli]</p> <p><i>In caso di violazione degli obblighi di natura economica si applica l'articolo 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898.</i></p>	<p>ART. 570 BIS C.P. : (Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio).</p> <p>1. <i>Le pene previste dall'articolo 570 si applicano al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero viola gli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.</i></p>
---	---

Si è, poi, alla lettera *d*) dell'art. 2 del decreto, stante l'importanza del bene giuridico "salute individuale", introdotto il nuovo articolo 586-*bis* c.p., così attraendo all'interno del codice penale la normativa dettata in materia di "doping" e precedentemente contenuta nella legislazione complementare. La nuova disposizione è stata, dunque, collocata all'interno del titolo dedicato ai delitti contro la persona, in particolare tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale, subito dopo la fattispecie di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, sotto la rubrica: "Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti". Siffatta scelta manifesta, dunque, la seria intenzione del legislatore di salvaguardare l'integrità fisica del singolo piuttosto che il *fair play* sportivo²⁷.

In sede di attuazione della delega venne rimessa alla valutazione della Commissione l'opportunità di inserire tra le aggravanti il fatto commesso da componente di associazione o ente riconosciuto dal CONI, con la conseguenza di estendere l'aggravante al fatto commesso da qualsiasi componente o dipendente di una società, associazione o ente riconosciuto, nonché l'utilità di aggiungere, in fine, alla lettera *c*) del terzo comma del citato nuovo articolo 586-*ter*, le parole "dal Comitato olimpico nazionale italiano"²⁸.

Nella stesura definitiva del nuovo art. 586-*bis* c.p., nell'intento di assicurare maggior conoscenza del precetto penale, si è optato di rendere per esteso l'acronimo "CONI", introdotto nella legge speciale, contestualmente abrogata, nonché di sostituire i rinvii alla l. n. 376 del 2000, con un generico riferimento alla normativa vigente.

Tale disposizione, dai commi I al VI – con riferimento alle fattispecie di procacciamento o somministrazione di farmaci dopanti o sottoposizione a pratiche mediche non conformi – riproduce letteralmente la previgente disciplina prevista dall'art. 9 della l. 14 Dicembre 2000, n. 376 (Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping).

Il successivo comma VII sembra, invece, recare alcune novità con riguardo alla fattispecie di commercio illegittimo di farmaci o sostanze dopanti.

Si è, infatti, correttamente osservato²⁹ che non solo la nuova fattispecie ha introdotto un dolo specifico (il "fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti") non contemplato dal precedente art. 9, comma VII della l. n. 376 del 2000, ma che, peraltro, l'attuale disposizione incrimina espressamente anche la condotta di commercio di sostanze idonee a modificare i risultati dei controlli anti-doping, che vengono così assimilate alle sostanze dopanti.

La ragione di siffatta scelta, rimessa alla decisione della Commissione³⁰, si sostanzia nell'esigenza: "di tener conto del fatto che l'attuale previsione di cui al citato articolo 9, comma VII, della legge n. 367 del 2000 rinvia non genericamente alla legge, ma alle classi di sostanze dopanti di cui all'articolo 2, comma 1, della medesima legge n. 376".

Ulteriore innovazione riguarderebbe il fatto che la nuova disciplina non opera alcun riferimento alla fattispecie contemplata dal vecchio comma 7-*bis* del citato art. 9, che era volta a sanzionare la specifica condotta del farmacista che dispensasse simili farmaci e sostanze, in assenza di prescrizione, "per finalità diverse da quelle proprie ovvero da quelle indicate nell'autorizzazione all'immissione in commercio".

Sembrirebbe, dunque, che con riferimento a siffatta fattispecie, i principi e criteri direttivi della delega, miranti ad operare una mera trasposizione all'interno del codice di disposizioni già esistenti, non siano stati del

²⁵ Cfr. Relazione illustrativa, cit., p. 15.

²⁶ la cui legittimità costituzionale è stata più volte ribadita dalla Corte Costituzionale: cfr. sent. n. 220 del 2015.

²⁷ LUCA DELLA RAGIONE, *op. loc. cit.*

²⁸ CASSON, *op. loc. cit.*

²⁹ SILVIA BERNARDI, "Il nuovo principio della riserva di codice e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa". A proposito del D.Lgs. 1 Marzo 2018, n. 21, in vigore dal 6 Aprile 2018, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, p. 1.

³⁰ CASSON, *op. loc. cit.*

tutto rispettati.

<p>DISPOSIZIONE ABROGATA: ART. 9 L. 376/2000 [Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping]</p> <p>1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di altre sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dall'art. 2 comma 1, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze. 2. La pena di cui al comma 1 si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dall'art. 2, comma 1, non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche. 3. La pena di cui ai commi 1 e 2 è aumentata:</p> <p>a) se dal fatto deriva un danno per la salute;</p> <p>b) se il fatto è commesso nei confronti di un minorenne;</p> <p>c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del CONI ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente riconosciuto dal CONI.</p> <p>4. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione.</p> <p>5. Nel caso previsto dal comma 3, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione permanente dagli uffici direttivi del CONI, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal CONI.</p> <p>6. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato.</p> <p>7. Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi di cui all'art. 2 comma 1 attraverso canali diversi dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono i farmaci direttamente, destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5.164 a euro 77.468.</p> <p>7-bis. La pena di cui al comma 7 si applica al farmacista che, in assenza di prescrizione medica dispensa i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi di cui all'art. 2, comma 1, per finalità diverse da quelle proprie ovvero da quelle indicate nell'autorizzazione all'immissione in commercio.</p>	<p>ART. 586-BIS C.P.: (Utilizzo o somministrazione di farmaci o di altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti)</p> <p>1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2.582 a euro 51.645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste dalla legge, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze. 2. La pena di cui al primo comma si applica, salvo che il fatto costituisca più grave reato, a chi adotta o si sottopone alle pratiche mediche ricomprese nelle classi previste dalla legge non giustificate da condizioni patologiche ed idonee a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero dirette a modificare i risultati dei controlli sul ricorso a tali pratiche. 3. La pena di cui al primo e secondo comma è aumentata: a) se dal fatto deriva un danno per la salute; b) se il fatto è commesso nei confronti di un minorenne; c) se il fatto è commesso da un componente o da un dipendente del Comitato olimpico nazionale italiano ovvero di una federazione sportiva nazionale, di una società, di un'associazione o di un ente riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano. 4. Se il fatto è commesso da chi esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione temporanea dall'esercizio della professione. 5. Nel caso previsto dal terzo comma, lettera c), alla condanna consegue l'interdizione permanente dagli uffici direttivi del Comitato olimpico nazionale italiano, delle federazioni sportive nazionali, società, associazioni ed enti di promozione riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano. 6. Con la sentenza di condanna è sempre ordinata la confisca dei farmaci, delle sostanze farmaceutiche e delle altre cose servite o destinate a commettere il reato. 7. Chiunque commercia i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi indicate dalla legge, che siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti ovvero idonei a modificare i risultati dei controlli sull'uso di tali farmaci o sostanze, attraverso canali diversi dalle farmacie aperte al pubblico, dalle farmacie ospedaliere, dai dispensari aperti al pubblico e dalle altre strutture che detengono farmaci direttamente destinati alla utilizzazione sul paziente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 5.164 a euro 77.468.»</p>
---	--

L'art. 2, alla lettera f) del menzionato Decreto, ha, poi, introdotto due nuovi commi all'articolo 601 c.p., riproducenti le disposizioni dettate in materia di tratta delle persone contenute nel regio decreto n. 327 del 1942 (c.d. codice della navigazione) contemplanti un aggravamento della pena in capo al comandante della nave e per il componente dell'equipaggio della nave utilizzata a tale illecito scopo.

DISPOSIZIONI ABROGATE:

ART. 1152 COD. NAV.: *La pena per il comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera, che commette il delitto previsto nell'articolo 601 del codice penale o vi concorre, è aumentata fino a un terzo.*

ART. 1153 COD. NAV.

Il componente dell'equipaggio di nave nazionale o straniera destinata, prima della partenza o in corso di navigazione, alla tratta è punito, ancorché non sia stato compiuto alcun fatto di tratta o di commercio di schiavi, con la reclusione da tre a dieci anni.

ART. 601 C.P. (Tratta di persone) (...)

3. *La pena per il comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera, che commette alcuno dei fatti previsti dal primo o dal secondo comma o vi concorre, è aumentata fino a un terzo.*

4. *Il componente dell'equipaggio di nave nazionale o straniera destinata, prima della partenza o in corso di navigazione, alla tratta è punito, ancorché non sia stato compiuto alcun fatto previsto dal primo o dal secondo comma o di commercio di schiavi, con la reclusione da tre a dieci anni.*

Alla lettera g), l'articolo 2 del decreto è intervenuto, poi, ad interpolare anche l'art. 601-bis c.p. – già introdotto con la l. 11 Dicembre del 2016 – al fine di reprimere un fenomeno criminale in esponenziale aumento e di grande allarme sociale, ossia il traffico di organi umani.

Mediante siffatta riforma si è proceduto a sopprimere il secondo periodo del primo comma e ad introdurre dopo il primo comma che: “Chiunque svolge opera di mediazione nella donazione di organi da vivente al fine di trarne un vantaggio economico è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa da euro 50.000 a euro 300.000. Se i fatti previsti dai precedenti commi sono commessi da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione”.

DISPOSIZIONE ABROGATA: ART. 22-BIS COMMI 1 L. 91/1999 [Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti]

1. *Chiunque a scopo di lucro svolge opera di mediazione nella donazione di organi da vivente è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa da euro 50.000 a euro 300.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione sanitaria alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.*

Art. 601-bis c.p. (Traffico di organi prelevati da persona vivente)

1. *Chiunque, illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente è punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000. Chiunque svolge opera di mediazione nella donazione di organi da vivente al fine di trarne un vantaggio economico è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa da euro 50.000 a euro 300.000. Se i fatti previsti dai precedenti commi sono commessi da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000 chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicitaria o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma.».*

Conclusivamente, può sostenersi che la *ratio* sottesa all'intervento normativo in argomento, volta a collocare all'interno dell'impianto codicistico le fattispecie costituenti un'aggressione al “bene-Persona”, nonché più in generale ai beni giuridici di rango costituzionale, considerate altresì le esigenze di tutelare siffatti beni e di garantire una maggior conoscibilità delle norme e dei precetti penali, avrebbero reso auspicabile anche una riflessione, da parte del legislatore, circa l'opportunità di inserire all'interno dell'impianto codicistico il reato di trattamento illecito dei dati personali, attualmente collocato all'interno del c.d. codice della Privacy. A tal proposito va, infatti, rilevato che parte della dottrina³¹ ha da tempo ravvisato e segnalato l'opportunità di inserire all'interno del codice una sezione specificamente dedicata alla *riservatezza della persona umana*, tale da porre fine alla disarticolata normativa proposta dall'attuale quadro legislativo che impedisce, oggi, di ricondurre a sistema tutta la disciplina in qualche misura rivolta alla protezione della “Persona”.

2.a) I delitti contro la maternità

L'art. 2, comma I, lettera e), del Decreto in commento ha previsto, poi, una significativa novità. Come accennato, il legislatore delegato ha creato – collocandolo all'interno del titolo XII del libro II del codice penale, subito dopo i delitti contro la vita e l'incolumità personale – un nuovo Capo I-bis, rubricato “Dei delitti contro la maternità”, volto a ricomprendere in maniera sistematica fattispecie già esistenti e connotate da un medesimo disvalore penale. Il nuovo capo si compone degli artt. 593-bis (“Interruzione colposa di gravidanza”) e 593-

³¹ cfr. P. TRONCONE, in “Il delitto di trattamento illecito dei dati personali”, Giappichelli, Torino, 2012 p. 191-192.

ter del codice penale (“Interruzione di gravidanza non consensuale”), i quali riproducono pedissequamente il contenuto delle disposizioni precedentemente disciplinate dagli articoli 17 e 18 della l. 22 maggio 1978, n. 194, ossia l’interruzione di gravidanza non consensuale nelle forme colposa (il primo) e dolosa nonché preterintenzionale (il secondo)³².

L’interruzione di gravidanza non consensuale previsto dall’articolo 17 della l. 22 Maggio 1978 n.194 era già previsto come reato colposo, concernente le ipotesi di negligenza, imprudenza o imperizia del sanitario nella prospettazione della diagnosi o nell’esecuzione di una operazione chirurgica ai danni di una donna in stato di gravidanza.

Il reato di cui all’articolo 18 della l. 22 Maggio 1978, n. 194 delineava due ipotesi delle quali, una dolosa e l’altra preterintenzionale, di causazione della interruzione di gravidanza in assenza di consenso della gestante. In materia di consenso, valevano gli stessi principi elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina più recenti con riferimento alle ipotesi di responsabilità civile del medico e di legittimazione all’attività medica. Ci si riferisce, in particolare, alla tematica del “consenso informato” la quale implica che per la validità del consenso prestato dal paziente è necessario che questi sia informato adeguatamente in via preliminare da parte del medico in ordine ai rischi che l’operazione comporta, alle probabili conseguenze, alle possibilità di riuscita dell’intervento, nonché a tutto quanto possa risultare necessario al paziente ai fini di una serena e corretta valutazione in ordine alla praticabilità o all’opportunità del rimedio chirurgico.

Il secondo comma dell’art. 18 contemplava il reato di “aborto preterintenzionale”, sanzionando la condotta di chiunque determinasse l’interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna.

La disciplina dettata dalla legge “sull’aborto”, nella prospettiva di un bilanciamento degli interessi, è volta a privilegiare la posizione della donna, riconoscendole il potere di autodeterminazione in ordine alla scelta abortiva. Il diritto alla salute di quest’ultima viene tutelato in tutta la sua ampiezza, non soltanto come assenza di malattia, ma anche quale raggiungimento del pieno benessere psico-fisico. Occorre, però, precisare che il riferimento alla salute psico-fisica della gestante, se da un lato è necessario per promuovere il pieno sviluppo della sua persona, dall’altro costituisce, al tempo stesso, ed in ossequio ai principi della Carta Costituzionale, un limite alla suddetta scelta, fungendo da argine a condotte del tutto arbitrarie. Anche al nascituro viene accordata una qualche forma di tutela, essendo l’interesse ad esistere insito nella stessa esigenza di protezione dell’essere umano.

Mediante l’introduzione del capo sui “Delitti contro la maternità” all’interno del codice penale si è inteso rafforzare la salvaguardia di soggetti deboli, nei casi di offese alla donna – ed in particolare alla sua integrità fisica ed al suo progetto di maternità – nonché al nascituro.

La scelta del legislatore è consistita nel prendere in considerazione un disvalore del tutto eterogeneo rispetto a quello sotteso alle rimanenti fattispecie criminose, lasciate all’interno della c.d. legge sull’aborto, con particolare riferimento al delitto di interruzione volontaria della gravidanza, di cui all’art. 19 lasciato nel corpo della legge speciale³³.

Secondo quanto rilevato dal legislatore delegato, infatti, tale ultima fattispecie presenterebbe un disvalore del tutto eterogeneo rispetto a quelle, trasposte nel codice, che contemplano una specifica forma di offesa alla donna (che non presta consenso all’interruzione della gravidanza, e della quale vengono, dunque, lesi tanto l’integrità fisica, quanto il proprio progetto di maternità), oltre che al nascituro, e che dunque possono coerentemente inserirsi tra i reati offensivi “della maternità” in sé.

Così che lo stesso progetto di esistenza della gestante, la sua scelta di dare la vita e perfino le prerogative del nascituro – ricomprese nell’ambito di siffatto piano di vita – siano state ritenute, se violate da terze persone, per dolo, colpa o preterintenzione, contro la volontà della gestante, meritevoli di una apposita tutela penale ricondotta nell’ambito della tutela della “persona”.

