

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Novembre - Dicembre 2017

Il domicilio digitale soppianta la notifica in cancelleria.

Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 14 dicembre 2017, n. 30139

UGO MARIA CHIRICO

La partecipazione dell'indagato detenuto al procedimento di riesame: il *revirement* interpretativo della Corte di Cassazione.

Nota a Corte di Cassazione, Sez. II, 3 aprile 2017, n. 36160

ALFONSO LAUDONIA

Una svolta storica nel panorama europeo: l'EPPO è divenuta realtà.

CLAUDIA LUGLIO

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

novembre - dicembre 2017

Gazzetta FORENSE

Bimestrale
Anno 10 - Numero 6 - Novembre/Dicembre 2017

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 **STAMPA E ALLESTIMENTO**
Gianni Ascione, Napoli Grafica Tuccillo - febbraio 2018

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

IL FUTURO DELLA <i>LAW AND ECONOMICS</i>	1109
di Francesco Fimmanò, Vittorio Occorsio	

Diritto e procedura civile

LA SPECIFICITÀ DEI MOTIVI IN APPELLO: L'EVOLUZIONE STORICA E LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE DEL 16 NOVEMBRE 2017 N. 27199	1114
di Dario Rombolà	
OMESSO CONSENSO INFORMATO ALL'INTERVENTO: SUL DIVERSO ONERE PROBATORIO A SECONDA DEL DIRITTO FATTO VALERE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 14 novembre 2017, n. 26827</i>	1123
di Pietro Sorrentino	
IL DOMICILIO DIGITALE SOPPIANTA LA NOTIFICA IN CANCELLERIA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 14 dicembre 2017, n. 30139</i>	1131
di Ugo Maria Chirico	
SULL'INDENNITÀ RISARCITORIA PER LICENZIAMENTO EFFETTUATO SU CONTESTAZIONE TARDIVA. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 dicembre 2017, n. 30985</i>	1135
di Ylenia Zaira Alfano	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	1143
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	1145
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	

Diritto e procedura penale

IL SISTEMA DELLE MISURE DI PREVENZIONE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA. LINEAMENTI GENERALI, PRINCIPI E FATTISPECIE – GUIDA DELL'EVOLUZIONE NORMATIVA. LO STATO DELL'ARTE	1150
di Sergio Ricchitelli	
LA PARTECIPAZIONE DELL'INDAGATO DETENUTO AL PROCEDIMENTO DI RIESAME: IL <i>REVIREMENT</i> INTERPRETATIVO DELLA CORTE DI CASSAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. II, 3 aprile 2017, n. 36160</i>	1159
di Alfonso Laudonia	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	1167
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	1171
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	1174
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	1180
a cura di Almerina Bove	

Diritto tributario

INTRODUZIONE AL TRATTAMENTO FISCALE DEI PROVENTI DA DIRITTO D'AUTORE	1184
di Giovanna Carugno, Maria Russo	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE	1193
a cura di Maria Pia Nastri	

Diritto internazionale

UNA SVOLTA STORICA NEL PANORAMA EUROPEO: L'EPPO È DIVENUTA REALTÀ 1196
di Claudia Luglio

SANZIONI STATALI IN MATERIA IVA TRA STATUZIONI CEDU, CORTE DI GIUSTIZIA E PRINCIPIO DEL *NE BIS IN IDEM*.
Nota a Corte di Giustizia, 5 aprile 2017, Cause riunite C217/15 e C-350/15, Orsi e Baldetti 1206
di Luigi Valentino

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA 1216
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

La controversa qualificazione giuridica del diritto al corrispettivo per la fornitura di strumentazioni
per le intercettazioni telefoniche e ambientali. 1224
di Francesco Di Sabato

DIRITTO PENALE

È fondato l'incidente di esecuzione volto a far dichiarare prescritto ora per allora il reato accertato con sentenza
irrevocabile di condanna, quando sia intervenuta una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma
penale applicata al caso di specie, relativamente alla tipologia del trattamento sanzionatorio ivi previsto,
in modo tale da mutare la natura del reato da delittuosa a contravvenzionale, e ne discenda così un diverso
e più breve termine di prescrizione, per cui, se nel processo di cognizione concluso non si fosse applicata
la norma viziata, la causa estintiva sarebbe già maturata ed il reato sarebbe stato dichiarato estinto per
intervenuta prescrizione. 1227
di Donato Greco

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Esame di abilitazione alla professione forense: identità delle formule di stile e annullamento della prova. 1230
di Elia Scafuri

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RIFORMA DEL CODICE ANTIMAFIA: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA IL CONSOLIDAMENTO DELLO STRUMENTO
PREVENTIVO E LE ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA 1236
di Luigi Capriello

Recensioni

LA RESPONSABILITÀ CIVILE
di Guido Alpa, Utet Giuridica, 2018 1278
a cura di Vittorio Sabato Ambrosio

INDICE DELLE SENTENZE 1279

SOMMARIO ANNUALE 1281

Francesco Fimmanò

Ordinario Diritto Commerciale, Direttore Scientifico Unipegaso Unimerceatorum

Vittorio Occorsio

Ricercatore di Diritto Privato Università Telematica Pegaso

Editoriale

Il futuro della *Law and Economics*

Analisi economica del diritto e *Law & Economics* sono due approcci interdisciplinari simili che partono dalle due diverse prospettive giuridica ed economica per analizzare i fenomeni, le realtà fattuali ed i bisogni della vita reale, ed individuare i principi e le scelte migliori per elaborare le norme più efficienti e suggerire all'interprete le decisioni, anche più gravose e difficili, e talora persino "tragiche".

Il metodo della *Law and Economics* nasce all'inizio degli anni '60 da due famosi saggi sull'analisi economica della responsabilità extracontrattuale di Guido Calabresi e sul tema dei costi sociali di Ronald Coase e si conclama un decennio dopo con la rispettiva pubblicazione di *The Cost of Accidents: A legal and Economic Analysis dello stesso Calabresi e Economic Analysis of Law* di Richard Posner. Quest'ultimo afferma che la scienza giuridica ha caratteri propri e formali, i quali sono deducibili per mezzo della scienza economica, partendo da almeno due criteri di efficienza: quello di Pareto e quello detto di Kaldor-Hicks. Si ha efficienza quando l'allocazione delle risorse è tale che non sia possibile apportare dei miglioramenti al sistema senza che un soggetto peggiori la sua situazione; quando cioè non è possibile alcuna riorganizzazione della produzione, che migliori le condizioni di almeno una persona senza peggiorarne le altre. Kaldor e Hicks aggiunsero che una modificazione nell'allocazione delle risorse è efficiente se il benessere ottenuto da alcune componenti supera le perdite di benessere subite da altre. Perché vi sia efficienza è fondamentale che coloro che subiscono una perdita di benessere rimangano in una situazione migliore rispetto a coloro verso i quali la modificazione dell'allocazione ha operato favorevolmente.

Coase ha poi applicato il concetto di *opportunity cost* all'analisi economica del diritto: per cui se i costi di negoziazione sono nulli, la contrattazione tra agenti economici porterà a soluzioni efficienti da un punto di vista sociale. In buona sostanza se è sempre possibile modificare la distribuzione iniziale dei diritti relativi ai beni, *mediante transazioni*, vi saranno costi per tali transazioni con un conseguente effetto negativo per l'efficienza.

Il contributo di Calabresi all'analisi economica del diritto è decisivo da molti punti di vista e si è svilup-

pato in un insieme di lavori nel corso dei quali ha visto evolvere alcune sue convinzioni, sebbene la novità del pensiero e l'originalità di alcune intuizioni siano presenti già dai primissimi scritti. Partendo dalla necessità di formulare giudizi oggettivi sugli istituti giuridici a disposizione per la risoluzione di fenomeni percepiti come di sostanziale valore sociale, Calabresi ricorre, in maniera del tutto innovativa, agli strumenti economici riconoscendone i limiti e le potenzialità. In questa logica va l'attenzione alla *tort law*, in cui era già stato fatto ricorso a criteri economici per la definizione di standard di sicurezza, nonché l'interesse agli strumenti economici per fornire una comprensione totalmente diversa del diritto, ben al di là di una semplice analisi costi-benefici¹. Questa impostazione emerge forte in *Scelte tragiche che "...nascono dal conflitto di valori morali determinato dalla impossibilità di soddisfare la domanda per la distribuzione di beni essenziali, a causa della limitatezza delle risorse"*²

I nostri Atenei hanno ospitato lo scorso anno una lectio magistralis del professor Calabresi che prendeva spunto dal suo ultimo libro "*Il futuro della law and economics*" in cui si propone di individuare confini più netti tra i due metodi, e cerca di prevedere come evolverà la connessione tra diritto ed economia, senza che il primo sia subalterno alla seconda, né che la seconda rappresenti l'unico modello interpretativo da seguire.

Guido Calabresi ha tratteggiato, in quella occasione, l'evoluzione della teoria della "*law and economics*", come metodo che studia l'influenza dell'economia nel sistema giuridico ed ha come oggetto di indagine l'analisi economica delle norme giuridiche sia sotto il profilo positivo che normativo. I problemi giuridici debbono essere analizzati e risolti attraverso una comparazione tra i diversi gradi d'efficienza economica delle molteplici soluzioni ipotizzabili. Da questo confronto, effettuato con modalità analitiche "prese a prestito" dalla scienza economica la scelta più efficiente,

¹ Il limite è costituito dalla *giustizia*: "*A justiça (que não se pode confundir com a distribuição lograda da riqueza obtida) enquanto «limite» para a eficiência*" e questa stessa insieme alla *distribution of wealth* come elementi *utili*, non *importanti*, ossia come mezzi e non come fini (cfr. GREMBI, *Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto*, in www.cleis.unisi.it/site/files/041_Grembi.pdf).

² G. CALABRESI, PHILIP BOBBIT, *Scelte tragiche*, Milano 2006.

ossia quella in grado di garantire a ciascun soggetto coinvolto il maggior numero possibile di vantaggi.

L'autore ha tratteggiato gli esordî, sin dalle prime critiche da parte degli austeri studiosi della Germania del dopoguerra (*Zweigert in primis*) e degli studiosi italiani che intendevano reagire mediante un'accentuata impronta formalistica, fino al ricordo del regime fascista³; per poi esporre la progressiva affermazione delle sue teorie e la loro diffusione in tanti settori del diritto, soprattutto in quello della responsabilità civile⁴.

In realtà ci ha offerto una prova ben più importante di quanto *l'humanitas* di un vero studioso debba essere preparata a porre costantemente in dubbio la propria teoria, modificandone alcuni aspetti ovvero corroborandone le conclusioni tramite un continuo lavoro di critica. Nel libro – che verrà a giorni pubblicato nella traduzione italiana nella Collana di Ateneo – il prof. Calabresi ha inteso proprio fare uno *stress test* delle prospettive da lui concepite, all'esito del quale risultano rafforzati alcuni assunti di fondo, e soprattutto la grande capacità innovativa, non senza profonde rimediazioni, di cui dà conto anche la presentazione di Enrico Al Mureden.

Il nuovo libro cerca di guardare il mondo *filtrato* dalla teoria economica, ma l'autore è perfettamente consapevole che – come ha detto egli stesso nel corso della lectio – “*se il mondo non si spiega, occorre chiedersi se la teoria è sbagliata*”. Così, ad esempio, mature sono le considerazioni del professore – e prima di tutto dell'uomo – sull'insufficienza della teoria economica a ricomprendere i comportamenti che hanno una *utility function non cost efficient* e che spingono a tener conto dei limiti della teoria economica. Un pragmatismo, questo, che Calabresi espone secondo lo stile che gli è proprio, e che lo rende peraltro un eccellente comunicatore, scorrendo da un profilo alto e talvolta aulico all'enunciazione di esempi di vita (“sfamarsi col caviale è meno efficiente che con le patate”; “il sesso non è la modalità più efficiente per riprodursi”, e via seguitando), spesso riferiti ad una cornice quasi bucolica (“il

vino buono non è il modo migliore per dissetarsi”), cui egli è molto affezionato e che ricerca soprattutto nei suoi soggiorni in Italia, quando si reca sulle colline toscane così care alla moglie Anne.

In quest'impronta fortemente realistica si rivela anche il Calabresi giudice. Ed è su questo versante che la narrazione di Calabresi si fa, se possibile, ancor più interessante, perché si mostrano le conseguenze del suo metodo nella risoluzione di casi complessi e di grande rilievo, quali quelli a lui sottoposti nella Corte Federale di Appello di New York⁵.

Egli è ben consapevole del potere che ha in questa veste⁶, ma senza infingimenti evidenzia come sia sempre presente in lui la tensione verso una decisione “giusta”: vale la pena – egli afferma – “*cambiare un poco per risolvere un caso nella direzione giusta*”.

Il diritto – ecco che si mostra integralmente l'idealismo, ma forse meglio: il senso etico, di Calabresi – deve essere criticato⁷. Ed è altrettanto evidente che laddove la critica, laddove il “cambiare un poco”, non siano possibili secondo strumenti legali, seguendo una argomentazione giuridica che non è mai *contra legem*, il potere (“creativo”, diremmo noi) del giudice si arresta. Basti pensare che, pur in un contesto di aperta indipendenza del giudice e di forte connotazione ideologica, a nessuno è mai passato pel capo di accusare Guido Calabresi (né i suoi colleghi parimenti autorevoli e “ideologizzati”) di essere “di parte”, di venire meno alla loro funzione garantista di organo giudicante. E infatti Calabresi stesso ha ricordato di come la moglie abbia dovuto acquistare un terreno per proprio conto, dove poter affiggere i *signs* che caratterizzano le campagne elettorali americane.

L'aspetto da ultimo evidenziato – questa *fairness* nei confronti della figura del giudice – è una grande risorsa dell'America, Paese cui Calabresi è infatti grato e devoto (“salvo per il mondiale di calcio”), ma cui non lesina feroci critiche: è il tema, a lui molto caro, della pena di morte⁸.

³ Regime di cui Guido Calabresi è stato vittima: la sua famiglia ha dovuto lasciare l'Italia nel 1938 perché di stirpe ebraica. Figlio del cardiologo Massimo Calabresi e della studiosa di letteratura europea Bianca Maria Finzi-Contini, oppositori attivi del fascismo. Dopo l'entrata in vigore delle leggi razziali la famiglia Calabresi nel 1939 fugge da Milano ed emigra negli Stati Uniti, per New Haven, Connecticut e ottiene nel 1948 la cittadinanza americana. Un aneddoto sull'incontro del padre di Guido, importante clinico allievo di Cesa-Bianchi, e Mussolini, si trova in G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano, “Alberico Gentili Lectures”*. Macerata, 19-21 marzo 2012, a cura di B. Barbisan, Bologna, 2013, p. 90. Per una ricostruzione dello sviluppo della dottrina giuridica italiana nel secondo dopoguerra, e sul suo rapporto con il disciolto regime fascista, vedasi N. Irti, *Una generazione di giuristi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 971 ss.