Va, peraltro, rilevato che la riforma ha proceduto ad interpolare anche la lettera l) dell’art. 33-*bis*, comma 1, del codice di procedura penale, disponendo che il nuovo delitto di cui 593-*ter* c.p. rientri fra le attribuzioni del Tribunale in composizione collegiale.

³² Cfr. Relazione Illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, cit., p. 5.

³³ In tal senso, SILVIA BERNARDI, *op. loc. cit.*

NORME ABROGATE:**ART. 17 L. 194/1978 [Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza]**

1. Chiunque cagiona ad una donna per colpa l'interruzione della gravidanza è punito con la reclusione da tre mesi a due anni. 2. Chiunque cagiona ad una donna per colpa un parto prematuro è punito con la pena prevista dal comma precedente, diminuita fino alla metà. 3. Nei casi previsti dai commi precedenti, se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro la pena è aumentata.

ART. 18 L. 194/1978 [c.d. legge sull'aborto]

1. Chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna è punito con la reclusione da quattro a otto anni. Si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno.

2. La stessa pena si applica a chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna.

3. Detta pena è diminuita fino alla metà se da tali lesioni deriva l'acceleramento del parto.

4. Se dai fatti previsti dal primo e dal secondo comma deriva la morte della donna si applica la reclusione da otto a sedici anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da sei a dodici anni; se la lesione personale è grave questa ultima pena è diminuita.

5. Le pene stabilite dai commi precedenti sono aumentate se la donna è minore degli anni diciotto.

ART 593-BIS C.P. (Interruzione colposa di gravidanza)

1. Chiunque cagiona a una donna per colpa l'interruzione della gravidanza è punito con la reclusione da tre mesi a due anni.

2. Chiunque cagiona a una donna per colpa un parto prematuro è punito con la pena prevista dal primo comma, diminuita fino alla metà.

3. Nei casi previsti dal primo e dal secondo comma, se il fatto è commesso con la violazione delle norme poste a tutela del lavoro la pena è aumentata.

ART. 593-TER C.P. (Interruzione di gravidanza non consensuale)

1. Chiunque cagiona l'interruzione della gravidanza senza il consenso della donna è punito con la reclusione da quattro a otto anni. Si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno. 2. La stessa pena si applica a chiunque provochi l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni alla donna. 3. Detta pena è diminuita fino alla metà se da tali lesioni deriva l'acceleramento del parto. 4. Se dai fatti previsti dal primo e dal secondo comma deriva la morte della donna si applica la reclusione da otto a sedici anni; se ne deriva una lesione personale gravissima si applica la reclusione da sei a dodici anni; se la lesione personale è grave quest'ultima pena è diminuita. 5. Le pene stabilite dai commi precedenti sono aumentate se la donna è minore degli anni diciotto.

2.b) I delitti contro l'uguaglianza

Meritevole di attenzione riveste anche l'introduzione, con la lettera g) dell'art. 2 del decreto, della nuova sezione, I-bis, all'interno del Capo III del Titolo XII del Libro II, dopo l'articolo 604, dedicata ai "Delitti contro l'uguaglianza".

Il legislatore delegato ha allocato, all'interno della suddetta Sezione, un nuovo art. 604-bis c.p. volto a sanzionare le condotte di "propaganda ed istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa" – in precedenza contemplate dall'art. 3 della l. 13.10.1975 n. 654 (Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966), nonché l'art. 604-ter c.p., all'interno del quale è stata contemplata l'aggravante della discriminazione razziale, in precedenza prevista dall'art. 3 d.l. n. 122 del 1993.

DISPOSIZIONI ABROGATE:**ART. 3 L. 654/1975 [Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale]**

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, anche ai fini dell'attuazione della disposizione dell'articolo 4 della convenzione, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

3. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

3-bis Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999 n. 232.

ART. 3 D.L. 122/93 [c.d. legge Mancino] (Circostanza aggravante)

1. Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà.

2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

Art. 604-BIS C.P. (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa) Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito: a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni. Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale.

Art. 604-TER C.P. (Circostanza aggravante) Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

3. La parziale traslazione nel codice della tutela dell'ambiente

L'articolo 3 del decreto legislativo *de quo loquitur* ha introdotto modifiche anche in materia di tutela dell'ambiente. La trasposizione di siffatta materia nel codice penale non ha abbracciato, però, la totalità dei reati, già previsti dal Testo Unico dell'ambiente, in materia di inquinamento marino ed idrico.

Ciò per la palesata inopportunità di scindere i reati ambientali dalle sanzioni penali e dai precetti amministrativi unitariamente collocati in corpi normativi tendenzialmente esaustivi³⁴.

Nella relazione illustrativa è proposta una ripartizione dei reati ambientali in tre differenti categorie. La prima, in tema di reati in materia edilizia e paesaggistica, ricomprende e sanziona l'esercizio di determinate attività in violazione della sottesa disciplina amministrativa (in particolare, l'edificazione in assenza di valido titolo abilitativo o in difformità dalle prescrizioni ivi contenute, ovvero in assenza di comunicazione alle autorità di controllo delle attività intraprese o da intraprendere); la seconda, in materia di inquinamento, il superamento

³⁴ cfr. la Relazione Illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, cit., p. 7 e 8.

di valori-soglia predeterminati dalla legge o stabiliti dalle autorità amministrative nell'ambito del proprio potere discrezionale di natura tecnica, entro i limiti fissati dalla stessa legge amministrativa; l'ultima la mancata collaborazione con le autorità di controllo, nelle forme del diniego all'accesso ai luoghi, della omessa predisposizione di strumenti di monitoraggio e della mancata tenuta o comunicazione di dati.

La scelta del legislatore delegato, preso atto che le norme penali ambientali di regola assumono una funzione meramente sanzionatoria rispetto all'inosservanza di regole amministrative, è stata quella di non trasporre le fattispecie penali all'interno del codice penale, preservandone l'originaria collocazione, ogni qualvolta esse costituiscono l'appendice sanzionatoria di complessi di precetti e procedure analiticamente disciplinate da testi unici o da leggi organiche.

In considerazione di tanto, si è proceduto a traslare all'interno del codice solamente il delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti, mediante l'introduzione di un nuovo articolo, il 452-*quaterdecies* c.p., in precedenza contemplato dall'art. 260 del d.l. n. 152 del 2006, a contenuto invariato.

Siffatta scelta è stata operata³⁵ dal momento che tale fattispecie delittuosa costituisce "un'eccezione, ove si considerino i diversi elementi di fattispecie ("più operazioni e allestimento di mezzi e attività continuative organizzate"; "ingenti quantitativi"; dolo specifico di ingiusto profitto) direttamente e autonomamente descritti dal legislatore penale e risultanti scissi dalla disciplina amministrativa dei rifiuti contenuta nel d.lgs. n. 152 del 2006". Si è ritenuto pertanto opportuno collocare il reato all'interno del già esistente capo VI-*bis* c.p., dedicato ai "Delitti contro l'ambiente".

Peraltro, con l'introduzione del titolo dei delitti contro l'ambiente, già per diversi aspetti l'articolo 260 del testo unico era stato equiparato ai nuovi delitti ambientali, ove si pensi al ravvedimento operoso di cui all'articolo 452-*decies* c.p., alla confisca delle cose che servirono a commettere il reato o che ne costituiscono il prodotto o il profitto od al tema delle sanzioni accessorie e ablatorie.

Per tutte le esposte ragioni, dunque, si è ritenuto di inserire tale fattispecie incriminatrice all'interno del titolo del codice penale dedicato ai reati ambientali.

L'art. 3 del decreto, ha previsto anche una modifica all'art. 51 comma 3-*bis* codice di procedura penale, per coordinare il testo alla riforma, prevedendo che: "a) dopo le parole: «416-*ter*» sono inserite le seguenti: «452-*quaterdecies*»; b) le parole: «e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152,» sono soppresse", confermando, dunque, la competenza in tema di indagini con riferimento a siffatto delitto al Pubblico Ministero presso il Trib. del capoluogo del distretto³⁶.

ART. 260 D.LGS. 152/2006 [Codice dell'ambiente]

1. *Chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente*

ingenti quantitativi di rifiuti è punito con la reclusione da uno a sei anni.

2. *Se si tratta di rifiuti ad alta radioattività si applica la pena della reclusione da tre a otto anni.*

3. *Alla condanna conseguono le pene accessorie di cui agli articoli 28, 30, 32-*bis* e 32-*ter* del codice penale, con la limitazione di cui all'articolo 33 del medesimo codice.*

4. *Il giudice, con la sentenza di condanna o con quella emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, ordina il ripristino dello stato dell'ambiente e può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno o del pericolo per l'ambiente.*

4-*bis*. *È sempre ordinata la confisca delle cose che servirono a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato. Quando essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca.*

ART. 452-*quaterdecies* C.P. (Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti).

1. *Chiunque, al fine di conseguire un ingiusto profitto, con più operazioni e attraverso l'allestimento di mezzi e attività continuative organizzate, cede, riceve, trasporta, esporta, importa, o comunque gestisce abusivamente ingenti quantitativi di rifiuti è punito con la reclusione da uno a sei anni.* 2. *Se si tratta di rifiuti ad alta radioattività si applica la pena della reclusione da tre a otto anni.* 3. *Alla condanna conseguono le pene accessorie di cui agli articoli 28, 30, 32-*bis* e 32-*ter*, con la limitazione di cui all'articolo 33.* 4. *Il giudice, con la sentenza di condanna o con quella emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, ordina il ripristino dello stato dell'ambiente e può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno o del pericolo per l'ambiente.* 5. *È sempre ordinata la confisca delle cose che servirono a commettere il reato o che costituiscono il prodotto o il profitto del reato, salvo che appartengano a persone estranee al reato. Quando essa non sia possibile, il giudice individua beni di valore equivalente di cui il condannato abbia anche indirettamente o per interposta persona la disponibilità e ne ordina la confisca.*

³⁵ cfr. Relazione Illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, cit., p. 8.

³⁶ CASSON, *op. loc. cit.*

Considerazioni analoghe non sono valse per quanto concerne la fattispecie di combustione illecita di rifiuti di cui all'articolo 256-*bis* del d. l. n. 152 del 2006.

Come illustrato nella relazione illustrativa, infatti, nonostante siffatto reato si connoti quale fattispecie delittuosa, severamente sanzionata e contraddistinta da requisiti autenticamente penalistici, anche in relazione alle circostanze aggravanti, tuttavia taluni riferimenti significativi ed essenziali della fattispecie – quali, ad esempio, ai rifiuti abbandonati o depositati in modo incontrollato (“abbandono, gestione abusiva e spedizione illecita di rifiuti”) – rinvierebbero in via diretta o indiretta alla disciplina generale dei rifiuti contenuta nel medesimo t. u. così da rendere un corpo inscindibile la fattispecie penale dalla tipizzazione della sottostante disciplina amministrativa.

Inoltre, il delitto in argomento si conclude con un rinvio a particolari tipologie di rifiuti il cui incendio è sanzionato in via meramente amministrativa e prevede sanzioni di tipo interdittivo, coniate dalla legge concernente la responsabilità degli enti, che, ove astrattamente inserite all'interno del codice penale, avrebbero potuto condurre a dubbi interpretativi in merito al trattamento sanzionatorio.

Ne è conseguita una scelta di non intervento sulla fattispecie della combustione illecita dei rifiuti, come pure anche è accaduto con riferimento alla fattispecie di incendio boschivo, non ritenuta assimilabile *tout court* al “delitto ambientale”³⁷.

4. La tutela penale del sistema finanziario

L'articolo 4 del Decreto in esame ha provveduto ad apportare modifiche alla tutela del sistema finanziario mediante la trasposizione all'interno del codice penale di due fattispecie di reato in precedenza contemplate nella legislazione complementare, ossia il reato di indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento ed il reato di trasferimento fraudolenti di valori, con contestuale abrogazione degli articoli 55, comma 5 del d. l. n. 231/2007 e dell'art. 12 quinquies del d. l. 306/1992, a norma dell'art. 7 di siffatto decreto e l'introduzione di due, parallele, fattispecie codicistiche, rispettivamente agli articoli 493 ter e 512-*bis* del c.p.

La prima delle due disposizioni, posta a tutela di valori riconducibili all'ordine pubblico economico ed alla fede pubblica, risultava, infatti, ultronea ed estranea alla ratio sottesa al testo normativo originario, finalizzato alla prevenzione del riciclaggio. Quanto, poi, alla seconda, ossia al trasferimento fraudolento – che concerne, invece, l'attribuzione fittizia a terzi della titolarità o disponibilità di denaro, beni o altra utilità, altrimenti illecitamente acquisiti al fine di eludere le misure di prevenzione ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale – si è ritenuto opportuno trasporlo all'interno del Titolo VIII del codice penale, dedicato ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria ed il commercio.

Infatti (come chiarito nella Relazione Illustrativa) “le attività di riciclaggio e di reinvestimento incidono in misura sensibile sul sistema economico nel suo complesso, con specifico riguardo al settore finanziario, utilizzato dal crimine organizzato per l'allocazione più conveniente delle risorse patrimoniali illecitamente conseguite”³⁸.

³⁷ Cfr. A.I.R. *Analisi di impatto alla regolamentazione*, consultabile sul sito del Ministero della Giustizia, p. 5 e 6.

³⁸ Non si è ritenuto di poter estendere siffatte considerazioni, stante l'assenza di un analogo rilievo in termini di aggressione all'economia, alle violazioni concernenti gli obblighi di comunicazione patrimoniale dei condannati per mafia o dei sottoposti a misure di prevenzione. In tali casi, come si legge nella Relazione Illustrativa, la collocazione all'interno del “Codice Antimafia” è stata ritenuta maggiormente adeguata. cfr. Relazione Illustrativa, cit., p.10.

DISPOSIZIONI ABROGATE:**ART. 55 D.L.G 231/2007 [Antiriciclaggio]**

(.....)

5. Chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 310 a 1.550 euro. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, ovvero possiede, cede o acquisisce tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi. 6. (...) In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui al comma 5 è ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, nonché del profitto o del prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto.

ART. 12-QUINQUES COMMA 1 D.L. 306/1992 [Criminalità organizzata] (Trasferimento fraudolento di valori)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter del codice penale, è punito con la reclusione da due a sei anni.

ART. 493-TER C.P. (Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento)

Chiunque al fine di trarne profitto per sé o per altri, indebitamente utilizza, non essendone titolare, carte di credito o di pagamento, ovvero qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 310 euro a 1.550 euro. Alla stessa pena soggiace chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, falsifica o altera carte di credito o di pagamento o qualsiasi altro documento analogo che abiliti al prelievo di denaro contante o all'acquisto di beni o alla prestazione di servizi, ovvero possiede, cede o acquisisce tali carte o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati, nonché ordini di pagamento prodotti con essi. In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il delitto di cui al primo comma è ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, nonché del profitto o del prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni, somme di denaro e altre utilità di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto. Gli strumenti sequestrati ai fini della confisca di cui al secondo comma, nel corso delle operazioni di polizia giudiziaria, sono affidati dall'autorità giudiziaria agli organi di polizia che ne facciano richiesta.

ART. 512-BIS C.P. (Trasferimento fraudolento di valori)

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648-bis e 648-ter, è punito con la reclusione da due a sei anni.

5. Le circostanze in ambito di associazione mafiosa e di altri gravi reati

Il Legislatore delegato, in tema di tutela all'ordine pubblico³⁹, è intervenuto, con l'articolo 5 del decreto, in materia di associazioni di tipo mafioso e con finalità di terrorismo e di altri gravi reati, incidendo sulla disciplina delle circostanze attenuanti ed aggravanti ed apportando modifiche sia alla parte generale che a quella speciale del codice.