⁴ E vedi ad es. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Napoli, 1961.

⁵ Premiato con più di quaranta lauree *honoris causa* dalle Università di tutto il mondo, il 9 febbraio 1994 fu nominato giudice della *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* dal presidente statunitense Bill Clinton e la nomina fu ratificata dal Senato il 18 luglio 1994. Nel 2006 Yale creò la cattedra di legge *Guido Calabresi*, con Kenji Yoshino facente funzioni di professore inaugurale.

⁶ Si tenga conto, come ricorda Guido Calabresi nel libro, che dei circa quattromila casi decisi dalla sua corte durante un anno, solo tre-quattro vengono impugnati alla Corte Suprema: per la maggior parte di essi, è dunque il giudice di ultima istanza.

⁷ È evidente che nel sistema di *common law* il concetto di “diritto” è diverso dal nostro: le sue parole riprendono in qualche maniera le differenze tra *nomos* e *lex* tanto care alla tradizione greco-romana (sull'attualità del conflitto tra queste due concezioni di diritto, vedasi ad es. il saggio di N. IRTI, *Nomos e lex (stato di diritto come stato delle legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 589 ss.).

⁸ E cfr. anche G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice*, cit., p. 85 ss. La critica alla pena di morte riprende nel pensiero di Calabresi, oltre a convinzioni etiche, anche alcune considerazioni di ordine eco-

Sul più ampio tema del confronto tra il ruolo del giudice nei sistemi americano ed italiano si è svolto, in quella stessa occasione, al termine della lezione, un dibattito, che ha visto confrontarsi *Judge Calabresi* con Giovanni Salvi, Procuratore Generale della Corte di Appello di Roma. Questi ha dapprima riaffermato le differenze profonde esistenti tra i due sistemi giudiziari (circa il ruolo della giuria, ad esempio), mettendo in guardia dalle contaminazioni che possono indurre ad imitare istituti che non possono funzionare nel nostro Paese, per poi concentrarsi sui limiti del potere interpretativo del giudice, che invece accomuna in molti aspetti i due ordinamenti. Ha osservato, in tal senso, il progressivo tramonto dell'ideale astratto della verità processuale intesa come verità assoluta ("verdetto" è *verum dicere*), e il formarsi, anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana, di un concetto di verità processuale intesa come verità meramente "approssimabile".

Nel dialogo che si era così instaurato dibattito è sono intervenuti alcuni grandi giuristi italiani presenti nel folto pubblico ed in particolare Stefano Rodotà, recentemente scomparso, che ha rimarcato la necessità di superare la teoria economica per poter abbracciare una visione solidaristica del diritto, in linea con i temi a lui più cari soprattutto nell'ultimo periodo della vita⁹.

Abbiamo ritenuto di dar brevemente conto di quella formidabile "lectio" e della opportunità di accogliere nella nostra Collana di Ateneo la versione italiana dell'ultima opera del grande Calabresi, per imprimerne nella nostra memoria il ricordo, innanzitutto della maestosa sensibilità umana del giurista. Dopotutto, *insegnare* vuol dire *lasciare il segno*. È anche l'occasione per ringraziare Guido della sua presenza assieme al prof. Stefano Rodotà, e i tanti altri che sono intervenuti, per averci concesso una finestra su vasti orizzonti del sapere e della *humanitas*.

nomico (sulla mancanza di alcun effetto preventivo sul crimine che, numeri alla mano, la previsione della pena di morte comporta), su cui vedasi, nella nostra vasta bibliografia, G. COLOMBO, *Il perdono responsabile. Si può educare al bene attraverso il male? Le alternative alla punizione e alle pene tradizionali*, Milano, 2011, *passim*.

⁹ E cfr. ad es., solo tra i suoi ultimi libri, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012; ID., *Diritto d'amore*, Bari, 2014; *Il moralista militante*, Bari, 2017: «Sono un vecchio, incallito, mai pentito moralista. La parola mi piace, perché richiama non una moralità passiva, compiaciuta, contemplativa e consolatoria, ma una attitudine critica da non abbandonare, una tensione continua verso la realtà, il rifiuto di uno storicismo da quattro soldi che, riducendo a formula abusiva l'hegeliano «tutto ciò che è reale è razionale», spalma di acquiescenza qualsiasi comportamento pubblico e privato».

Diritto e procedura civile

LA SPECIFICITÀ DEI MOTIVI IN APPELLO: L'EVOLUZIONE STORICA E LA SOLUZIONE DELLE SEZIONI UNITE DEL 16 NOVEMBRE 2017 N. 27199	1114
di Dario Rombolà	
OMESSO CONSENSO INFORMATO ALL'INTERVENTO: SUL DIVERSO ONERE PROBATORIO A SECONDA DEL DIRITTO FATTO VALERE.	
<i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 14 novembre 2017, n. 26827</i>	1123
di Pietro Sorrentino	
IL DOMICILIO DIGITALE SOPPIANTA LA NOTIFICA IN CANCELLERIA.	
<i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 14 dicembre 2017, n. 30139</i>	1131
di Ugo Maria Chirico	
SULL'INDENNITÀ RISARCITORIA PER LICENZIAMENTO EFFETTUATO SU CONTESTAZIONE TARDIVA.	
<i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 dicembre 2017, n. 30985</i>	1135
di Ylenia Zaira Alfano	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	1143
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	1145
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	



La specificità dei motivi in Appello: l'evoluzione storica e la soluzione delle Sezioni Unite del 16 novembre 2017 n. 27199

abstract

This article represents the evolution that involved the purpose of the reasonable grounds of appeal. Its main focus is analysing the achievements of law tenets and of the jurisprudence that were formed before and after the intervened reform of 2012. There has been a particular solicitude to the level of specificity of the grounds of appeal as well as the judgment of the united sections of the Cassazione (italian high court of justice): in this judgment it was clarified that the article 342 c.p.c. does not require that the appellant needs to elaborate an alternative project of judgment but rather needs to make an argumentative effort that is able to confute the logical and legal path that was followed by the first judge. This interpretation appears to be the more convincing and compliant to the principle of rationality and proportionality.

keywords

Appeal – Grounds – Inadmissibility.

abstract

Il presente contributo ricostruisce l'evoluzione che ha coinvolto la funzione dei motivi nel grado di appello, analizzando gli approdi della dottrina e della giurisprudenza formati prima e dopo la riforma intervenuta nel 2012. Una particolare attenzione è stata dedicata al grado di specificità dei motivi di appello nonché alla pronuncia emessa dalle Sezioni Unite nel novembre del 2017: con tale sentenza si è chiarito come l'articolo 342 c.p.c. non richieda all'appellante l'elaborazione di un progetto alternativo di sentenza bensì uno sforzo argomentativo che sia in grado di confutare il percorso logico-giuridico seguito dal primo giudice. Tale interpretazione appare la più convincente e conforme al principio di ragionevolezza e proporzionalità.

parole chiave

Appello – Motivi – Inammissibilità.

sommario

Premessa. – **1.** La controversa determinazione di 'parte' del provvedimento. – **2.** La funzione dei motivi prima del 2012. – **3.** La funzione dei motivi dopo la riforma del d.l. 83/2012 convertito con. l. 134/2012. – **4.** La sanzione della Inammissibilità. – **5.** L'interpretazione

giurisprudenziale più recente. – **6.** La specificità dei motivi di appello rimessa al vaglio delle sezioni unite. – **7.** La Pronuncia delle Sezioni Unite del 16 novembre 2017 n. 27199. – **8.** Conclusioni.

Premessa

Il grado di appello, seppur privo di un esplicito riconoscimento costituzionale, possiede una indubbia centralità nel processo civile. L'effettiva tutela dei diritti contesi vede nell'appello un momento essenziale in quanto (potenzialmente) ultima sede in cui sia possibile mettere in discussione il fatto¹.

L'interprete odierno, per questa ragione, non può esimersi dal cogliere quale esatto peso e quale funzione debba essere riconosciuto alla forma dell'appello ex art. 342 c.p.c. così come riformato dal d.l. 83/2012 convertito con. l. 134/2012.

La questione assume rilevanza in quanto l'appellante che non dovesse rispettare il dettato normativo, incorrerebbe in una pena severa e senza rimedio: l'inammissibilità dell'impugnazione.

In particolar modo in dottrina e in giurisprudenza ci si è interrogati su quale sia il giusto peso che deve essere riconosciuto all'art. 342 c.p.c.

Tale disposizione, infatti, impone degli oneri, sia formali che sostanziali, che devono essere bilanciati in modo ragionevole e proporzionato per rispettare il principio del giusto processo e dell'effettività della tutela.

Autorevole dottrina ha evidenziato come un appesantimento eccessivo dell'onere di formulazione del grado di appello potrebbe porsi in contrasto con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Se è vero, infatti, che il principio della ragionevole durata del processo è stata elevato a rango costituzionale (art. 111 Cost.), consentendo una interpretazione delle norme processuali al fine di accelerare

¹ In dottrina si è evidenziato come l'ordinamento processuale ha finito per attribuire all'appello, senza una "copertura" costituzionale, un ruolo cruciale nella tutela dei diritti soprattutto per quanto riguarda il giudizio di fatto (i cui limiti di controllabilità in sede di giudizio di legittimità sono stati di molto contratti a seguito della novellazione che ha coinvolto l'art. 360, comma 1, n. 5) c.p.c.). Così A. CARRATO nel suo articolo *Alle Sezioni Unite la questione sul grado di specificità dei motivi*, pubblicato in *Corriere Giuridico* 8-9/2017.

i tempi della decisione, non può essere dimenticato come ogni limitazione all'accesso della tutela giurisdizionale per motivi formali non debba pregiudicare l'intima essenza di tale diritto².

In particolare, deve ritenersi che eventuali limitazioni rischierebbero di porsi in contrasto con l'art. 6, co. 1 CEDU, laddove non perseguano uno scopo legittimo ovvero qualora non vi sia una ragionevole relazione di proporzionalità tra il mezzo impiegato e lo scopo perseguito³.

Prima di addentrarci sulla complessa evoluzione che ha subito l'articolo si ritiene tuttavia opportuno soffermarsi su quale sia il corretto significato da attribuire al concetto di "parte del provvedimento", così come richiamato dal co. I, n. 1) dell'art. 342 c.p.c.

1. La controversa determinazione di 'parte' del provvedimento

Il punto n. 1) del comma primo dell'articolo 342 c.p.c. esige la specificazione delle parti del provvedimento impugnato di cui si chiede la riforma. Per parti di sentenza si deve intendere le statuizioni sulle domande proposte in giudizio concretamente impugnate, cioè le decisioni su beni della vita contesi.

Invero non manca giurisprudenza e dottrina che ritengono come per parti di sentenza debbano intendersi parti della motivazione in senso logico, appartenenti al piano verticale della sentenza impugnata, contro cui rivolgere le censure e le argomentazioni, intese a incrinare il fondamento cui far seguire la modifica richiesta in appello.

Il problema della delimitazione del concetto di 'capo' o 'parte' di sentenza, invero, non è nuovo.

Un primo orientamento ritiene che per parte o capo di sentenza si dovrebbe far riferimento soltanto alle decisioni su una domanda proposta dalle parti⁴, quindi una statuizione relativa alla fondatezza o infondatezza di almeno una delle domande proposte. Non è mancato chi, come Betti, ha specificato come capo di sentenza sia pure "l'accertamento di una singola volontà di legge, cioè di un atto giurisdizionale completo e tale da poter costituire da solo, anche separato dagli altri capi, il contenuto di una sentenza"⁵. Quindi secondo questa prima autorevole ricostruzione per parte di sentenza deve intendersi una decisione idonea ad acquisire forza di giudicato⁶.

² Il convincente rilievo è di A. TEDOLDI in *L'Appello Civile*, Torino 2016.

³ Da ultimo si veda Corte EDU, 26 luglio 2007, *Walchli c. Francia*.

⁴ Liebman riteneva, ad esempio, che per capo di sentenza dovesse intendersi ogni decisione su un autonomo oggetto del processo, sia che si decidesse sulla sua inammissibilità sia che si decidesse sulla sua fondatezza (LIEBMAN, *'Parte' o 'capo' di sentenza*, in *Riv. dir. Proc.*, 1964, 56 ss).

⁵ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.

⁶ Autorevole dottrina ha sostenuto che non si può affermare che "una sentenza ha più capi solo perché ha più parti in senso logico

Un secondo orientamento ritiene che per parte o capo di sentenza si debba intendere anche la decisione su di una singola questione, vuoi preliminarmente di merito che pregiudiziale di rito, affrontata dal giudice durante il suo percorso logico⁷.

Da ciò ne consegue come ben potrebbero aversi più capi di sentenza anche nelle ipotesi in cui il giudice si sia, nei fatti, pronunciato su un'unica domanda. Quindi per parte si intenderebbe la risoluzione di un punto controverso affrontato nella sentenza⁸.

Non è mancato, infine, chi ha proposto un approccio relativista. Con tale definizione si intende richiamare quell'impostazione che auspica l'abbandono di statiche teorie, ritenendo che la determinazione del significato di parte o capo di sentenza sia utile soltanto ai fini dell'interpretazione delle norme in cui l'espressione compare⁹.

Il punto che qui interessa più di tutti sottolineare è che l'eventualità che la sentenza sia al suo interno scomponibile in plurime parti, tante quante le questioni logiche affrontate dal giudice, imporrebbe all'interprete e, nel concreto, all'appellante, uno sforzo di non poco conto per la proposizione di una impugnazione utile e corretta.

Per inciso deve essere ricordato che se la sentenza si compone di una pluralità di capi, autonomi ed indipendenti tra di loro, la parte soccombente dovrà promuovere il riesame di tutte le questioni affrontate; altrimenti una impugnazione parziale non potrebbe comportare acquiescenza alle parti di sentenza non impuginate (art. 329, comma 2, c.p.c.).

Nel caso si identifichi la parte di sentenza con la decisione su domanda, l'ambito del giudizio di appello comprenderà l'intero materiale di causa riconoscendo al giudice un potere cognitorio assai ampio. L'effetto devolutivo sarebbe pieno ed automatico, l'impugnazione della parte di sentenza consentirebbe al giudice di tornare su tutti i passaggi logici compiuti dal giudice di primo grado. L'unico limite da tenere presente, secondo questa ricostruzione, sarebbe quello indicato negli articoli 329, comma 2, e 346 c.p.c.