In *primis*, è stata trasposta nel testo del nuovo articolo 61-*bis* del codice penale l'aggravante del reato transnazionale, precedentemente contemplata nell'articolo 4 della Legge 16.03.2006 n. 146 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*). Quanto al contenuto dell'aggravante, comune e ad effetto speciale, essa prevede un aumento di pena da un terzo alla metà per tutti quei reati alla cui realizzazione abbia contribuito "un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato". Di nuovo conio è anche l'articolo 69-*bis* del codice penale, disciplinante casi particolari di esclusione dal giudizio di comparazione tra circostanze, in precedenza contemplati nell'articolo 7 del d. l. 31 Dicembre 1991, n. 419 (*Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive*), concernente i gravi delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), di cui ai numeri dall'1) al 6) del codice di procedura penale, nei casi in cui il reo abbia determinato a commettere il reato un soggetto di cui sia genitore esercente la responsabilità genitoriale, ovvero il fratello o la sorella, o ancora si sia avvalso del suo contributo, trovandosi nelle condizioni di cui agli artt. 111 e 112 comma I, numeri 3 e 4, e comma II c.p.⁴⁰.

³⁹ cfr. Relazione illustrativa al Decreto Legislativo 1 Marzo 2018 n. 21, cit. p. 10; cfr. anche LUCA DELLA RAGIONE, *op. loc. cit.*

⁴⁰ SILVIA BERNARDI, *op. loc. cit.*

<p>DISPOSIZIONI ABROGATE</p> <p>ART. 4 L. 146/2006 [Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale] (Circostanza aggravante)</p> <p><i>1. Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà. 2. Si applica altresì il comma 2 dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni.</i></p> <p>ART. 7 COMMA 4 D.L. 419/91</p> <p>[Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive]</p> <p><i>4. Per i delitti di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), numeri da 1) a 6), del codice di procedura penale le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'art. 98 del codice penale, concorrenti con le aggravanti di cui agli articoli 111 e 112, comma primo, numeri 3) e 4), e comma secondo, del codice penale, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste se chi ha determinato altri a commettere il reato, o si è avvalso di altri nella commissione del delitto, ne è il genitore esercente la potestà ovvero il fratello o la sorella e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.</i></p>	<p>ART. 61-BIS C.P (Circostanza aggravante del reato transnazionale)</p> <p><i>1. Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà. Si applica altresì il secondo comma dell'articolo 416-bis.</i></p> <p>ART. 69-BIS C.P. (Casi di esclusione del giudizio di comparazione tra circostanze) <i>Per i delitti di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numeri da 1) a 6), del codice di procedura penale le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con le aggravanti di cui agli articoli 111 e 112, primo comma, numeri 3) e 4), e secondo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste se chi ha determinato altri a commettere il reato, o si è avvalso di altri nella commissione del delitto, ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale ovvero il fratello o la sorella e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.</i></p>
---	---

Quanto, invece, alle modifiche apportate alla parte speciale del codice penale, si è proceduto a trasferire all'interno di un nuovo articolo, il 270-bis c.p., le circostanze precedentemente disciplinate dal d. l. 15.12.1979 n. 625 (Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica) [c.d. legge Cossiga Antiterrorismo], nella specie:

- l'aggravante della commissione del delitto per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (ante vigente articolo 1 d. l. 625/79);
- l'attenuante per il caso in cui il soggetto dissociandosi decida di collaborare con le autorità procedenti (già disciplinata dall'art. 4 dello stesso decreto);
- la speciale causa di non punibilità, in precedenza contemplata dall'art. 5 (dello stesso decreto), per le ipotesi di recesso attivo unitamente all'offerta di elementi di prova determinanti per lo sviluppo delle indagini.

In aggiunta, all'interno di un nuovo articolo 416-bis c.p. sono state trasposte le circostanze aggravanti e attenuanti dettate in relazione ai reati connessi ad attività mafiose, in particolare l'aggravante del metodo e della finalità mafiosi, in precedenza contemplata dall'art. 7 del d. l. 13.5.1991 n. 152 e la circostanza attenuante, prevista dall'art. 8 del medesimo decreto legge (volta ad accordare una diminuzione di pena al soggetto che spontaneamente si dissoci e collabori con la giustizia).

DISPOSIZIONI ABROGATE:**ART. 1 D.L. 625/79 [c.d. legge Cossiga Antiterrorismo]**

Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è [sempre] aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato.

Quando concorrono altre circostanze aggravanti, si applica per primo l'aumento di pena previsto per la circostanza aggravante di cui al comma precedente.

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti.

ART. 4 D.L. 625/79

Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'art. 289-bis del codice penale, nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà. Quando ricorre la circostanza di cui al comma precedente non si applica l'aggravante di cui all'art. 1 del presente decreto.

ART. 5 D.L. 625/79

Fuori del caso previsto dall'ultimo comma dell'art. 56 del codice penale, non è punibile il colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per l'esatta ricostruzione del fatto e per l'individuazione degli eventuali concorrenti.

ART. 7 D.L. 152/91 [Prov. Urgenti in materia di criminalità organizzata]

1. Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà.

2. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

ART. 8 D.L. 152/91

1. Per i delitti di cui all'art. 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà.

2. Nei casi previsti dal comma 1 non si applicano le disposizioni dell'art. 7.

ART. 270-BIS C.P. (Circostanze aggravanti e attenuanti)

Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato. Quando concorrono altre circostanze aggravanti, si applica per primo l'aumento di pena previsto per la circostanza aggravante di cui al primo comma. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato, e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti. Per i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, salvo quanto disposto nell'articolo 289-bis, nei confronti del concorrente che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia e l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà. Quando ricorre la circostanza di cui al terzo comma non si applica l'aggravante di cui al primo comma. Fuori del caso previsto dal quarto comma dell'articolo 56, non è punibile il colpevole di un delitto commesso per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico che volontariamente impedisce l'evento e fornisce elementi di prova determinanti per la esatta ricostruzione del fatto e per la individuazione degli eventuali concorrenti.

ART. 416-BIS C.P. (Circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose)

Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante. Per i delitti di cui all'articolo 416-bis e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà. Nei casi previsti dal terzo comma non si applicano le disposizioni di cui al primo e secondo comma.

Sempre in tema di ordine pubblico, in ultimo, il contenuto limitato della delega ha indotto il riformatore a ritenere inopportuno attrarre all'interno del codice penale i reati vigenti in materia di gioco e scommesse e quelli di cui agli articoli 6-*bis*, 6-*ter*, 6-*quater* della l. n.401 del 13 Dicembre 1989, ritenuta, peraltro, omogenea e completa di per sé stessa.

La l. n. 401 del 13 Dicembre 1989 costituisce, infatti, un corpo sufficientemente omogeneo dedicato al fenomeno delle competizioni sportive, anche per quanto concerne le ripercussioni sulla sicurezza, tale da non giustificare un'attività di interpolazione. Ogni intervento, anche solo repressivo, nel settore avrebbe richiesto una più ampia rimediazione dei rapporti tra norme contenute in testi legislativi diversi e stratificati, tenuto conto anche della legislazione sovranazionale, così che in questo settore il mero travaso delle norme, senza la possibilità di una revisione della materia, non si è rivelata essere opportuna⁴¹.

La scelta di non intervento, pertanto, è stata dettata dall'unitarietà del complesso delle disposizioni volte a regolare anche il fenomeno della violenza degli stadi. Inserirle all'interno del codice in considerazione del bene giuridico (ordine pubblico) tutelato sarebbe stato, a parere del legislatore delegato, contrario ai principi di conoscibilità dei precetti e di semplificazione sottesi alla legge delega, comportando una ingiustificata frammentazione della disciplina.

6. La confisca in casi particolari

È notorio che le misure di sicurezza patrimoniali rappresentano un fondamentale e imprescindibile strumento di contrasto del sempre più dilagante fenomeno dell'accumulo dei patrimoni illeciti, lesivo per il corretto funzionamento del sistema economico nazionale.

Pertanto, anche in quest'ambito ha inteso incidere la riforma della riserva di codice, con l'articolo 6 del Decreto, che, per ragioni di coerenza sistematica e con l'intento di dettarne una disciplina organica nell'ambito codicistico, ha trasfuso all'interno del codice penale, coniando il nuovo articolo 240-*bis* c.p., le disposizioni già dettate in materia di cosiddetta confisca allargata, senza, peraltro, mutarne il contenuto originario, con la contestuale abrogazione della normativa complementare dettata in siffatta materia dai commi 1 e 2 *ter* dell'articolo 12 *sexies* del d. l. 8 Giugno 1992 n. 306, convertito con modificazioni dalla l. 7 Agosto 1992 n. 356⁴².

Allo stato attuale, dunque, oltre alla disciplina generale vigente in tema di confisca (dettata dall'art. 240 c.p., disposta qualora intervenga sentenza di condanna riguardo alle cose che servono o furono destinate a commettere il reato ed alle cose che ne sono il prodotto o il profitto) è disciplinata all'interno dell'assetto codicistico anche la c.d. "confisca in casi particolari" (quali le ipotesi specifiche connesse soprattutto ai delitti menzionati all'articolo 51, comma 3-*bis* c.p.p., ai delitti contro la Pubblica Amministrazione e contro la fede pubblica, nonché ai delitti collegati alla produzione ed al commercio di materiale pornografico, di usura e riciclaggio, di traffico di sostanze stupefacenti, ai delitti di associazione a delinquere, in particolare di stampo mafioso, ed a quelli commessi con finalità di terrorismo o eversione dell'ordine costituzionale)⁴³, concernente le disposizioni disciplinanti i casi, i presupposti e le modalità per l'applicazione dell'istituto anche nella forma per equivalente.

Il nuovo art. 240-*bis* c.p., configura oggi, pertanto, la principale fonte normativa della confisca allargata. Mediante la creazione di tale articolo, come si evince dalla Relazione Illustrativa, viene ricondotto ad unità il catalogo dei reati presupposto per l'applicazione della misura di sicurezza *de qua* a seguito della trasposizione, anche, nel codice dei delitti di trasferimento fraudolento di beni, di uso illecito di carte di pagamento, di traffico di rifiuti, delitti, questi ultimi, già presenti nella legislazione speciale e per i quali la confisca è, pure, prevista.

Dal momento, poi, che l'art. 240-*bis* c.p. è stato introdotto con lo scopo di dettare la disciplina unitaria della confisca allargata per i delitti puniti dal medesimo codice penale, si è ritenuto, invece, quanto ai reati in materia di stupefacenti ed al contrabbando, di inserire le disposizioni sulla confisca in casi particolari (ex articolo 12-*sexies*)⁴⁴ direttamente nella relativa legge che disciplina in modo organico ed omogeneo l'intera materia,

⁴¹ cfr. la Relazione illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, op. cit., p.11.

⁴² Attualmente, dunque, restano in vigore i soli commi 4-*ter* e 4-*quater*. L'opportunità di addivenire al coordinamento di siffatta normativa, apportando modificazioni all'art. 12-*sexies*, fu segnalato alla Commissione anche dal Relatore Casson, il quale osservò che la formulazione del nuovo articolo 240-*bis* del codice penale ricalcava il disposto di siffatta norma – come modificata dalla legge 17 ottobre 2017, n. 161, di riforma del codice antimafia –. cfr. CASSON, *op. loc. cit.*

⁴³ Luca della Ragione, *op. loc. cit.*

⁴⁴ Come noto, l'art. 12-*sexies* era già stato oggetto di interpolazione ad opera del decreto legge 16 ottobre 2017 n. 148 convertito, con modificazioni, dalla legge 4.12.2017 n.172, recante modifiche al cd. codice antimafia, stante la pretermissione nell'elenco dei reati presupposto per l'applicazione della confisca dei fatti più gravi di falso nummario, realizzati in forma associativa, di uso illecito di carte di credito, di accesso illecito a più sistemi informatici, introdotte dall'articolo 5 del decreto legislativo 29 ottobre 2016, n. 202. All'atto della promulgazione della legge il Presidente della Repubblica aveva, infatti, rappresentato «l'esigenza di assicurare sollecitamente una stabile conformazione dell'ordinamento interno agli obblighi comunitari in relazione alle previsioni direttamente attuative di direttive europee, a suo tempo recepite nell'ordinamento interno e che non figurano nel nuovo testo» e quindi di ripristinare, anche a fini di certezza del diritto, nell'art. 12-*sexies* del decreto-legge n. 306 del 1992 le modifiche che sono state introdotte dal citato decreto

mediante l'introduzione, a norma del comma 5 dell'art. 6 del decreto, dell'art. 85-bis all'interno del t.u. sugli stupefacenti, nonché di un nuovo comma, 5-bis, all'interno della legislazione in materia di contrabbando, operandosi, in entrambi i casi, un rinvio al medesimo art. 240-bis c.p.⁴⁵.

DISPOSIZIONI ABROGATE:

ART. 12-SEXIES COMMII 1, 2-TER

D.L. 306/92 [Criminalità organizzata]

1. Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 517-ter e 517-quater, nonché dagli articoli 452-quater, 452-octies, primo comma, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quater.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 603-bis, 629, 644, 644-bis, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, dall'articolo 295, secondo comma, del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, dall'articolo 12-quinquies, comma 1, del presente decreto, dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale»;

2. ter. Nei casi previsti dal comma 1, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona.

ART. 240-BIS C.P. (Confisca in casi particolari) *Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3bis, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-ter e 517-quater, nonché dagli articoli 452-quater, 452-octies, primo comma, 493-ter, 512-bis, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 600-quater, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-quinquies, 603-bis, 629, 644, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1, dall'articolo 2635 del codice civile, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica. In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge. La confisca ai sensi delle disposizioni che precedono è ordinata in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui agli articoli 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies quando le condotte ivi descritte riguardano tre o più sistemi. Nei casi previsti dal primo comma, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui allo stesso comma, il giudice ordina la confisca di altre somme di denaro, di beni e altre utilità di legittima provenienza per un valore equivalente, delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona.*

ART. 85-BIS D.P.R. 309/90 (Ipotesi particolare di confisca). 1. Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, si applica l'articolo 240 bis del codice penale.

COMMA 5-BIS ART. 301 D.P.R. 43/1973 *Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 295, secondo comma, si applica l'articolo 240-bis del codice penale.*

Il legislatore delegato ha, in aggiunta, disciplinato anche gli aspetti procedurali e di coordinamento dell'istituto.

legislativo n. 202 del 2016.

⁴⁵ Atteso che i delitti in esame sono previsti all'interno di testi unici che recano la disciplina della materia, anche per aspetti estranei ad ogni profilo penale, rispettivamente collegati alla salute, alla regolamentazione amministrativa delle autorizzazioni, al sistema del funzionamento degli uffici doganali ecc., non si è ritenuto opportuno scinderne i contenuti penali dai rispettivi corpi normativi di appartenenza. Da qui, dunque, la scelta conseguente di trasferire al loro interno le residue disposizioni penali in tema di confisca. cfr. Relazione illustrativa al D.Lgs. 1 Marzo 2018 n. 21, op. cit., *passim*.

Quanto, poi, alla disciplina degli aspetti concernenti l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro ed a confisca in casi particolari (istituto, in precedenza contemplato dai commi 4-bis e 4-quinquies – oggi abrogati – del citato art. 12-sexies d.l. 306/92), siffatta ha trovato specifica collocazione nelle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, ed in particolare l'esecutivo ha introdotto nuovi commi (dall'1-quater all'1-sexies) nel già esistente articolo 104-bis, modificandone anche la rubrica (attualmente intitolata: "Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi nel giudizio").

Quanto invece alla disciplina dettata nei casi di esecuzione della confisca in casi particolari si è proceduto a creare una nuova norma, l'art. 183-quater c.p.p. nella quale sono stati trasposti i commi 4-sexies, 4-octies e 4-novies dell'art. 12-sexies d.l. 306/92, con contestuale abrogazione dei precedenti.

DISPOSIZIONI ABROGATE:

ART. 12-SEXIES COMMI 4-BIS, 4-QUINQUIES D.L. 306/92

4-bis. Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi 1 e 2-ter del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello nei procedimenti penali e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno. 4-quinquies. Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in stato di sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo.