Viceversa, identificando il capo di sentenza con una decisione su ogni singola questione si avrebbero due conseguenze connesse tra di loro: il potere cognitorio del giudice sarebbe sensibilmente ridotto, lo

o perché risolve più questioni". Così G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, rist. 1965, p. 392 e 972 ss.

⁷ In tal senso si è espresso POLI ne *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 131 ss.

⁸ Questa ricostruzione conobbe sotto la vigenza del codice del 1865 il suo più fermo sostenitore in F. CARNELUTTI. L'autorevole studioso, infatti, identificava il concetto di 'capo' di sentenza con la risoluzione di questioni, ritenendo che la sentenza presentasse tanti capi quante erano le questioni di cui la lite si componeva: sul punto F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, rist. 1986, IV, p. 221 ss.

⁹ In tal senso C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012.

sforzo richiesto dalla parte significativamente elevato. Il fenomeno della acquiescenza, infatti, si estenderebbe a tutte quelle questioni che decise in primo grado non fossero specificatamente richiamate nell'atto di appello. Il giudice, quindi, non potrebbe estendere il proprio esame su questioni già decise e non richiamate emettendo, altrimenti, una sentenza nulla per vizio di ultra-petizione in forza dell'art. 112 c.p.c.

Le due ricostruzioni, come visto, sono profondamente incompatibili ed alternative fra di loro.

La ricostruzione più ragionevole e compatibile con la volontà legislativa, tuttavia, appare la seconda. Questo sembrerebbe confermato da una analisi dell'art. 342 c.p.c. sia prima che dopo la riforma del 2012.

2. La funzione dei motivi prima del 2012

Secondo i consolidati orientamenti anteriori alla riscrittura dell'art. 342 c.p.c. del 2012 i motivi di appello erano incaricati di assolvere una duplice funzione: determinare i limiti della devoluzione e, quindi, circoscrivere l'oggetto dell'impugnazione (ex 329 co II c.p.c.); argomentare le ragioni che, in punta di fatto e di diritto, imponessero la riforma della sentenza.

La giurisprudenza si era mostrata particolarmente rigorosa sul punto. L'orientamento prevalente esigeva che i motivi di appello non si limitassero ad individuare le questioni oggetto dell'impugnazione e il perimetro del riesame ma che si sforzassero altresì di individuare le concrete ragioni per le quali se ne invocava la riforma, a nulla rilevando che la parte avesse impugnato la sentenza nella sua totalità¹⁰.

Con particolare riferimento al requisito di specificità, anche prima della riforma del 2012, si riteneva che i motivi dovessero essere strutturati in modo tale da contrastare le argomentazioni della controparte sposate dal giudice di primo grado. Il ruolo dell'impugnante era, quindi, quello di minare il percorso logico-giuridico che lo aveva visto soccombente.

Già nel 1987, con sentenza n. 4991, la Corte di Cassazione affermò che i poteri cognitori del giudice, nel grado di appello, al di fuori delle questioni rilevabili d'ufficio, erano circoscritti dall'iniziativa di parte.

Con ciò si intendeva chiarire che fosse l'appellante a doversi attivare per la riforma della decisione sfavorevole contenuta nella sentenza di primo grado: i motivi dovevano contenere una manifestazione volitiva dell'appellante, indirizzata ad ottenere la riforma della statuizione contestata, con un supporto argomentativo a geometria variabile, a seconda della maggior o minore intensità argomentativa della sentenza.

È interessante notare come tali risultanze siano state poi costantemente ribadite, anche di recente, ritenendo che il termine di paragone per valutare il requisito della specificità dei motivi fosse la motivazione della sentenza impugnata: tanto più questa risultava preci-

sa, tanto più i motivi dovevano essere dettagliati¹¹. La Corte di cassazione, anche di recente, ha ribadito che "la specificità dei motivi di appello dev'essere commisurata all'ampiezza e alla portata delle argomentazioni spese dal primo giudice, sicché qualora queste siano talmente generiche da risolversi nella mera affermazione di rigetto delle ragioni della parte, quest'ultima le può riproporre evidenziando che in prime cure sono state disattese senza alcun supporto motivazionale suscettibile di apposita critica"¹².

Non si imponeva, tuttavia, analogamente a quanto avviene nel ricorso di Cassazione, che l'appellante indicasse quali fossero le norme violate o falsamente applicate; si richiedeva, invece, l'elaborazione di un principio di diritto diverso.

Il requisito non si riteneva soddisfatto quando l'atto d'appello era composto da meri rinvii a quanto già detto nel grado precedente: ad esempio non si riteneva sufficiente la riproposizione delle medesime difese¹³, con una riproposizione acritica dell'iter logico esposto nella comparsa conclusionale di primo grado¹⁴.

Si esigeva (e si esige, come si vedrà) l'enunciazione di censure "puntuali e determinate, con cui si allegava l'esistenza di errori del primo giudice in connessione causale con la pretesa ingiustizia o illegalità del provvedimento impugnato"¹⁵.

L'elemento che, tuttavia, si ritrova nella totalità delle sentenze che si sono occupate della questione è il seguente: si riteneva indispensabile che il giudice di secondo grado sulla sola base dell'atto impugnato fosse in grado di identificare e vagliare le questioni per cui si richiedeva la riforma della sentenza. Tale elemento di specificità aveva, altresì, il ruolo di consentire alla controparte di conoscere le ragioni dell'appellante e strutturare così la propria difesa.

Il grado di specificità, allora come oggi, però era insensibile a regole sacramentali o a impostazioni esclusivamente teoriche¹⁶. La sufficiente specificità dei motivi, come visto, si desumeva in forza di una valu-

¹¹ Cass., 15 maggio 2000; Cass., 27 gennaio 2014, n. 1651, secondo cui la specificità dei motivi di appello deve essere commisurata alla specificità della motivazione e non è ravvisabile laddove l'appellante, nel censurare le statuizioni contenute nella sentenza di primo grado, ometta di indicare, per ciascuna delle ragioni esposte nella sentenza impugnata sul punto oggetto della controversia, le contrarie ragioni di fatto e di diritto che ritenga idonee a giustificare con la doglianza.

¹² Cass. civ., sez. III, 29 luglio 2016, n. 15790.

¹³ Cass., 20 marzo 2013, n. 6978.

¹⁴ Cass., 20 settembre 2002, n. 137656.

¹⁵ Così sintetizza, in modo efficace, A. TEDOLDI in *L'Appello Civile*, Torino 2016.

¹⁶ Con efficace sintesi A. CARRATO scrive che «il requisito della specificità dei motivi di appello, pur non richiedendo l'impegno di formule sacramentali, esigeva, in ogni caso, un'esposizione chiara ed univoca delle doglianze e delle domande rivolte al giudice del gravame». Così A. CARRATO nel suo articolo *Alle Sezioni Unite la questione sul grado di specificità dei motivi*, pubblicato in *Corr. giur.* 8-9/2017.

¹⁰ Cass. civ., 19 ottobre 2009, n. 22123.

tazione in concreto: dal grado della complessità della lite di primo grado, valutato in base alla comparazione tra le ragioni della censura (proposte dall'appellante) e le ragioni che sorreggevano la decisione impugnata.

Attuale è il monito di Verde¹⁷ il quale osservava come vi fosse un rischio che il cd. effetto devolutivo dell'appello civile risultasse fortemente ridimensionato, giacché, sulle questioni per le quali il giudice di secondo grado avrebbe dovuto esercitare il suo vaglio logico e critico si palesavano dei limiti interni, rivolti a modificare la natura di tale controllo "che sempre meno riguarda(vano) il rapporto sostanziale deciso e sempre più si appunta(vano) sulla correttezza della decisione sulla base di complessi parametri formali e sostanziali".

3. La funzione dei motivi dopo la riforma del d.l. 83/2012 convertito con. l. 134/2012

L'articolo 342 c.p.c. ha subito una complessiva riformulazione a seguito del d.l. 83/2012 convertito con. l. 134/2012¹⁸. La norma novellata ha avuto il pregio, a parere della dottrina, di acquisire sviluppi giurisprudenziali, consacrando nel testo legislativo¹⁹. In particolar modo si è deciso di comminare la sanzione dell'inammissibilità all'appello sprovvisto di una motivazione congrua e specifica. Inoltre si è imposto all'appellante la specificazione delle parti del provvedimento impugnato di cui si richiede la riforma, intendendo per parti le argomentazioni logiche contro cui rivolgere le censure e le ragioni intese a minare il fondamento della decisione contestata²⁰. Il presente requisito tuttavia, anche in forza di una colpevole vaghezza legislativa, è quello che profila i maggiori ele-

menti problematici.

Controverso, innanzi tutto, è stata l'interpretazione della terminologia legislativa. Il legislatore, nel richiedere che "l'appello sia motivato" sembra imporre un rigorismo eccessivo, da taluni inteso come richiesta di un progetto di sentenza alternativo.

Invero, più ragionevolmente, si ritiene che la motivazione dell'impugnazione dovrebbe abbracciare almeno tre profili: una prospettazione analitica della diversa soluzione di fatto, una indicazione puntuale delle circostanze da cui si ritiene derivi la violazione di legge (l'error iuris) commesso dal giudice di primo grado, da qui infine evidenziare l'incidenza effettiva di questo sulla decisione.

La prima giurisprudenza sul punto, dunque, si è interrogata su quale dovesse essere l'onere da far gravare in capo all'appellante. Si è ritenuto che l'atto di appello dovesse essere maggiormente organico e strutturato rispetto al passato, in modo analogo ad una sentenza. All'appellante si richiedevano due passaggi differenti: una individuazione precisa delle parti di sentenza che si ritenevano erronei, uno sforzo argomentativo capace di spiegare l'errore e articolare le modifiche che il giudice di Appello avrebbe dovuto applicare.

L'iniziale rigorismo è stato in parte attenuato dalla Suprema Corte.

I giudici di legittimità hanno sottolineato come l'atto d'appello non debba seguire forme sacramentali né prospettare un diverso contenuto della sentenza impugnata. Si richiede, invece, in modo ragionevole un maggiore sforzo nel momento delimitativo del quantum appellatum così da circoscrivere l'ambito del giudizio di secondo grado. Lo sforzo, tuttavia, non deve limitarsi a una chirurgica individuazione dei capi ma anche a produrre un solido momento argomentativo.

Le argomentazioni dell'appellante, quindi, devono essere in grado di proporre le ragioni del dissenso rispetto alla contestata decisione, spiegando in cosa consista il dissenso e in che modo tali ragioni possano modificare la decisione²¹.

L'appello quindi, per superare il vaglio di inammissibilità di cui all'art. 342 c.p.c., dovrà indicare le parti del provvedimento che si intendono impugnare, esaudivendo il c.d. profilo volitivo. La parte dovrà essere intesa non solo come capo della decisione, ma dovranno essere coinvolti anche quei singoli segmenti che compongono la decisione qualora essi possano vantare un rilievo autonomo rispetto alla decisione.

²¹ In tal senso, da ultima, si è espressa Cass., 5 febbraio 2015, n. 2143 che ha elaborato la seguente massima: «L'art. 434, comma 1, c.p.c., nel testo introdotto dall'art. 54, comma 1, lett. C) bis del D.L. n. 83/2012, convertito nella L. n. 134/2012, in coerenza con il paradigma generale contestualmente introdotto nell'art. 342 c.p.c., non richiede che le deduzioni dell'appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, ma impongono all'appellante di circoscrivere l'ambito del gravame, individuando i capi della sentenza da riformare argomentando il proprio dissenso».

¹⁷ V. G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 2008.

¹⁸ Le intenzioni che hanno animato la riforma del 2012 possono essere così sintetizzate. Si è tentato di disincentivare la proposizione di impugnazioni o non ben ponderate o non correttamente redatte rispetto alle censure contestate o alle ragionevoli prospettive di accoglimento. Si è inteso, quindi, riservare solo a impugnazioni formalmente e sostanzialmente solide una trattazione ordinaria. In tal senso si veda R. POLI in *La specificità dei motivi di appello rimessa al vaglio delle sezioni unite*, in *Rivista di Diritto Processuale* 4-5/2017.

¹⁹ In dottrina si è cercato di minimizzare l'impatto della riforma ritenendo che il legislatore avesse voluto accogliere in pieno le "direttive" giurisprudenziali circa il corretto assolvimento dell'onere di supportare la richiesta di riesame mediante "l'esposizione sommaria dei fatti e dei motivi specifici dell'impugnazione". In tal senso si veda G. COSTANTINO, *La riforma dell'appello*, in *Giust. Proc. Civ.* 2013, 21 ss; G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, p. 364 ss; C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Il Corriere Giuridico* 2012, 10, 1135.

²⁰ La dottrina, nell'analisi della complessa riforma, non ha mai messo in discussione che l'appello fosse rimasto un mezzo di impugnazione a critica libera con effetto devolutivo limitato dalle specifiche censure proposte dagli appellanti. Così S. IZZO, *Forma e contenuto dell'atto di appello del rito del lavoro secondo la (primissima) giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2015, II, p. 510 ss.

Vi dovrà, inoltre, essere un profilo argomentativo capace di suggerire le modifiche che dovrebbero essere apportate al provvedimento con riguardo alla ricostruzione del fatto.

La giurisprudenza, infine, ha talvolta richiesto l'elaborazione di un profilo causale capace di spiegare il rapporto tra causa ed effetto fra la violazione di legge che è denunciata e l'esito della lite²².

La nuova norma, quindi, obbliga l'appellante ad indicare in primo luogo le parti di sentenza delle quali richiede la riforma, nonché le modifiche richieste. Ciò che si intende ottenere è una puntualizzazione esatta degli errori commessi dal giudice di primo grado con una richiesta specifica, ponendo il giudice di appello nella condizione di cogliere, sin da subito, quali e di che spessore siano le critiche mosse.

Una impostazione siffatta pare protendere per una lettura collaborativa dell'istituto.

La specificità dei motivi, come prima rilevato, dovrà essere comunque desunta in concreto: l'onere di specificità per dirsi assolto dovrà essere parametrato al caso di specie, come anche ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità²³.

Si dovrà tenere in debito conto le peculiarità dei casi di volta in volta affrontati e decisi. Pare necessario, quindi, ricercare la specificità non in forza di parametri astratti, ma calandosi nella specifica controversia. Questo consentirebbe al giudice di avere piena conoscenza di quanto denunciato in caso di appello e di far scattare la sanzione della inammissibilità solo quando davvero necessario.