ART. 12-SEXIES COMMI 4-SEXIES, 4-OCTIES, 4-NOVIES D.L. 306/92

4-sexies. Competente a emettere i provvedimenti previsti dai commi 1 e 2-ter, dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice di procedura penale. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice di procedura penale. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto.

4-octies. In caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell'articolo 666 del codice di procedura penale, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa.

4-novies. L'autorità giudiziaria competente ad amministrare i beni sequestrati è il giudice che ha disposto il sequestro ovvero, se organo collegiale, il giudice delegato nominato dal collegio stesso. L'opposizione ai provvedimenti adottati, ove consentita, è presentata, nelle forme dell'articolo 666 del codice di procedura penale, allo stesso giudice ovvero, nel caso di provvedimento del giudice delegato, al collegio.

ART. 104-BIS DISPOSIZIONI DI ATTUAZIONE (Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi nel giudizio).

(...) 1-quater. Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-bis del codice penale o dalle altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice. In tali casi l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, fino al provvedimento di confisca emesso dalla corte di appello e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno. 1-quinquies. Nel processo di cognizione devono essere citati i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo. 1-sexies. Le disposizioni dei commi 1-quater e 1-quinquies si applicano anche nel caso indicato dall'articolo 578 -bis del codice.

ART. 183-QUATER C.P.P. (Esecuzione della confisca in casi particolari)

1. Competente a emettere i provvedimenti di confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240-bis del codice penale o da altre disposizioni di legge che a questo articolo rinviano dopo l'irrevocabilità della sentenza, è il giudice di cui all'articolo 666, commi 1, 2 e 3, del codice. Il giudice, sulla richiesta di sequestro e contestuale confisca proposta dal pubblico ministero, provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione del decreto. 2. In caso di morte del soggetto nei cui confronti è stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il relativo procedimento inizia o prosegue, a norma dell'articolo 666 del codice, nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa. 3. L'autorità giudiziaria competente ad amministrare i beni sequestrati è il giudice che ha disposto il sequestro ovvero, se organo collegiale, il giudice delegato nominato dal collegio stesso. L'opposizione ai provvedimenti adottati, ove consentita, è presentata, nelle forme dell'articolo 666 del codice, allo stesso giudice ovvero, nel caso di provvedimento del giudice delegato, al collegio.

Sempre in correlazione rispetto alla regolamentazione degli aspetti processuali, il comma IV dell'articolo 6 del decreto ha introdotto il nuovo articolo 578-*bis* del codice di procedura penale, rubricato: “*Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o prescrizione*”, ricalcando, seppure con una diversa formulazione, la disciplina già predisposta dal precedente comma 4-*septies* dell'art. 12-*sexies* della citata legge (con contestuale abrogazione di quest'ultimo a norma dell'art. 7 del decreto).

Siffatta norma processuale prevede espressamente che il giudice dell'impugnazione, nei casi in cui dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione o in cui sia sopravvenuta amnistia, debba pronunciarsi, *incidenter tantum* ai soli effetti della confisca, quando la stessa sia stata già ordinata a seguito di condanna in primo grado, fatta eccezione per le ipotesi di confisca per equivalente.

Ciò, secondo un modello già previsto dal codice di procedura penale in relazione alle statuizioni sugli interessi civili nei casi di pronuncia della sentenza di estinzione del reato ed in ossequio alla giurisprudenza della CEDU in ordine alla natura sostanzialmente affittiva della confisca, da commisurarsi, al pari di una “pena”, al principio secondo il quale la stessa non può, di per sé stessa, essere applicata senza una condanna, a meno che non ne vengano, anche in sede di impugnazione, autonomamente valutati i presupposti normativi.

<p>DISPOSIZIONE ABROGATA: COMMA 4SEPTIES DELL'ART 12-SEXIES D.L. 306/1992</p> <p><i>Le disposizioni di cui ai commi precedenti, ad eccezione del comma 2-ter, si applicano quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o per amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.</i></p>	<p>ART. 578-BIS C.P.P (Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione)</p> <p><i>1. Quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.</i></p>
---	--

Per finale completezza espositiva, l'articolo 7 contempla l'elenco delle abrogazioni delle disposizioni di legge speciali confluite all'interno del codice penale.

Il successivo articolo 8, infine stabilisce, che dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo, i richiami alle disposizioni abrogate, ovunque presenti nella legislazione, debbano intendersi riferiti alle corrispondenti disposizioni del codice penale, come indicato dalla tabella A allegata allo schema di decreto. Il rinvio a siffatta tabella consente, dunque, di verificare l'immediata corrispondenza delle norme abrogate, chiarendo altresì che ove vi siano riferimenti all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992 (in tema di confisca) specificamente riguardanti i reati presupposto in materia di droga e contrabbando, siffatti debbano essere intesi come richiami ai nuovi art. 85-*bis* del DPR n. 309 del 1990 ed al comma 5-*bis* dell'articolo 301 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 43 del 1973, che a loro volta rinviano al nuovo art. 240-*bis* del codice penale.

7. Conclusioni

Riguardo ad una verosimile prognosi sugli effetti dell'intervento normativo, sebbene in sede di analisi di impatto non sia stato possibile, allo stato, quantificarne le conseguenze sui processi, tuttavia sembra potersi, in base alla attuale stima, prevedere un complessivo vantaggio nel lungo e medio periodo, dovuto quantomeno alla possibilità (numericamente al momento non quantificabile) di ridurre il numero delle fattispecie criminose.

In tal senso si conclude l'Analisi di Impatto della Regolamentazione, precisandosi che “non si profilano, quindi, svantaggi connessi all'opzione prescelta. È evidente che l'intervento non può che presentare analoghi vantaggi per le piccole e medie imprese, al pari di tutti i cittadini e le persone fisiche”.

Nel breve periodo, l'intervento normativo è prevalentemente volto a dare attuazione alla delega contenuta nella Legge 23 Giugno 2017, n. 103, recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”, con la quale il Governo è stato investito dell'attuazione del principio della riserva di codice nella materia penale.

Nel medio periodo, invece, si auspica che la novella consenta, attraverso un'opera di razionalizzazione attuata con la revisione generale della parte speciale del codice penale e della legislazione complementare, di rendere maggiormente conoscibile e comprensibile la normativa penale e di arginare l'eccessiva, caotica e non sempre facilmente intellegibile, produzione legislativa di settore⁴⁶.

Così da portare ad una concreta portata di “conoscibilità” i precetti penali al medio consociato.

⁴⁶ Cfr. *Relazione di valutazione di impatto*, cit. p. 2 e 3.

Fatto sta che, ove effettivamente inserito, come da progetto originario, il principio della riserva di codice, nel contesto di una più organica riforma di rango costituzionale, lo stesso avrebbe fornito maggiori garanzie di incidenza nell'assetto attuale del sistema penale, così da ripristinare l'originaria e primigenia funzione della "pena" intesa come effettiva, estrema sanzione, ad ultimo presidio della violazione di beni direttamente contemplati nella Carta Fondamentale o, comunque, agli stessi funzionalmente ricollegabili.

NOVITÀ LEGISLATIVA

Alessandro Maria Solivetti

Tirocinante, ex art. 73 d.l. 69/2913, presso la Corte Suprema di cassazione

Il Whistleblowing e la Legge 179/2017

abstract

With the Law no. 179 of November 30, 2017, the Italian Parliament has amended the whistleblowing regulation. In particular, this important legal instrument, as requested by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), has been extended to the private sector and its violations are now more severely punished. The reform has also introduced new guarantees and emphasized the importance of protecting the privacy and anonymity of whistleblowers. The Supreme Court of cassazione has clarified the relationship between whistleblowing and criminal proceeding principles and the Italian Anti-corruption Authority has the duty to enforce the reform.

keywords

Whistleblowing – Law no. 179 November 30, 2017 – Cassazione no. 9047 January 31 2018.

abstract

Con la Legge 30 novembre 2017, il Parlamento italiano ha modificato la disciplina del whistleblowing. Tale istituto, sempre più importante nella strategia del contrasto all'illegalità e alla corruzione, è stato esteso, come richiesto dall'OCSE e da altre organizzazioni internazionali, al settore degli enti privati. La riforma ha, inoltre, inasprito le sanzioni amministrative nel caso di violazioni e sono aumentate le garanzie, anche di anonimato, dei segnalatori. La Corte Suprema di cassazione si è recentemente pronunciata per la prima volta su questo strumento, chiarendo i rapporti tra le garanzie del denunciante e i principi del processo penale, in primis il diritto di difesa. È compito ora dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, quello di formare i dirigenti (pubblici in particolare) al rispetto di questo peculiare istituto, sì da rendere efficace la rinnovata disciplina e aumentarne l'applicazione.

parole chiave

Whistleblowing – Legge 30 novembre 2017, n. 179 – Corte Suprema di cassazione, sentenza 31 gennaio 2018, n. 9047.

sommario

1. Definizione e nascita dell'istituto. – **2.** Fonti internazionali. – **3.** La disciplina italiana: la Legge 6 novembre 2012, n.190, applicazione e criticità, e la Legge 30 novembre 2017, n. 179. – **4.** La sentenza 31 gennaio 2018, n. 9047 della Corte Suprema di cassazione. – **5.** Ulteriori novità della Legge 30 novembre 2017, n. 179. – **6.** Considerazioni conclusive.

1. Definizione e nascita dell'istituto

Il *whistleblowing* è un istituto di matrice anglosassone e ritenuto dalla comunità internazionale primario elemento di lotta alla corruzione nei settori pubblico e privato. Tale strumento è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla Legge 6 novembre 2012, n. 190 ed è stato recentemente riformato dalla Legge 30 novembre 2017, n. 179 che ne ha delineato una disciplina più compiuta, con l'obiettivo di aumentarne l'applicazione e l'efficacia.

Difatti, i *report* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione¹, i Piani Nazionali Anticorruzione, nonché le Linee

¹ Si veda, in particolare, il *Report sulle segnalazioni presentate all'Autorità e il loro stato di avanzamento*, pubblicato dall'ANAC in data

guida in materia², hanno segnalato una iniziale diffidenza nell'utilizzo di tale importante istituto, fondamentale per far emergere pratiche di malaffare e illegalità nella Pubblica Amministrazione come nel privato.

L'iniziale insuccesso dello strumento *de qua* è stata dettata certamente anche dalla natura dell'espressione stessa che non conosce una immediata traduzione nella lingua italiana, se non quella "soffiatore nel fischiotto". Il *whistleblower* è quindi colui che, nel corso della propria attività lavorativa, scopre e segnala fatti potenzialmente lesivi per l'ente pubblico o privato entro il quale lavora, o per i soggetti che con esso si relazionano. Tale segnalazione è rivolta a soggetti preposti, interni o esterni all'ente, che dovrebbero intervenire efficacemente per eliminare le pratiche di malaffare o *maladministration* segnalate.

Tale figura nasce negli Stati Uniti d'America già negli anni '50³ ed è strumento tipico di una vigilanza dall'interno e di controlli reciproci. Nella società italiana, invece, la medesima figura ha storicamente avuto una connotazione negativa. A riprova di ciò, il *whistleblower* è spesso tradotto dalla stampa come "lo spione" o "gola profonda", attribuendogli un forte disvalore, posto che è visto come colui che "rompe" una situazione di equilibrio tra dei soggetti, rivelando ai diretti⁴ superiori ciò che accade in un gruppo o in una comunità. Un esempio emblematico di *whistleblower* è stato quello dell'ex tecnico della C.I.A. Edward Snowden, che ha dato via al c.d. *Datagate*, rivelando alla comunità internazionale le pratiche, certamente spregiudicate, dell'agenzia americana e per questo subendo le ritrosie del governo U.S.A.

Tuttavia, è proprio tale elemento di denuncia all'esterno del malaffare e delle pratiche corruttive che rende così utile questo strumento, essendo una caratteristica ontologica dei reati di corruzione la difficoltà dell'emersione. In tali reati sinallagmatici, invero, entrambe le parti del *pactum sceleris* hanno l'interesse al mantenimento dello *status quo* che arricchisce il corrotto e avvantaggia indebitamente corruttore, il tutto a danno della concorrenza, dei cittadini e degli stessi enti in cui operano i soggetti corrotti.

2. Fonti internazionali

Il ruolo del *whistleblower*, tuttavia, come affermato dall'art. 33 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione, sottoscritta a Merida nel dicembre 2003 e ratificata dall'Italia con la Legge 116 del 2009, è unicamente quello di denunciare fatti illeciti di cui viene a conoscenza, ma non gode di poteri inquisitori. Spetterà, quindi, all'autorità giudiziaria, o ad appositi organismi, verificare l'assoluta *veridicità* del fatto denunciato. Tra le altre fonti internazionali che disciplinano il *whistleblowing*, e che hanno condotto all'introduzione nel nostro ordinamento di tale istituto, vi è, *in primis*, la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (17 dicembre 1997) che è stata ratificata dall'Italia con la Legge 300 del 2000 ed ha tra l'altro portato all'introduzione nel nostro ordinamento l'istituto della responsabilità amministrativa degli enti. Tale fonte internazionale ha permesso la costituzione del *Working group on bribery in international business transactions* che si occupa di monitorare l'adozione di misure anticorruzione all'interno degli stati dell'OCSE ed ha sottolineato la rilevanza del *whistleblowing* come strumento di emersione degli illeciti, nonché la necessità di proteggere i denunciatori da eventuali ritorsioni e di predisporre una disciplina unitaria per i settori pubblico e privato. Tale omologazione delle discipline, presente ad esempio nel Regno Unito sin dal *Whistleblower Protection act* del 1989, è stata prevista nel nostro ordinamento con la citata Legge 179 del 2017. Il *Working group* ha evidenziato, inoltre, i vantaggi del sistema del c.d. *Bounty program*, proprio del *False claim act* U.S.A., che consente agli individui che denunciano delle frodi di ricevere fino al 30% dell'importo recuperato grazie alla segnalazione. Tale strumento rappresenta un forte incentivo a segnalare le illegalità, ma è figlio di una concezione premiale del rispetto delle norme, assolutamente avulsa dall'ordinamento italiano. Negli U.S.A., a differenza dell'Italia, il *whistleblower* deve rivolgersi necessariamente ad un avvocato, per poter presentare una denuncia, e sarà compito del suo difensore vagliare la non manifesta infondatezza della segnalazione e, in caso positivo, segnalare i fatti all'autorità giudiziaria. Nell'eventuale giudizio siederà unicamente il difensore, mentre il segnalante rimarrà anonimo e l'eventuale *bonus*, nel caso di fondatezza delle accuse, sarà spartito tra il segnalante e il professionista. Tale sistema permette anche di tutelare la riservatezza del *whistleblower* che non potrà subire sanzioni per aver rivelato informazioni confidenziali.

Tra le fonti internazionali vi sono, inoltre, le convenzioni, penale e civile, del Consiglio d'Europa contro la corruzione (27 gennaio e 4 novembre 1999), ratificate con la Legge 110 del 2012 ed attuate con la Legge 190

11 novembre 2015; nonché, le due presentazioni dei monitoraggi nazionali sull'applicazione del *whistleblowing* del 22 giugno 2016 e del 2 giugno 2017

² *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015.

³ Il primo articolo di giornale ad utilizzare tale termine fu pubblicato sul *Mansfield News-journal* (Ohio) il 10 ottobre 1958: "The whistleblower on that \$50.000 a month call-girl was a witch, who tried to tap Bea Garfield, alleged madam, for \$250".

⁴ Un interessante approfondimento sulla carenza di un equivalente italiano del termine whistleblower è analizzata sul tematico sito internet <http://blog.terminologiaetc.it/2013/06/12/significato-traduzione-whistleblower/> che sottolinea come, mentre nel mondo anglosassone corrisponde al fischio dell'arbitro che segnala una irregolarità, in Italia è spesso accostato ai pentiti delle associazioni a delinquere.

del 2012, che sanciscono la necessità di tutelare i *whistleblower* (in buona fede) dalle possibili ritorsioni degli enti in cui lavorano o da parte dei soggetti accusati, proprio perché la paura di atti di ritorsione e discriminatori rappresenta il maggior ostacolo all'aumento delle segnalazioni.

3. La disciplina italiana: la Legge 6 novembre 2012, n. 190, applicazione e criticità, e la Legge 30 novembre 2017, n. 179

In un tale contesto, quindi, si è inserita l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto del *whistleblowing*, avvenuta grazie alla L. 190/2012, che lo ha inserito nel d.lgs. 165/2001, attinente al pubblico impiego, all'art. 54-bis⁵. Tale norma delinea il *whistleblower* come il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti o all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ovvero riferisce al proprio diretto superiore gerarchico, condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro. Tale soggetto ha diritto ad essere tutelato e di non essere in alcun modo sanzionato, licenziato, trasferito, demansionato, sottoposto a misure discriminatorie anche indirette, produttive di effetti sulle condizioni di lavoro, per motivi anche indirettamente connessi alla segnalazione. Tale tutela è assicurata, in accordo agli strumenti del Consiglio d'Europa, unicamente ai segnalanti in buona fede e alla denunce non apparentemente immotivate e infondate. Le garanzie constano in strumenti volti a mantenere l'anonimato del segnalante, la cui identità potrà essere rivelata solo se la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'accusato. La denuncia è, infine, sottratta all'accesso di cui agli articoli 22 e seguenti della Legge 241 del 1990.

Per garantire l'effettività di tale importante istituto, ogni Pubblica Amministrazione nel proprio Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza deve predisporre una specifica sezione e prevede strumenti quali piattaforme informatiche di ricezione delle segnalazioni, indirizzi di posta elettronica *ad hoc* criptati, protocolli informatici sicuri e, in generale ogni strumento utile a tutelare l'anonimato del segnalante, posto che il diritto alla riservatezza e alla protezione rappresentano lo strumento più utile per evitare ritorsioni.

Tale disciplina, tuttavia, si è rivelata di scarsa applicazione. Un primo *vulnus*, come anticipato, è quello dell'estraneità nel nostro ordinamento di istituti di tal fatta, volti a promuovere l'autodisciplina dei funzionari pubblici (e privati), nonché meccanismi di autocontrollo e vigilanza reciproca. Molto spesso, invece, negli uffici pubblici colui che aggira le prescrizioni e i divieti è visto come una persona scaltra, che riesce a trarre i massimi benefici dalla propria posizione e dal ruolo rivestito. Lo strumento del *whistleblowing*, di conseguenza, non è stato valorizzato e l'essere "spione" è rimasta una macchia indelebile agli occhi dei propri colleghi. In alternativa, lo strumento della denuncia in anonimato è stato utilizzato per danneggiare gli altri funzionari e per far sfociare gelosie e rivalità. A tutto danno dell'obiettivo di fine pubblico dell'istituto *de qua*.

Una seconda causa di iniziale insuccesso del *whistleblowing* è stata l'assenza di una disciplina organica dell'istituto, che non ne ha permesso un'agevole comprensione e una efficace attuazione. Tale istituto, difatti, è disciplinato dal citato articolo 54-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (introdotto dalla c.d. Legge Severino n. 190 del 2012), nonché dai Piani Nazionali Anticorruzione dell'ANAC, dal Report sulle segnalazioni presentate all'Autorità e il loro stato di avanzamento, dell'11 novembre 2015, dalle Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 della medesima autorità, dall'11° aggiornamento della Circolare n.285 di Banca d'Italia del 21 luglio 2015 (per quanto attiene al settore Bancario). Da ultima, è intervenuta la citata Legge 30 novembre 2017, n. 179, pubblicata in Gazzetta Ufficiale S.G. il 14 dicembre 2017 ed entrata in vigore il successivo giorno 29, che ha colmato un'ulteriore lacuna della disciplina iniziale del *whistleblowing*. Difatti, nonostante le raccomandazioni dell'OCSE e del connesso *Working group*, la Legge 190/12 ha previsto l'istituto *de qua* unicamente per il settore pubblico, provocando una forte disparità tra le imprese private e quelle pubbliche. Non sono mancati, tuttavia, enti di diritto privato di grandi dimensioni e con strutture di *governance* complesse (specialmente Banche e istituti finanziari) che sulla spinta anche degli enti rappresentativi di categoria (vedasi la citata circolare di Banca d'Italia) hanno introdotto nella propria struttura organizzativa meccanismi di segnalazione anonima delle irregolarità. Inoltre, il d.lgs. 231 del 2001 prevede, seppur indirettamente, tale istituto. Difatti, l'art. 6, comma 2, lettera d), prevede che i modelli di organizzazione gestione e controllo del rischio di verifica di reati, per poter essere considerati efficaci e rappresentare un'esimente dalla responsabilità dell'ente per i fatti commessi dagli apicali, devono prevedere "*obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli*". Di conseguenza, risulta necessario istituire e formalizzare un adeguato processo di gestione dei flussi informativi in relazione a tutti i reati presupposto della responsabilità dell'ente e, pertanto, sarà rilevante sistematizzare tali flussi informativi tra le singole funzioni aziendali operanti nei processi sensibili e l'Organismo di Vigilanza, sì

⁵ Sul punto si vedano: LIGUORI G., *Whistleblowing: Il panorama a livello internazionale, struttura generale ed attuazioni da parte dello stato italiano*, Rivista 231, 2014, n. 1, pp. 61 ss.; RODOLFI A., *La normativa italiana in materia di "whistleblowing", "risk management" e "best practices" per la corretta gestione di un sistema di segnalazione* (Italian legislation with reference to whistleblowing, risk management, and best practices for the correct management of the reporting system), *Cyberspazio e diritto*, 2014, fasc. 2-3, pp. 313 ss.

che questo possa efficacemente intervenire. È quindi necessario istituire (come avviene nel privato), entro il singolo ente, procedure che permettano ai dipendenti di segnalare i comportamenti non aderenti alle norme di comportamento, ai principi e ai contenuti del modello, nonché ovviamente alle norme di legge e alle politiche aziendali. L'adozione del modello di organizzazione gestione e controllo è, nondimeno, meramente facoltativa per gli enti privati, mentre per gli enti pubblici o in controllo pubblico l'adozione di un Piano triennale di prevenzione della corruzione e della trasparenza è obbligatoria⁶.

L'aspetto più problematico della disciplina del *whistleblowing* rimane tuttavia il coordinamento con la tutela della *privacy*, posto che la paura di ritorsioni rimane il maggior ostacolo a denunciare fatti di illegalità entro il proprio posto di lavoro. Il trattamento dei dati del denunciante, come del denunciato, risulta quindi fondamentale istituire meccanismi di conservazione dei dati, di politiche di sicurezza e tempi di conservazione degli stessi, che garantiscano l'anonimato del *whistleblower*. D'altro canto, la garanzia dell'oscuramento dell'identità del denunciante non deve rappresentare stimolo di denunce infondate o meramente strumentali, né garanzia di impunità in tali evenienze.

Per bilanciare tali contrapposte esigenze, l'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001, sì come riformato dalla L. 179/2017, stabilisce, al terzo comma, *“l'identità del segnalante non può essere rivelata”*. In particolare, nel procedimento penale essa è garantita nei modi e nei limiti di cui all'art. 329 c.p.p., pertanto, vi sarà assoluto riserbo fino a che l'imputato non venga a conoscenza degli atti di indagine e, in ogni caso, non prima della conclusione delle indagini preliminari. Il P.M., inoltre, potrà disporre con decreto motivato, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, *“l'obbligo del segreto per singoli atti, quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone”* ovvero *“il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni”*.

Nel procedimento innanzi la Corte dei conti, la sua identità non potrà essere rivelata sino alla conclusione della fase istruttoria, mentre nel procedimento disciplinare non potrà mai essere rivelata *“ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa”*. Tuttavia se la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile, in tale ultimo procedimento, per la difesa dell'incolpato, allora la denuncia potrà essere utilizzata solo se l'autore presterà il consenso alla sua *disclosure*.

4. La sentenza 31 gennaio 2018, n. 9047 della Corte Suprema di cassazione

Sul tema della riservatezza sull'identità del *whistleblower*, è intervenuta di recente (per la prima volta in genere sull'istituto) la Corte Suprema di cassazione con due sentenze “gemelle” del 31 gennaio 2018, depositate il 27 febbraio u.s., nn. 9047 e 9041, Presidente Pretruzzellis, Relatore Tronci. In tali pronunce la Suprema Corte affronta il rapporto tra sul rapporto tra *whistleblowing* e processo penale, con specifica attinenza al pubblico impiego. Nello specifico, è stata analizzata la presunta discrasia tra l'art. 54-*bis* d.lgs. 165/2001 e gli articoli 240 e 333 del c.p. che statuiscano il principio dell'inutilizzabilità ai fini investigativi delle dichiarazioni pervenute in forma anonima all'autorità giudiziaria⁷. I ricorrenti, nel procedimento sfociato nella sentenza n. 9047/2017, sostenevano che la segnalazione anonima di un pubblico dipendente non potesse costituire una efficace *notitia criminis* e, pertanto, non consentisse all'autorità investigativa di disporre dei mezzi di ricerca della prova e, nel caso di specie, delle intercettazioni telefoniche. La Corte, invece, afferma che l'art. 54-*bis*, già nella versione *ante* riforma 2017, operi unicamente nel procedimento disciplinare (e sempre che la segnalazione sia suffragata da distinti accertamenti ulteriori e salvo il suo consenso alla rivelazione dei dati), mentre nel settore penale, *“non vi è alcuno spazio per l'anonimato – rectius: per il riserbo sulle generalità – in tal caso essendo altresì significativa l'espressa salvezza delle ordinarie previsioni di legge operata dal comma 1 della succitata norma (art. 54-*bis* d.lgs. 165/2001), per il caso che la denuncia integri gli estremi dei reati di calunnia o diffamazione, ovvero ancora sia fonte di responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 di quel codice”*. La Legge 179/17 ha chiarito, quindi, che l'identità del denunciante è tutelabile nei limiti del segreto istruttorio di cui all'art. 329 c.p.p. Di conseguenza, all'interno dell'ente pubblico o privato il segnalante, di norma, rimarrà anonimo, mentre all'esterno, nel procedimento penale, solo ai fini investigativi e ove lo ritenga necessario il P.M. Da ultimo, afferma la Corte, nel caso in cui pervenga alla Procura della Repubblica una segnalazione anonima, essa non rappresenta una autonoma *notitia criminis* e non può rappresentare il momento iniziale di indagini penali. Ciò in considerazione che essa non costituisce un mero spunto investigativo, ma vero e proprio atto di accusa, con conseguente necessità di garantire il preminente diritto di difesa dell'accusato e di approntare tutte le tutele a tal fine predisposte dall'ordinamento, sia in sede di procedimento che, ancor più, in sede di accertamento della penale responsabilità.

⁶ La Determinazione n. 8 del 17 giugno 2015 dell'ANAC illustra gli obblighi per le società partecipate o in controllo pubblico, nonché le integrazioni del Piano triennale di prevenzione e il modello di organizzazione gestione e controllo.

⁷ Sul punto si veda: G. MORGESE, *I limiti di utilizzabilità della denuncia “anonima” ai fini investigativi*, Giurisprudenza Penale Web, 2016, 9.

5. Ulteriori novità della Legge 30 novembre 2017, n. 179

La segnalazione, sempre ai fini della tutela del denunciante, è, come anticipato, sottratta a tutte le forme di accesso di cui agli articoli 22 e seguenti della L. 241/1990. L'ANAC, inoltre, sta elaborando delle nuove linee guida, in concerto con il Garante per la protezione dei dati personali, in relazione alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni.

L'art 54-*bis* prevede poi il divieto di misure ritorsive nei confronti del segnalatore che non potrà quindi essere “sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione”. Con la riforma del 2017, nel caso di violazione di tale previsione, ove l'ANAC accerti l'adozione di tali misure discriminatorie nei confronti del denunciante (salvo in caso in cui la misura stessa sia motivata “da ragioni estranee alla segnalazione stessa”), l'Autorità stessa, oltre ai profili di responsabilità penale, dirigenziale e disciplinare, applicherà una sanzione amministrativa da 5.000 a 30.000 euro. Inoltre, ove sia appurata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle fissate dall'Autorità stessa, l'ANAC applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Infine, nel caso in cui sia accertato il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, si applica al responsabile la medesima sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Tali sanzioni irrogate dall'ANAC rendono ben più efficaci le previsioni a tutela dei segnalatori, in considerazione anche dell'entità stessa della misura, tra le più elevate tra quelle adottabili dall'Autorità. La tutela del denunciante è garantita, inoltre, dalla reintegra del posto di lavoro, nelle forme di cui all'art. 2 del d.lgs. 23/2015, nel caso in cui sia licenziato a motivo della segnalazione.

Tuttavia, le suddette misure a tutela del *whistleblower* non trovano applicazione nel caso in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la sua penale responsabilità per reati di calunnia, diffamazione o, in generale, reati connessi alla sua denuncia, nonché la sua responsabilità civile, per il medesimo titolo, nei casi di dolo o colpa grave. Di tal modo, il legislatore vuole ovviamente limitare il rischio di segnalazioni mendaci, strumentali o comunque palesemente infondate e stabilisce che già una sentenza di prime cure costituisca condizione ostativa all'applicazione delle tutele.

La riforma di cui alla L. 179/17 ha introdotto, inoltre, un'integrazione alla disciplina dell'obbligo di segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale, sia per il settore pubblico che per il privato. In particolare, l'art 3 della suddetta Legge prevede che il perseguimento dell'interesse generale all'integrità dell'ente di appartenenza e alla repressione delle malversazioni, che si esplicano nella denuncia, costituiscano giusta causa di rilevazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli articoli 326, 622 e 623 del codice penale e all'articolo 2105 del codice civile (salvo espressamente il caso di acquisizione del segreto in ragione di un rapporto di consulenza professionale o di assistenza con l'ente). Pertanto, in ossequio al principio di procedimentalizzazione dei flussi informativi, il denunciante potrà essere sanzionato solo ove tale rilevazione sia stata svolta con modalità eccentriche rispetto quelle previste e alle finalità pubbliche e generali del *whistleblowing*.

La novità più rilevante della riforma del 2017 è probabilmente l'estensione della disciplina del segnalatore al settore privato, colmando così la disparità di trattamento denunciata dal *Working group* dell'OCSE. A tal fine sono stati introdotti tre commi (2-*bis*, 2-*ter*, 2-*quater*) all'art. 6 del d.lgs. 231/2001 che disciplina la responsabilità dell'ente privato per il reato posto in essere da un suo soggetto apicale, nonché il contenuto del modello di organizzazione gestione e controllo.

Tali strumenti, per poter mandare esente da responsabilità l'ente, devono quindi ora prevedere degli specifici canali e strumenti che consentano ad apicali e sottoposti di presentare segnalazioni di fatti di reato (solo reati presupposto della responsabilità dell'ente medesimo), fondate su elementi precisi e concordanti, ovvero violazioni del modello di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte. Tali strumenti di segnalazione, di cui almeno uno informatico, devono garantire la riservatezza dell'identità del denunciante e, come nel settore pubblico, vige il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione. Nel caso in cui l'ente adotti invece misure ritorsive, queste possono essere denunciate, anche dalle organizzazioni sindacali, all'Ispettorato nazionale del lavoro. Il licenziamento ritorsivo sarà ugualmente nullo, come invalidi saranno i mutamenti di mansioni *ex art. 2103 c.c.*, nonché qualsiasi altra misura discriminatoria o ritorsiva nei confronti del denunciante, salvo che fondate su ragioni avulse alla segnalazione.