Il grado di specificità dovrebbe determinarsi in un momento successivo, in forza della complessità della fattispecie dedotta in giudizio ed anche in forza dei passaggi logici compiuti dal giudice di primo grado.

Questa ricostruzione, secondo chi scrive, è quella più ragionevole in una ottica di efficienza processuale e di effettività della tutela. Inoltre appare soddisfacente anche se si tiene conto della gravità della sanzione indicata nell'art. 342 c.p.c.: la declaratoria di inammissibilità comporta l'impossibilità di riproporre il gravame anche laddove il termine per impugnare non sia decorso.

Deve essere precisato che tali oneri, che si esplicano secondo il triplice profilo volitivo-argomentativo-causale, non fanno vacillare il riparto dell'onere probatorio così come imposta dall'art. 2697 c.c.

Si ritiene, infatti, che l'appellante abbia un onere argomentativo e demolitivo, non dovendo però dimostrare oltre a ciò che la legge impone.

L'appellante dovrà argomentare l'ingiustizia della sentenza, ma non dovrà provare elementi ulteriori. Dovrà allora affermare, eventualmente, che il fatto che il primo giudice ha ritenuto provato tale non è; non si

potrebbe certo immaginare che la parte, solo perché appellante, debba riprodurre degli elementi probatori che sono nelle disponibilità dell'appellato e che questo, disertando il processo non ha riprodotto.

Tuttavia, le Sezioni Unite nel 2005²⁴ e nel 2013²⁵ hanno ritenuto, almeno per le prove documentali, di presumere *iuris tantum* la giustizia delle sentenze di primo grado, facendo gravare l'onere argomentativo e probatorio in capo all'appellante, obbligando a riprodurre persino i documenti della controparte appellata che avesse omesso di farlo.

4. La sanzione della Inammissibilità

Ricostruiti i parametri formali e sostanziali richiesti dal legislatore ed elaborati dalla giurisprudenza è necessario occuparsi del profilo patologico.

La sanzione dell'inammissibilità²⁶ dell'appello privo di specifici motivi era consolidata in giurisprudenza²⁷ anche prima dell'intervento del 2012.

La riscrittura dell'art. 342 c.p.c. non ha fatto altro che stabilire, in modo definitivo ed esplicito, tale sanzione.

La soluzione ha visto l'opposizione di parte della dottrina che ha ritenuto come fosse più proporzionata la sanzione della nullità soggetta a sanatoria²⁸ per rag-

²⁴ Cass., Sez. Un., 23 Dicembre 2005, n. 28498.

²⁵ Cass, Sez. Un., 8 marzo 2013, n. 3033 che ha elaborato la seguente massima: "È onere dell'appellante, quale che sia stata la posizione da lui assunta nella precedente fase processuale, al fine di dimostrare l'ingiustizia o l'invalidità della sentenza impugnata, produrre, o ripristinare in appello se già prodotti in primo grado, i documenti sui quali egli basa il proprio gravame o comunque attivarsi, anche avvalendosi della facoltà di cui all'art. 76 disp.att.c.p.c. di farsi rilasciare dal cancelliere copia degli atti del fascicolo delle altre parti, perché questi documenti possano essere sottoposti all'esame del giudice di appello."

²⁶ Per una analisi esaustiva della sanzione della inammissibilità si rimanda a *La consumazione del potere di impugnazione* di S. CAPORUSSO, 2001.

²⁷ Cass., sez. un., 29 gennaio 2000, n. 16 ha affermato che nel giudizio d'appello – che non è *iudicium novum*, ma *revisio prioris instantiae* – la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso l'enunciazione di specifici motivi. Atteso dunque che i motivi specifici d'appello hanno lo scopo di evitare il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado attraverso la denuncia della sua pretesa ingiustizia, la sanzione per la loro mancanza non potrà consistere nella mera nullità dell'atto d'appello – dal momento che la costituzione dell'appellato è inidonea a conseguire la finalità dell'impedimento del passaggio in giudicato della sentenza impugnata –, risultandone piuttosto l'inammissibilità dell'impugnazione per la sua difformità rispetto al modello legale, che non consente al giudice d'appello di accedere all'esame, nel merito, della richiesta *revisio prioris instantiae*, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza impugnata e senza che acquisti rilievo ostativo a tale già verificatosi passaggio in giudicato l'analitica specificazione, in successiva difesa, dei motivi esposti a suo tempo nell'atto d'appello in maniera vaga ed indeterminata.

²⁸ Il vizio della inammissibilità, infatti, si differenzia dal vizio della nullità sotto un duplice profilo. Il primo attiene alla rilevanza del vizio, atteso che l'inammissibilità viene dichiarata d'ufficio, mentre la nullità richiede, di regola, l'istanza di parte.

²² Questo innovativo profilo è stato espresso da App. Roma, 29 Gennaio 2013, n. 377.

²³ Cass. civ., sez. un., 06 aprile 2017, n. 8895.

giungimento dello scopo quando si rilevi il difetto dei requisiti di forma-contenuto degli atti, immaginando anche un vizio di rilievo costituzionale²⁹.

Al di là delle critiche, ad oggi, si ritiene che qualora il giudice dichiari l'atto d'appello carente delle prescrizioni di forma-contenuto imposte dall'art. 342 c.p.c. debba dichiarare l'inammissibilità con sentenza (e non con l'ordinanza di cui al nuovo filtro ex art. 348 ter c.p.c.).

La sentenza sarà impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 360, n. 4 c.p.c. Il vizio che si denuncerà sarà un *error in iudicando de iure procedendi*: si contesterà, infatti, la violazione dell'art. 342 c.p.c.

La Cassazione dovrà porsi come giudice del fatto processuale, potendo esaminare direttamente l'atto di appello giudicato carente e, dunque, inammissibile.

In ipotesi di cassazione della sentenza di appello non si esclude, laddove evidentemente non siano necessari alcuni accertamenti di fatto, che la Suprema Corte si esprime nel merito ex art. 384 co 2 c.p.c.

5. L'interpretazione giurisprudenziale più recente

L'analisi della giurisprudenza più recente consente di avere una visione tendenzialmente chiara di quale sia l'approdo, che tuttavia non può definirsi univoco, a cui sono giunte le corti di merito e la Suprema Corte di Cassazione.

In particolar modo, con una ben elaborata ordinanza del Maggio 2017 la Corte di Cassazione ha stabilito che il novellato art. 342 c.p.c non esige lo svolgimento di un progetto alternativo di sentenza, né una determinata forma, né la trascrizione integrale o parziale della sentenza appellata, "ma impone all'appellante di individuare, in modo chiaro ed inequivoco, il 'quantum appellatum', formulando, rispetto alle argomentazioni adottate dal primo giudice, pertinenti ragioni di dissenso che consistono, in caso di censure riguardanti la ricostruzione dei fatti, nell'indicazione delle prove che si assumono trascurate o malamente valutate ovvero, per le doglianze afferenti questioni di diritto, nella specificazione della norma applicabile o dell'interpretazione preferibile, nonché, in relazione a denunciati "errores in procedendo", nella precisazione del fatto processuale e della diversa scelta che si sarebbe dovuta compiere."³⁰

Quindi il requisito della specificità dei motivi di impugnazione esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'impugnante, volte ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime, in quanto la manifesta-

zione volitiva dell'impugnante, diretta ad ottenere la riforma della sentenza, deve essere sempre supportata da deduzioni idonee a contrastare la motivazione di detta sentenza.