6. Considerazioni conclusive

La novella legislativa di cui alla L. 179/17 rappresenta un'importante innovazione nella disciplina di un istituto estremamente diffuso ed efficace negli ordinamenti anglosassoni, ma che ha faticato a trovare applicazione in Italia. Le cause di tale iniziale insuccesso sono state parzialmente superate dalla riforma in analisi che ha offerto maggiori tutele ai segnalatori (*in primis* sul versante contrattuale), ha previsto gravi sanzioni per le violazioni

delle garanzie stesse, sì da aumentare l'applicazione delle norme ed ha finalmente previsto il *whistleblowing* nel settore privato. Tuttavia, la disciplina rimane ancora disorganica e frazionata tra le fonti legislative da un lato (in particolare d.lgs. 165/2001 e d.lgs. 231/2001) e fonti secondarie dall'altro, quali gli strumenti dell'ANAC. Proprio a tale soggetto, per tramite del Piano Nazionale Anticorruzione e delle Linee guida in materia, spetta il delicato compito di favorire l'applicazione delle tutele previste, ma soprattutto quello di formare i dirigenti (in special luogo pubblici) al rispetto delle norme di autoregolamentazione e autocontrollo. Difatti, il contrasto alla corruzione, e alle forme di cattiva amministrazione in genere, è sempre più una questione di educazione e formazione alla legalità (di qui anche il ruolo primario assegnato dalla L. 190/12 ai Codici di comportamento)⁸. In tale ottica lo strumento del *whistleblowing* permette di comprendere meglio le dinamiche interne agli enti pubblici e privati, di far emergere l'illegalità e il malaffare e, stante il fine esclusivamente pubblico della denuncia, rappresenta il tentativo di instaurare una collaborazione tra i giudicanti e l'ente entro il quale si verificano i fatti denunciati.

⁸ La dottrina è assolutamente concorde nel sottolineare l'aspetto culturale del contrasto alla corruzione e all'illegalità negli enti di diritto pubblico e privato. Sul punto si vedano *ex multis*: MEREU A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, *Indice pen.*, 2006, pp. 73 ss.; BARTOLI, R., *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, *Dir. pen. e processo*, 2016, n.11, pp. 1507 ss.; CAPUTO M., *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità da reato*, *Diritto penale contemporaneo*, 2013, n. 1, 101 ss. e FARNETI G., *La legalità nei rapporti con le società partecipate dalla p.a. alla luce della legge anticorruzione. Come rendere effettivo il contrasto alla corruzione*, *Azienditalia*, 2015, n. 3, pp. 225 ss.

NOVITÀ LEGISLATIVA

Silvia Forestieri

Tirocinante, ex art. 73 d.l. 69/2013, presso la Corte Suprema di cassazione

Aspetti penalistici della riforma Lorenzin

abstract

Law n. 3/2018, known as riforma Lorenzin, introduces key innovations in terms of clinic experimentation and implements the health professional associations' reform.

The reform has set higher penalties in case of unauthorised practice of the profession, manslaughter and bodily harm due to the lack of the special authorisation required by the State.

In the end significant changes have been made to the Gelli-Bianco law on health care, with particular attention to the regulation of the insurance obligation for healthcare facilities.

keywords

Law no. 3 January 11, 2018 – Clinical trial – The tightening of the sanctioning response – Medical liability.

abstract

La Legge n. 3/2018, nota anche come riforma Lorenzin, introduce importanti novità in materia di sperimentazione clinica ed attua, inoltre, la riforma degli ordini professionali sanitari.

La riforma ha, altresì, inasprito le sanzioni previste per i reati di abusivo esercizio della professione, di omicidio colposo e di lesioni colpose commessi in mancanza della speciale abilitazione richiesta dallo Stato.

Vengono, infine, apportate rilevanti modifiche alla Legge Gelli-Bianco in materia di responsabilità sanitaria, con particolare attenzione alla disciplina dell'obbligo assicurativo a carico delle strutture sanitarie.

parole chiave

Legge 11 gennaio 2018, n. 3 – Sperimentazione clinica – Inasprimento sanzionatorio – Responsabilità medica.

sommario

1. Le principali novità introdotte dalla Legge 11 gennaio 2018, n. 3 (cd. Riforma Lorenzin). – **2.** L'inasprimento della risposta sanzionatoria in ambito sanitario. – **3.** Responsabilità medica: ecco cosa cambia con la Riforma Lorenzin. – **4.** Conclusioni: il delicato e rinnovato rapporto medico-paziente-ordinamento.

1. Le principali novità introdotte dalla Legge 11 gennaio 2018, n. 3 (cd. Riforma Lorenzin)

Il 15 febbraio 2018 è entrata in vigore la Legge 11 gennaio 2018, n. 3 (*Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute*), anche nota come 'Riforma Lorenzin' dal nome del Ministro della Salute, con la quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore del provvedimento in esame, uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano, nonché delle professioni sanitarie e della dirigenza sanitaria del Ministero della salute.

Tra i principi ed i criteri direttivi previsti per l'esercizio della delega, che, nel prevedere il riordino ed il coordinamento delle disposizioni vigenti, fanno esplicitamente salvi (art. 1, comma 2, lettera *a* della legge in commento) il rispetto delle norme dell'Unione europea, delle convenzioni internazionali, nonché, il rispetto degli *standard* internazionali per l'etica nella ricerca medica sugli esseri umani, vanno ricordati:

- l'individuazione dei requisiti dei centri autorizzati alla conduzione delle sperimentazioni cliniche dalla fase I alla fase IV, con particolare attenzione, nella fase IV, al coinvolgimento delle associazioni dei rappresentanti

- dei pazienti nella definizione dei protocolli di ricerca, soprattutto per le malattie rare;
- l'individuazione delle modalità per il sostegno all'attivazione e all'ottimizzazione di centri clinici dedicati agli studi clinici di fase I, sia su pazienti che su volontari sani, da condurre con un approccio metodologico di medicina di genere, prevedendo anche la definizione, attraverso un decreto del Ministro della Salute, dei requisiti minimi per i medesimi centri anche al fine di una loro più omogenea presenza sul territorio nazionale, in conformità al regolamento (UE) n. 536/2014;
 - la semplificazione degli adempimenti meramente formali circa le modalità di presentazione della domanda per il parere del comitato etico e di conduzione e di valutazione degli studi clinici;
 - la semplificazione delle procedure per l'utilizzo a scopi di ricerca clinica di materiale biologico o clinico residuo da precedenti attività diagnostiche o terapeutiche o a qualunque titolo detenuto, avendo ottenuto previamente il consenso informato del paziente sull'uso del materiale biologico che lo riguarda direttamente;
 - la definizione delle procedure di valutazione e di autorizzazione di una sperimentazione clinica, garantendo il coinvolgimento delle associazioni di pazienti, soprattutto nel caso delle malattie rare;
 - l'applicazione dei sistemi informativi di supporto alle sperimentazioni cliniche;
 - l'individuazione – nell'ambito degli ordinamenti didattici – di specifici percorsi formativi in materia di metodologia della ricerca clinica, conduzione e gestione degli studi clinici e sperimentazione dei farmaci;
 - la riformulazione dell'apparato sanzionatorio;
 - la revisione della normativa relativa agli studi clinici senza scopo di lucro e agli studi osservazionali, al fine di migliorare la pratica clinica e di acquisire informazioni rilevanti a seguito dell'immissione in commercio dei medicinali.

In sostanza, oltre all'introduzione di uno specifico riferimento alla medicina di genere e all'età pediatrica, sul fronte sperimentazione clinica, l'Italia si adegua all'Europa (Regolamento UE 536/2014) attraverso il riordino e la riduzione dei comitati etici esistenti e l'individuazione dei requisiti dei centri autorizzati a condurre le sperimentazioni con preferenza per quelli che assicurano il coinvolgimento delle associazioni dei pazienti nella definizione dei protocolli di ricerca. A tal fine, viene istituito un Centro di coordinamento nazionale dei comitati etici territoriali per le sperimentazioni cliniche sui medicinali per uso umano e sui dispositivi medici, "con funzioni di coordinamento, di indirizzo e di monitoraggio delle attività di valutazione degli aspetti etici relativi alle sperimentazioni", che dovrà anche fornire direttive di carattere generale per garantire uniformità procedurale da parte dei comitati etici territoriali.

Nello specifico, la Legge in questione, che giunge al traguardo dopo quasi cinque anni di *iter* parlamentare, oltre a prevedere nuove norme sulle sperimentazioni cliniche, sulla medicina di genere e pene più severe per l'abusivismo sanitario, affronta, dopo settant'anni, la riforma degli ordini professionali sanitari, attraverso il riconoscimento di nuove professioni (come quella dell'osteopata), ed istituendo nuovi ordini professionali (tra cui quello degli infermieri).

Viene demandata, ad un decreto *ad hoc*, la predisposizione di un piano "volto alla diffusione della medicina di genere mediante divulgazione, formazione e indicazione di pratiche sanitarie che nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura tengano conto delle differenze derivanti dal genere, al fine di garantire la qualità e l'appropriatezza delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale in modo omogeneo sul territorio nazionale". Non solo. Il Ministro della salute emanerà apposite raccomandazioni destinate agli Ordini e ai Collegi, volte a promuovere l'applicazione della medicina di genere su tutto il territorio nazionale e verrà predisposto, altresì, un piano formativo nazionale volto a garantire la conoscenza e l'applicazione dell'orientamento alle differenze di genere nella ricerca, nella prevenzione, nella diagnosi e nella cura. Viene, inoltre, ridisegnata la disciplina del funzionamento interno degli ordini e dei relativi albi professionali, al fine di migliorarne la funzionalità, chiarirne i compiti svolti, favorire la partecipazione interna degli iscritti e valorizzare, in particolare, il rilievo pubblico e la funzione deontologica ricoperta dagli stessi. Viene modificata con la nuova Legge anche la disciplina relativa alla dirigenza sanitaria del Ministero della salute mediante l'istituzione di un unico livello nel quale sono collocati i dirigenti del Ministero con professionalità sanitaria di cui all'articolo 18, comma 8, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, e quelli successivamente inquadrati nelle corrispondenti qualifiche, al fine di assicurare un efficace assolvimento dei compiti primari di tutela della salute affidati al Ministero della salute; vengono, inoltre, estesi gli istituti giuridici ed economici previsti per la dirigenza del S.S.N.

La Riforma Lorenzin apporta, infine, una serie di rilevanti modifiche alla recente riforma Gelli-Bianco (Legge n. 24/2017) in tema di responsabilità medica.

Contestualmente alla previsione dei criteri direttivi per l'esercizio della delega da parte del Governo, il Legislatore, tuttavia, ha apportato alcune modifiche immediatamente operative in materia di professioni sanitarie e relativo esercizio abusivo che, vista la rilevanza penalistica, saranno oggetto di approfondimento.

2. L'inasprimento della risposta sanzionatoria in ambito sanitario

Sono, in particolare, gli articoli 12,13 e 14 della Legge in commento ad attuare incisive modifiche a talune disposizioni penali di natura generale e speciale, anche intervenendo sulla misura delle pene stabilite per taluni reati – dolosi e colposi.

L'articolo 12, innanzitutto, incide sulla disciplina del reato di *esercizio abusivo di una professione*, previsto dall'articolo 348 del codice penale, nonché sulle circostanze aggravanti di altre fattispecie di reato commesse nell'esercizio abusivo di una professione o di un'arte sanitaria.

Preliminarmente, appare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sulle condizioni richieste dall'ordinamento affinché possa considerarsi integrato il reato di *abusivo esercizio di una professione*, anche alla luce della nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite¹, chiamate a precisare il concetto di 'atto professionale' con riferimento al delitto in esame.

Il reato in questione, che tutela l'interesse generale a che determinate professioni vengano esercitate soltanto da soggetti in possesso di una speciale autorizzazione amministrativa², è disciplinato dall'articolo 348 del codice penale, il quale rappresenta, secondo un costante orientamento giurisprudenziale ribadito dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2011, una tipica ipotesi di norma penale in bianco, in quanto presuppone l'esistenza di altre norme volte a determinare le professioni per le quali è richiesta la speciale abilitazione dello Stato e l'iscrizione in un apposito albo³.

Tale delitto presuppone una condotta connotata da ripetitività, continuità o, comunque, dalla pluralità degli atti tipici⁴, la cui reiterazione dà luogo ad un unico reato, e risulta integrato allorquando vengano compiuti, senza titolo, "atti che, pur non attribuiti singolarmente in via esclusiva ad una determinata professione, siano univocamente individuati come di competenza specifica di essa, allorché lo stesso compimento venga realizzato con modalità tali, per continuità, onerosità e organizzazione, da creare, in assenza di chiare indicazioni diverse, le oggettive apparenze di un'attività professionale svolta da soggetto regolarmente abilitato"⁵.

Quando, invece, manchino tali apparenze, o per difetto di abitualità, organizzazione o remunerazione, o perché il soggetto agente espliciti in modo inequivoco che egli non è munito di specifica abilitazione e operi in forza di altri titoli o per esperienza personale acquisita, "si è fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 348 c.p."⁶.

Con la formulazione di tale principio di diritto le Sezioni Unite hanno preso posizione circa il contrasto che aveva, fino ad allora, diviso la giurisprudenza, propendendo per la possibilità di estendere la fattispecie incriminatrice all'abusivo svolgimento di atti relativamente liberi, superando, in tal modo, il primo orientamento emerso⁷, alquanto restrittivo, che assegnava rilevanza al compimento dei soli atti attribuiti in esclusiva ad una determinata professione.

Riprendendo, più specificamente, l'argomento in oggetto, l'articolo 12, primo comma, della Legge Lorenzin, sostituisce la previgente formulazione dell'art. 348 c.p. – che puniva con la reclusione fino a sei mesi o con la multa da 103 euro a 516 euro chiunque abusivamente esercitasse una professione per la quale fosse richiesta una speciale abilitazione dello Stato – innalzando la cornice edittale (reclusione da sei mesi a tre anni e multa da euro 10.000 ad euro 50.000), inserendovi pene accessorie (quali la pubblicazione della sentenza, la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, per i casi in cui il soggetto che ha commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata) e, infine, prevedendo un'ipotesi aggravata per il professionista che determini altri a commettere il reato di cui al primo comma ovvero diriga l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo⁸.

Tale inasprimento deriva, evidentemente, dal tentativo di contrastare il fenomeno dilagante dell'abuso della professione che, nonostante la costante informatizzazione degli Ordini Professionali, risulta spesso di difficile

¹ Sent. SSUU n. 11545 del 15/12/2011, (dep. 23/03/2012), Rv. 251819.

² *Ex multis*: Sez. V, sent. n. 32987 del 14/03/2017, (dep. 06/07/2017), Rv. 270470.

³ Sez. 2, sent. n. 16566 del 07/03/2017, (dep. 03/04/2017), Rv. 269580.

⁴ In tal senso: Sez. 6, Sent. n. 6664 del 25/01/2017, (dep. 13/02/2017) Rv. 269543.

⁵ Sent. SSUU, *cit.*

⁶ Sent. SSUU, *cit.*

⁷ In tal senso: Sez. VI, n. 17702 del 3/04/2004, Rv. 228472; Sez. VI, n. 17921 del 11/03/2003, Rv. 224959.

⁸ Il nuovo articolo 348 recita: "Chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 10.000 ad euro 50.000. La condanna comporta la pubblicazione della sentenza e la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e, nel caso in cui il soggetto che ha commesso il reato eserciti regolarmente una professione o attività, la trasmissione della sentenza medesima al competente Ordine, albo o registro ai fini dell'applicazione dell'interdizione da uno a tre anni dalla professione o attività regolarmente esercitata. Si applica la pena della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 15.000 a euro 75.000 nei confronti del professionista che ha determinato altri a commettere il reato medesimo".

individuazione a causa della diffusione del metodo dell'autocertificazione dei titoli per la partecipazione a selezioni pubbliche e/o private.

All'incremento esponenziale del fenomeno hanno, altresì, contribuito la diffusione dei *social-media* e le oggettive difficoltà del S.S.N., da cui derivano lunghe liste di attesa che possono facilitare il rivolgersi a strutture o professionisti non sempre sicuri ed affidabili.

Sarebbe opportuno che si introducessero delle misure tali da consentire agli Ordini Professionali di vigilare sull'uso degli attuali mezzi di comunicazione cui frequentemente ricorrono professionisti o sedicenti tali.

In Svizzera, ad esempio, la federazione degli Ordini dei Medici, in sintonia con il Governo, ha proibito l'uso dei *social* per i medici a scopo professionale, diretto o indiretto. Negli USA, invece, vige il sistema degli accreditati rilasciati dagli Ordini o dalle Società o Associazioni scientifiche per cui si possono pubblicizzare solo le attività relative al proprio ambito professionale.

In Italia, purtroppo, in questo senso si è fatto poco o niente e non è attualmente possibile per gli Ordini professionali attuare contromisure adeguate.

Sempre più spesso, infatti, come testimoniato dal numero crescente delle denunce effettuate dai Nas, si sente parlare di falsi odontoiatri, psicologi, dietologi, etc. Anzi, sono, in genere, proprio questi millantatori a vantare sui *social* risultati mirabolanti, spesso a costi nettamente inferiori a quelli propri del mercato, sottacendo, per di più, tutti i pericoli connessi alla pratica propagandata.

Le crescenti aspettative di cittadini/pazienti, quasi sempre del tutto approssimativamente informati su temi sanitari attraverso internet ed altri mezzi di comunicazione, che spesso aumentano la complessità del rapporto medico-paziente, non possono essere gestite attraverso il monopolio dell'informazione ma, al contrario, attraverso la creazione di fonti ufficiali ed autorevoli di informazione sanitaria facilmente fruibili dai cittadini ma, al tempo stesso, rigorose nei contenuti. In assenza di queste, i cittadini continueranno a ricercare informazioni laddove disponibili, fonti non autorevoli continueranno a proliferare e le aspettative dei pazienti saranno difficilmente gestibili, generando, di conseguenza, aumento di medicina difensiva.

Certamente l'inasprimento delle pene, detentive e pecuniarie, realizzato dalla riforma in esame, può offrire un contributo notevole alla riduzione del fenomeno, costituendo un deterrente rispetto alla commissione del delitto in questione.

In tale contesto, si inseriscono anche le modifiche attuate, mediante i commi secondo e terzo dell'articolo 12, agli articoli 589 e 590 del Codice Penale.

Il secondo comma dell'articolo 12 modifica l'articolo 589 del codice penale (*Omicidio Colposo*) introducendo in tale disposizione un nuovo comma dopo il secondo, che prevede un'ulteriore ipotesi aggravata per colui che commetta il fatto nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, ora punito con la reclusione da tre a dieci anni⁹.

Parallelamente, il terzo comma dell'articolo 12 inserisce lo stesso tipo di ipotesi aggravata, con, ovviamente, una diversa cornice edittale, nella disposizione di cui all'articolo 590 del codice penale (*Lesioni personali colpose*), prevedendo che se i fatti di cui al secondo comma, *Lesioni personali gravi o gravissime*, siano commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria la pena per lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni¹⁰.

Il comma 4 va, invece, a sostituire il terzo comma dell'articolo 123 del testo unico delle leggi sanitarie di cui al Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265.

Il nuovo terzo comma del citato articolo 123 prevede che la detenzione di medicinali scaduti, guasti o imperfetti in farmacia sia punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.500 a euro 3.000, se risulta che per la modesta quantità di farmaci, le modalità di conservazione e l'ammontare complessivo delle riserve, si possa concretamente escludere la loro destinazione al commercio.

Il comma 5 sostituisce il primo comma dell'articolo 141 del citato testo unico delle leggi sanitarie, prevedendo che chiunque, non trovandosi in possesso della licenza necessaria per l'esercizio di un'arte ausiliaria delle professioni sanitarie o dell'attestato di abilitazione richiesto dalla normativa vigente, eserciti un'arte ausiliaria delle professioni sanitarie sia punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.500 a euro 7.500.

Il comma 6 modifica il comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 febbraio 1989, n. 89 (*Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958, n. 253, concernente la disciplina della professione di mediatore*).

⁹ Dopo il secondo comma dell'art. 589 c.p. si aggiunge: "Se il fatto è commesso nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena è della reclusione da tre a dieci anni".

¹⁰ Dopo il terzo comma dell'articolo 590 c.p. si aggiunge: "Se i fatti di cui al secondo comma sono commessi nell'esercizio abusivo di una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato o di un'arte sanitaria, la pena per lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni".

Il citato articolo 8 prevede che chiunque eserciti l'attività di mediazione senza essere iscritto nel ruolo sia punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma compresa fra euro 7.500 e euro 15.000 e sia tenuto alla restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite.

Per l'accertamento dell'infrazione, per la contestazione della medesima e per la riscossione delle somme dovute si applicano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689.

A coloro che siano incorsi per tre volte nella sanzione di cui al comma primo, anche se vi sia stato pagamento con effetto liberatorio, si applicano le pene previste dall'articolo 348 del codice penale, nonché l'articolo 2231 del codice civile; la condanna importa, inoltre, la pubblicazione della sentenza nelle forme di legge.

La modifica apportata dalla riforma consiste nel prevedere l'applicazione delle pene di cui all'articolo 348 del codice penale (Esercizio abusivo di una professione) o dell'articolo 2331 del codice civile (Mancanza d'iscrizione) a coloro che siano già incorsi (invece che incorsi per tre volte) nella sanzione di cui al comma primo.

Infine, il settimo comma dell'articolo 12 aggiunge alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale un nuovo articolo 86-ter, mutuato sul precedente articolo 86-bis, concernente la destinazione dei beni immobili confiscati in quanto utilizzati per la commissione del reato di esercizio abusivo della professione sanitaria.

La nuova disposizione stabilisce che gli stessi siano destinati a finalità sociali e assistenziali e vengano a tal proposito trasferiti al patrimonio del comune ove l'immobile è sito¹¹.

Al di fuori del campo dell'esercizio abusivo di una professione, ma pur sempre in un'ottica di inasprimento della risposta sanzionatoria in ambito sanitario, l'articolo 14 della legge 3/2018 modifica l'articolo 61 del codice penale, che contiene un elenco di circostanze che, se riconosciute dal giudice, possono determinare un aumento fino ad un terzo della pena prevista per il reato. In particolare, l'articolo 14 della legge in commento aggiunge all'elenco delle circostanze aggravanti comuni di cui all'articolo 61 c.p. un nuovo numero 11-sexies, che stabilisce un aggravamento di pena per chi, nei delitti non colposi, abbia commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative.

Scopo di questa modifica risulta essere il tentativo di tutelare ulteriormente i pazienti ricoverati presso strutture sanitarie, i quali risultano, di fatto, maggiormente esposti e vulnerabili, in virtù delle loro condizioni di salute, ad azioni delittuose.

Da ultimo, quanto alle disposizioni contenute in leggi speciali, l'articolo 13 della Legge delega prevede la modifica della Legge 14 dicembre 2000, n. 376 recante "*Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*" prevedendo una sanzione penale anche per il farmacista che, in assenza di prescrizione medica, dispensi farmaci e sostanze farmacologicamente o biologicamente attive per finalità diverse da quelle proprie ovvero da quelle indicate nell'autorizzazione all'immissione in commercio¹².

Tale aggiunta va a colmare una lacuna legislativa che, di fatto, consentiva al farmacista di dispensare sostanze con attività dopante in mancanza di prescrizione medica e si pone come obiettivo quello di contenere, per quanto possibile, la diffusione del *doping*, fenomeno antico, a differenza di quanto pensano in molti, quanto lo sport.

3. Responsabilità medica: ecco cosa cambia con la riforma Lorenzin

La riforma Lorenzin ha introdotto alcune rilevanti modifiche alla legge Gelli-Bianco (Legge n. 24/2017), chiarendone dubbi interpretativi e correggendone alcune storture.

Innanzitutto, le novità riguardano le linee guida che dovranno orientare l'attività degli esercenti le professioni sanitarie che eseguono prestazioni con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale.

Secondo un'autorevole definizione le linee guida rappresentano raccomandazioni di comportamento clinico elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche; ciò al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche¹³.

Detto altrimenti, le linee guida sono alla base di un processo di razionalizzazione del sapere scientifico teso ad instradare l'operatore sanitario sui binari di un percorso terapeutico ideale¹⁴.

¹¹ "Art. 86-ter. -1 Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice per l'esercizio abusivo di una professione sanitaria, i beni immobili confiscati sono trasferiti al patrimonio del comune ove l'immobile è sito, per essere destinati a finalità sociali e assistenziali".

¹² All'articolo 9 della legge 14 dicembre 2000, n. 376, dopo il comma 7 è aggiunto il seguente: "7-bis. La pena di cui al comma 7 si applica al farmacista che, in assenza di prescrizione medica, dispensi i farmaci e le sostanze farmacologicamente o biologicamente attive ricompresi nelle classi di cui all'articolo 2, comma 1, per finalità diverse da quelle proprie ovvero da quelle indicate nell'autorizzazione all'immissione in commercio".

¹³ La definizione appartiene a FIED, LOHR, *Guideline for Clinical Practice: from development to use*, Institute of Medicine, Washington, 1992.

¹⁴ In tal senso, PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica*, p. 286.

Tale strumento produce, indubbiamente, dei vantaggi. Favorendo, infatti, percorsi terapeutici già cristallizzati contribuisce alla diminuzione del tasso d'errore che, spesso, è legato ad un agire repentino ed impulsivo del medico.

L'art. 5 della Legge 24/2017 aveva introdotto un punto di novità rispetto alla normativa previgente prevedendo una procedura di accreditamento formale che assegnasse ad alcune linee guida il rango di fonte giuridica, soddisfacendo, così, l'istanza di certezza dei parametri ai quali attenersi nell'esercizio della professione sanitaria¹⁵.

Tale novità, che aveva alimentato un forte dibattito rilevando come essa rischiasse di condurre alla formazione di una "medicina di Stato" a detrimento del progresso scientifico e della salute dei pazienti, è stata rapidamente superata dalla riforma Lorenzin.

L'elaborazione di tali linee guida, infatti, viene svincolata dalla procedura prevista dall'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge numero 662/1996¹⁶, richiamata dalla legge 24/2017, e, così, dovrebbero superarsi gli ostacoli che, nonostante il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge Gelli, la hanno, di fatto, bloccata.

Appare opportuno, a tal proposito, menzionare il Decreto del Ministro della Salute Lorenzin, firmato il 2 agosto 2017, che, in applicazione dell'articolo 5 della legge 24/2017 sulla responsabilità sanitaria, riordina il Sistema nazionale delle linee guida (SNLG) creato nel 2004.

Il SNLG è istituito presso l'Istituto Superiore di Sanità (ISS) e costituisce l'unico punto unico di accesso alle linee guida relative all'esecuzione delle prestazioni sanitarie preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale a cui si devono attenere gli operatori sanitari.

Il SNLG consente la valutazione, l'aggiornamento e la pubblicazione delle linee guida in base anche al nuovo articolo del codice penale (590-*sexies* c.p.) modificato dalla legge n. 24 del 2017.

La gestione del SNLG è attribuita ad un Comitato strategico che ne definisce la direzione secondo le tematiche cliniche, di salute pubblica ed organizzative, individuate sulla base di una serie di criteri:

- 1) impatto epidemiologico delle malattie sulla popolazione italiana;
- 2) variabilità delle pratiche professionali non giustificate dalle evidenze disponibili;
- 3) diseguaglianze di processi ed esiti assistenziali;
- 4) benefici potenziali derivanti dalla produzione di linee guida;
- 5) tipo e qualità delle evidenze disponibili;
- 6) rischio clinico elevato;
- 7) istanze sociali e bisogni percepiti dalla popolazione.

Promuove, quindi, un sistema efficiente di elaborazione di Linee guida nazionali, evitandone la duplicazione o sovrapposizione, anche attraverso un'opera di monitoraggio continuo delle varie proposte e delle relative criticità (numero delle proposte, tempi di produzione, valutazione, tassi di diffusione e recepimento da parte dei destinatari e l'impatto sugli esiti).

È stato, quindi, istituito presso l'ISS un manuale metodologico, un sistema di valutazione, una piattaforma informatica ed un sito per la pubblicazione delle Linee guida messi a punto dal Centro Nazionale per l'Eccellenza Clinica, la Qualità e la Sicurezza delle Cure (Cnec).

Il sistema messo in opera permette anche una maggiore partecipazione dei cittadini, delle associazioni di pazienti, delle Società scientifiche e di altri *stakeholder* che, attraverso la specifica piattaforma informatica, potranno esprimere i relativi commenti nelle fasi di consultazione previste per lo sviluppo delle Linee guida da parte dell'ISS, riconoscendo, quindi, un ruolo sempre più attivo dei pazienti e dei cittadini nelle scelte di salute.

Nel sito è presente anche una sezione dedicata alle buone pratiche clinico-assistenziali relative ad aree per le quali non sono ancora disponibili Linee guida validate, per fornire agli operatori sanitari riferimenti affidabili per la pratica professionale e la salute pubblica. Ciò è di estrema importanza anche in quei campi in cui esistono Linee guida. Queste, infatti, sono, di solito, elaborate da eccellenze per Istituzioni di eccellenza. Linee guida stringenti, adatte a situazioni logistico-strutturali e di personale ottimali non sempre, se non raramente, trovano la possibilità di effettiva applicazione in diverse Strutture del territorio nazionale, caratterizzate, appunto, da efficienze ed inefficienze a macchia di leopardo.

¹⁵ A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge Gelli-Bianco: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, 2017.

¹⁶ "Allo scopo di assicurare l'uso appropriato delle risorse sanitarie e garantire l'equilibrio delle gestioni, i medici abilitati alle funzioni prescrittive conformano le proprie autonome decisioni tecniche a percorsi diagnostici e terapeutici, cooperando in tal modo al rispetto degli obiettivi di spesa. I percorsi diagnostici e terapeutici sono individuati ed adeguati sistematicamente dal Ministro della sanità, avvalendosi dell'Istituto superiore di sanità, sentite la Federazione nazionale dell'ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri e le società scientifiche interessate, acquisito il parere del Consiglio superiore di sanità. Il Ministro della sanità stabilisce, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, gli indirizzi per l'uniforme applicazione dei percorsi stessi in ambito locale e le misure da adottare in caso di mancato rispetto dei protocolli medesimi, ivi comprese le sanzioni a carico del sanitario che si discosti dal percorso diagnostico senza giustificati motivi".

In ogni caso questo nuovo Sistema crea una straordinaria opportunità per il Servizio Sanitario Nazionale, aumentando la possibilità di fornire ai cittadini assistenza e cure socio-sanitarie contrassegnate da un più alto tasso di appropriatezza ed aderenza ai più aggiornati *standard* clinici ed alle evidenze scientifiche.

Le Linee guida debbono e possono essere considerate uno strumento di supporto decisionale per consentire, fra opzioni alternative, l'adozione di quella che offre un migliore bilancio costi/benefici, in considerazione della esplicita e sistematica valutazione delle prove disponibili, calate nelle circostanze peculiari del caso concreto e condividendola, laddove possibile, con il paziente o i *care-givers*.

Un'ulteriore importante novità introdotta dalla Riforma Lorenzin riguarda i casi di accoglimento della domanda di risarcimento che il paziente ha proposto nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o dell'esercente la professione sanitaria.

A tal proposito, infatti, una delle più rilevanti novità introdotte dalla Legge Gelli-Bianco è rappresentata dall'obbligo assicurativo a carico delle Strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private. A questo obbligo, però, non corrisponde alcun obbligo a contrarre a carico delle imprese assicurative.

L'obbligo di copertura assicurativa può essere surrogato anche dall'adozione di "*altre analoghe misure*", ferma restando l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa. L'obbligo assicurativo (o la copertura attraverso le *analoghe misure*) concerne anche la responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie che vengano chiamati "in proprio", a titolo di responsabilità extracontrattuale (e, quindi, anche per colpa lieve), ferma restando, parimenti, l'azione di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

Proprio al fine di garantire efficacia a tali azioni, ciascun esercente la professione sanitaria operante a qualunque titolo in Strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private provvede alla stipula, con oneri a proprio carico, di un'adeguata polizza di assicurazione per colpa grave.

Le Strutture sanitarie devono rendere nota, mediante pubblicazione nel proprio sito internet, la denominazione dell'impresa che presta la copertura assicurativa della responsabilità civile verso i terzi e verso i prestatori d'opera, indicando per esteso i contratti, le clausole assicurative ovvero le altre *analoghe misure* che determinano la copertura dei rischi patrimoniali da responsabilità *med-mal*.

In particolare, volendo concentrare l'attenzione sulle modifiche introdotte dalla Riforma Lorenzin, l'articolo 11 della Legge in commento interviene sul comma 5 dell'articolo 9 della Legge Gelli-Bianco, riguardante l'azione di responsabilità amministrativa della struttura sanitaria nei confronti dell'esercente la professione sanitaria, in caso di dolo o di colpa grave di quest'ultimo, successivamente all'avvenuto risarcimento, sulla base di titolo giudiziale o stragiudiziale, ed entro un anno dall'avvenuto pagamento.

Se, infatti, l'originaria formulazione della legge Gelli prevedeva che l'importo della condanna per la responsabilità amministrativa e della surrogazione per singolo evento, in caso di colpa grave, non potesse superare il valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo, oggi tale soglia viene modificata.

Con la riforma Lorenzin, infatti, si stabilisce come limite il triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguiti nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo.

Viene modificato, intervenendo sul comma 6 del citato articolo 9, relativo all'azione di rivalsa, anche il limite della misura della rivalsa e della surrogazione richiesta dall'impresa di assicurazione in caso di accoglimento della domanda proposta dal paziente nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria privata o nei confronti dell'impresa di assicurazione titolare di polizza con la medesima struttura. Tale limite, per singolo evento e in caso di colpa grave, che era prima fissato nel valore maggiore del reddito professionale, compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo, moltiplicato per il triplo, diviene oggi pari al triplo del valore maggiore del reddito professionale, compresa la retribuzione lorda, conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo.

Si allunga, poi, il termine concesso alle strutture sanitarie e sociosanitarie e alle imprese di assicurazione per comunicare all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato.

La legge Gelli-Bianco, infatti, lo aveva fissato in dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, generando così un rilevante problema di eccesso di notifiche (indirizzate anche a chi con la vicenda oggetto di causa non aveva nulla a che fare).

La legge Lorenzin lo ha portato a quarantacinque giorni, concedendo quindi tutto il tempo per eseguire i necessari accertamenti e non turbare immotivatamente la serenità dei medici.

Vengono aggiunti, infine, due nuovi commi (7-*bis* e 7-*ter*) all'articolo 14 della legge citata, relativo al Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria.

Il nuovo comma 7-*bis* dell'articolo 14 della legge n. 24/2017 prevede che il citato Fondo assolvere anche alla funzione di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa da parte degli esercenti le professioni sanitarie che svolgono la propria attività in regime libero-professionale.

Il nuovo comma 7-*ter* abroga i commi 2 e 4 dell'articolo 3 del decreto-legge n. 158/2012 (*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*), convertito, con modificazioni, dalla legge n. 189/2012, che prevedevano e disciplinavano l'emanazione di un D.P.R. finalizzato ad agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, che disciplinasse procedure e i requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei relativi contratti; disposizioni ormai superate dalla nuova disciplina di cui alla legge n. 24/2017.

4. Conclusioni: il delicato e rinnovato rapporto medico-paziente-ordinamento

La Riforma Lorenzin rappresenta l'ultimo dei diversi interventi normativi realizzati in ambito sanitario, tra i quali, indubbiamente, il più rilevante è rappresentato dalla Legge Gelli-Bianco (L. 24/2017), che ha profondamente modificato una tematica delicata e complessa quale la responsabilità medica.

I numerosi interventi normativi che si sono resi necessari negli ultimi anni, pur soddisfacendo diverse esigenze, dimostrano, inequivocabilmente, l'esigenza di una precisa e dettagliata regolamentazione del rapporto medico-paziente, avvertita da entrambe le parti ed emersa a causa e/o conseguenza della trasformazione del rapporto medico-paziente che si è realizzata negli ultimi tempi.

Per molteplici ragioni il rapporto medico-paziente e, soprattutto chirurgo-paziente, è cambiato, passando, progressivamente ma anche repentinamente, da un clima empatico di complicità e di unità di intenti ad un clima avvelenato da continui sospetti e diffidenze, con un vertiginoso aumento dei contenziosi medico-legali, peraltro in controtendenza con quanto registrabile negli altri Paesi.

Il già rinnovato (e peggiorato) rapporto medico-paziente ha subito un'ulteriore distorsione da una triangolazione di questo, con il prepotente inserimento dei *media*, a cui conseguono messaggi spesso distorti e fuorvianti o attraverso cui vengono effettuati processi spesso sommari, senza alcun supporto scientifico i primi, senza alcuna istruttoria i secondi.

È assolutamente indispensabile, per la tutela della salute, per l'efficacia, l'efficienza e la sicurezza delle cure dei cittadini che si recuperi un clima sereno di aperta e costante collaborazione e cooperazione tra tutte le parti.

L'umanizzazione del rapporto medico-paziente è sì un patrimonio personale, che necessita, però, di essere curato e coltivato bilateralmente, senza pregiudizi, per di più artificiosi ed indotti, e nella consapevolezza matura e piena che, pur nella completezza e nella diversità dei rispettivi ruoli, entrambi devono stringere un nuovo patto basato sul principio, elementare quanto vitale, della reciproca fiducia e della identità degli obiettivi: una sanità migliore, con centri di eccellenza sempre più numerosi ma anche meglio e più uniformemente distribuiti, senza sprechi ma anche di qualità, sicura, efficace ed efficiente.

È dovere di tutti, per le rispettive competenze, per i rispettivi compiti, per i rispettivi doveri e per i rispettivi diritti cercare di capire, di correggere, di creare i presupposti, di rendere operativi gli accorgimenti e le misure per far sì che un clima rasserenato e costruttivamente complice sia lo sfondo naturale per un bene che è, davvero, patrimonio ed interesse di tutti. Oggi, viceversa e purtroppo, viviamo in un clima avvelenato di sospetti e ricco di contrapposizioni, a volte istigate da alcuni, altre volte facilitate da vuoti legislativi o istituzionali, altre ancora da biechi e meschini interessi professionali.

I medici, gli operatori sanitari, i cittadini ed i pazienti stanno tutti dalla stessa parte. Hanno gli stessi scopi, gli stessi interessi, le stesse finalità, eguali aspirazioni. È necessario recuperare, partendo da questo concetto, quel clima sereno di reciproca fiducia e di empatia che ha caratterizzato, fino a pochi anni or sono, questo rapporto e che è stato alla base di una delle più grandi conquiste del nostro Paese, il S.S.N., che, pur perfettibile e con mille difetti, rappresenta ed è uno dei migliori sistemi sanitari del mondo.

Recensioni

LUCA LONGHI, STUDIO SULLA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEI MAGISTRATI
Napoli, 2017 404
di Giuseppe Palma



LUCA LONGHI, STUDIO SULLA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEI MAGISTRATI
Napoli, 2017

Tra le letture che in quest'ultimo periodo mi è stata data la fortuna di fare ha attratto la mia attenzione l'opera del Longhi per quanto il titolo formulato dall'A. non renda pieno merito alla complessa tematica in essa trattata con mano sicura ed in tono tecnico-giuridico estremamente apprezzabile.

Infatti il titolo "responsabilità disciplinare dei magistrati" sembrerebbe mettere a fuoco esclusivamente il rapporto disciplinare cui i magistrati risultano essere attualmente sottoposti, appunto, in quanto appartenenti all'ordine giudiziario senonchè, con felice intuizione, l'A. riconsidera un tale profilo problematico nell'ambito della più complessa e delicata (specie con riferimento ai tempi presenti) tematica della indipendenza e dell'autonomia del potere giudiziario, come caposaldo del vigente regime democratico.

In altri termini il cuore della lunga ricerca, che probabilmente l'ha impegnato a lungo, con la consultazione di opere scientifiche anche di studiosi stranieri, è costituito dall'intento di scoprire le interferenze esistenti e/o probabili tra il dogma costituzionale della indipendenza dell'ordine giudiziario dal potere politico governativo ed il potere disciplinare, il quale esplicandosi nella comminatoria di sanzioni, possa "surrettiziamente" compromettere la tonalità dell'indipendenza, se non addirittura influenzare l'esercizio autonomo della funzione giudiziaria.

E l'A. correttamente nell'intento surriferito si incammina nella prospettiva condivisibile di sciogliere questo intricato nodo, più o meno avvertito in ogni epoca ed in ogni regime politico, orientandosi nello scoprire ed in seguito nell'argomentare se l'esercizio del potere disciplinare viene assicurato nel vigente ordinamento, in modo imparziale e politicamente neutrale ad opera di autorità altrettanto neutrale (v. Consiglio Superiore della Magistratura Commissione Disciplinare); ciò naturalmente viene argomentato in termini per così dire istituzionali, perché non vi è altra prospettiva per ora percorribile dal momento che la funzione disciplinare di tale fatta è circondata da un coltre di sacrale segretezza che l'avvolge ad opera della stessa Commissione, che rende estremamente difficile sindacarne il concreto esercizio nella sua pratica applicazione.

Forse la (per così dire) timidezza di rendere una tale funzione penetrabile anche ad opera degli studiosi non sembra giustificabile neppure alla luce del dogma dell'indipendenza-autonomia, infatti un siffatto dogma non è sufficiente che sia stato "declamato" in Costituzione ma necessita anche della "facoltà" di poterlo controllare e essere reso trasparente anche all'opinione generale e particolarmente a chi, meglio degli altri, ha la cultura professionale di tastare costantemente il polso del regime democratico, specialmente, come nel caso di specie, l'esercizio della funzione è espressione di un organo costituzionale (CSM). Contrariamente si può correre il pericolo che sul piano sociale si possa finire per ritagliare un'area sottratta al generale costume democratico alla quale farebbero parte soltanto i "giudici", in altri termini per ricostituire una particolare "classe" (l'A. parla di corporazione) di storica sistematizzazione della società oligarchica che non trova più fondamento nel vigente ordinamento costituzionale come giustamente si afferma nell'opera di Longhi, il quale configura il giudice come un "dipendente" dello Stato che del resto, come ogni altro dipendente è tenuto agli obblighi generali che fanno carico a tutti coloro che assumono lo svolgimento di attività pubblica, di cui all'art. 54 Cost., sia pure che, nel caso dei magistrati, si riscontrino ulteriori e specifiche prerogative.

Certo è un profilo di estrema delicatezza pur tuttavia, come si legge nel libro, non sembra essere stato finora affrontato con convinzione pertanto si registrano scarse innovazioni in materia e resistono ancora vecchie normative anche nella presente mutata stagione, nella quale il magistrato non proviene da una ben determinata area "sociologica" ma dalla società tout court, la cui Weltanschauung può essere differente e variabile. Si comprende infine come l'opera di Longhi affronta un tema di interesse generale e porta luce in un settore che può definirsi fondamentale per la stabilità dello stesso regime democratico e che è stato colpevolmente trascurato finora; in altri termini la connaturata fragilità del sistema democratico non consente pause di disattenzione che quando si perviene alla consapevolezza di porre rimedio il clima politico subentrato potrebbe non più consentirlo.

E si ricordi che non è vero che non si agisce tempestivamente perché il problema è difficile al contrario il problema diventa difficile perché non lo si affronta per tempo. In conclusione posso affermare che l'opera di Longhi spinge ad approfondire una tematica che continuamente prospetta nuovi tratti che devono allarmare ogni studioso (e/o) cittadino che nutre sentimenti profondi per la civiltà democratica e perciò auguro che essa susciti l'attenzione generale che merita.

Indice delle sentenze

Diritto Civile

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost., 29.11.2017, n. 247
(con nota di Santoro)

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. un., 16.01.2018, n. 898
(con nota di Chirico)

Cass., sez. lav., 23.03.2018, n. 7308
(con nota di Alfano)

Cass., sez. V, 11.04.2018, n. 8897 s.m.

Cass., sez. V, 11.04.2018, n. 8912 s.m.

Cass., sez. II, 18.04.2018, n. 9545 s.m.

Cass., sez. III, 19.04.2018, n. 9624 s.m.

Cass., sez. un., 27.04.2018, n. 10266 s.m.

Cass., sez. un., 27.04.2018, n. 10261 s.m.

Cass., sez. lav., 02.05.2018, n. 10435 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Roma, 11.01.2018 s.m.

Trib. Lanciano, 25.01.2018 s.m.

Trib. Nocera Inferiore, 01.02.2018 s.m.

Trib. Catanzaro, 06.02.2018 s.m.

Trib. Napoli, 06.02.2018 s.m.

Trib. Roma, 12.02.2018 s.m.

Trib. Teramo, 15.02.2018 s.m.

Trib. Roma, 16.02.2018 s.m.

Trib. Bologna, 05.03.2018 s.m.

Trib. Verona, 12.03.2018 s.m.

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 20.03.2018 s.m.

Trib. Roma, 23.03.2018 s.m.

Trib. Roma, 27.03.2018 s.m.

Trib. Napoli Nord, 06.04.2018 s.m.

Trib. Torre Annunziata, sez. II, 18.04.2018
(con nota di Sorrentino)

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. un., sent. 28.09.2017, n. 15290 s.m.

Cass., sez. 4, sent. 29.11.2017, n. 10402 s.m.

Cass., sez. un., sent. 21.12.2017, n. 8770
(con nota di Cornacchia)

Cass., sez. un., sent. 21.12.2017, n. 12213 s.m.

Cass., sez. un., sent. 18.01.2018, n. 10424 s.m.

Cass., sez. 4, sent. 24.01.2018, n. 10418 s.m.

Cass., sez. 4, sent. 25.01.2018, n. 10544 s.m.

Cass., sez. 4, sent. 06.02.2018, n. 12640 s.m.

Cass., sez. 4, sent. 13.02.2018, n. 12243 s.m.

Cass., sez. 6, sent. 13.04.2017, n. 9385 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Nola, coll. A, sent. 09.01.2018, n. 24 s.m.

Trib. Nola, sent. 15.01.2018, n. 110 s.m.

Trib. Nola, coll. D, sent. 22.01.2018, n. 183 s.m.

Trib. Nola, sent. 26.01.2018, n. 250 s.m.

Trib. Nola, sent. 31.01.2018, n. 308 s.m.

GIUDICE DI PACE

G.d.P. Nola, sent. 02.03.2018, n. 54 s.m.

Diritto amministrativo

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. un., 29.12.2017, n. 31226
(con nota di Langella)

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, sez. V, 02.03.2018, n. 1295 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 02.03.2018, n. 1299 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 08.03.2018, n. 1497 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 23.03.2018, n. 1845 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 27.03.2018, n. 1902 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 03.04.2018, n. 2063 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 13.04.2018, n. 2214 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 19.04.2018, n. 2386 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 26.04.2018, n. 2527 s.m.

Cons. Stato, Ap. Pl., 26.04.2018, n. 4 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 27.04.2018, n. 2554 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 27.04.2018, n. 2579 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

CGUE, sent. 20.03.2018, C-524/15 s.m.

CGUE, sent. 12.04.2018, C-8/2017 s.m.

Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione Europea

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE
EUROPEA

CGUE, sent. 19.04.2018, C-565/16 s.m.

CGUE, sent. 7.06.2018, C-44/17 s.m.

Gazzetta FORENSE

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
+39 081 556 06 01

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale

nome

partita iva e/o codice fiscale

e-mail

indirizzo

n.

cap

città

pr

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
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 00 93 598

@ **per email** a: info@giapeto.it