Interessante è richiamare quanto stabilito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'aprile del 2017. Infatti, come sopra specificato, appare ragionevole che le corti di merito parametrino la necessaria specificità dei motivi di appello non a requisiti astratti bensì concreti. La Suprema Corte ricorda come "in materia di appello, la specificità dei motivi deve essere correlata al tenore e alla portata delle argomentazioni della decisione impugnata. Nell'atto in questione è necessaria la presenza di una parte argomentativa che - contrapponendosi alla motivazione della sentenza impugnata - con espressa e motivata censura, miri a incrinare il fondamento logico-giuridico."³¹

Quindi l'appellante, lo si ripete, dovrà sforzarsi di compiere una critica mirata, analitica e ragionata. Non sarà certo sufficiente, appare logico, il mero richiamo di tutti gli atti, le difese, le domande e le eccezioni svolte dalla parte nel primo grado del giudizio³².

La specificità dei motivi di appello di cui all'art. 342 c.p.c., finalizzata ad evitare un ricorso generalizzato e poco meditato al giudice di seconda istanza, esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante, volte ad incrinare il fondamento argomentativo delle prime, ragion per cui alla parte volitiva deve sempre accompagnarsi una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice.

Quindi acquista centrale rilevanza il momento dissertivo, che sia capace di confutare e contrastare le ragioni addotte dal primo giudice. Per far ciò non è sufficiente che l'atto di appello consenta di individuare le statuizioni impugnate, ma è doveroso che le ragioni sulle quali si fonda il gravame siano esposte con un sufficiente grado di specificità³³.

³¹ Cass. civ., sez. un., 06 aprile 2017, n. 8895.

³² In tal senso si è espressa la corte di appello di Milano che ha stabilito come sia «inammissibile, per violazione del principio di specificità dei motivi di censura, ex art. 342 c.p.c., il mero richiamo a tutti gli atti, le difese, le domande e le eccezioni svolte dalla parte nel primo grado del giudizio, da intendersi ritrascritti interamente nell'atto di appello». (App. Milano Sez. IV, 19/01/2017)

³³ In questo senso si è espressa con lodevole chiarezza la Corte di Cassazione nel settembre 2016. La Suprema Corte ha stabilito che «nel giudizio di appello - che non è un *novum iudicium* - la cognizione del giudice resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso specifici motivi e tale specificità esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante, volte ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime, non essendo le statuizioni di una sentenza separabili dalle argomentazioni che le sorreggono. Ne consegue che, nell'atto di appello, ossia nell'atto che, fissando i limiti della controversia in sede di gravame consuma il diritto potestativo di impugnazione, alla parte volitiva deve sempre accompagnarsi, a pena di inammissibilità del gravame, rilevabile d'ufficio e non sanabile per effetto dell'attività difensiva della controparte, una parte argomentativa che confuti e contrasti le

Il secondo attiene all'assenza di meccanismi di sanatoria. Con riferimento alla sola inammissibilità, infatti, mancano meccanismi utili a sanare l'atto o comunque a rinnovare lo stesso; le cause di nullità sono, invece, suscettibili di sanatoria.

²⁹ In tal senso SCARSELLI, *Sulla costituzionalità del nuovo art. 342 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2013, V, p. 160 ss.

³⁰ Cass. civ., sez. III, ordinanza, 05 maggio 2017, n. 10916.

Ragionevole appare, invece, quella giurisprudenza che abbia ritenuto possibile colpire con la sanzione della inammissibilità solo parte dei motivi che si fossero presentati carenti di specificità.

In tal senso si è espressa con sentenza n. 20124/2015 la terza Sezione civile della Suprema Corte.

Questa ha osservato come l'inammissibilità dell'impugnazione per violazione dell'art. 342 c.p.c. consegue solo quando il vizio investa l'intero contenuto dell'atto. Laddove invece sia possibile individuare uno o più motivi (o anche profili autonomi di doglianza delle sentenze gravate) sufficientemente identificati nei loro elementi essenziali è legittimo scrutinare quest'ultimi nel merito, distinguendoli da quei motivi generici e quindi inammissibili³⁴.

Non è mancata, tuttavia, giurisprudenza che ha richiesto uno sforzo differente e maggiore sia sotto l'aspetto della tecnica redazionale, sia sotto il profilo argomentativo.

Con sentenza n. 2143, del 5 febbraio 2015, la Suprema Corte di Cassazione (sez. Lavoro) ha valorizzato una interpretazione rigorosa dell'istituto in analisi.

Essa ha evidenziato come la riscrittura della norma sul contenuto dell'atto di appello fosse sorretta da una chiara volontà legislativa tesa a soddisfare una esigenza di contenimento delle tempistiche processuali. Questo si è tradotto con l'imporre all'appellante il rispetto "di precisi oneri formali che impongano e traducano uno sforzo di razionalizzazione delle logiche dell'impugnazione". L'adempimento di tali oneri, dunque, consente di "individuare agevolmente, sotto il profilo della latitudine devolutiva, il quantum appellatum e di circoscrivere quindi l'ambito del giudizio di gravame, con riferimento non solo agli specifici capi della sentenza del Tribunale, ma anche ai passaggi argomentativi che li sorreggono; sotto il profilo qualitativo, le argomentazioni che vengono formulate devono proporre lo sviluppo di un percorso logico alternativo a quello adottato dal primo Giudice e devono chiarire in che senso tale sviluppo logico alternativo sia idoneo a determinare le modifiche della statuizione censurata chiesta dalla parte".

Con sentenza, inoltre, n. 17712/2016 la Corte di

Cassazione ha valorizzato il termine "motivazione" utilizzato nella novella legislativa. La Suprema Corte ha ritenuto che il termine fosse tipicamente proprio di un provvedimento giudiziale, ben differente rispetto al termine "esposizione" o "argomentazione". Da ciò, quindi, si sarebbe dovuto desumere una discontinuità che non sarebbe solo lessicale ma anche concettuale.

Inoltre sono stati ritenuti rilevanti anche i requisiti di contenuto che la "motivazione" deve offrire in tre punti essenziali, necessari per sfuggire alla sanzione della inammissibilità. I tre punti consistono secondo la Corte nella delimitazione dell'oggetto così da consentire una immediata verifica della formazione del giudicato in relazione a quelle parti della sentenza che non hanno costituito oggetto di gravame; proporre una diversa ricostruzione del fatto prospettato dal giudice di primo grado, scindibile in una pars destruens (volta a demolire la falsa rappresentazione della realtà sulla quale essa è stata eretta) ed una pars costruens (volta ad offrire un progetto alternativo di risoluzione della controversia, attraverso una diversa lettura del materiale di prova acquisito o acquisibile al giudizio, nei limiti consentiti in grado di appello e previa indicazione della sua effettiva rilevanza ai fini della decisione); l'indicazione delle norme di diritto violate o falsamente applicate.

La Suprema Corte ha quindi evidenziato come la riforma del 2012 abbia posto a carico dell'appellante un ben preciso e articolato onere processuale, compendiabile con la necessità che l'atto di gravame offra una ragionata e diversa soluzione della controversia rispetto a quella adottata dal primo giudice e con il fine di ridurre, mediante la previsione dei requisiti (più) stringenti, gli spazi di incertezza concretamente suscettibili di aprirsi nell'applicazione di una nozione (quella di specificità dei motivi) segnata per sua natura dall'attitudine alla variabilità e alla flessibilità.

Come visto in modo univoco la giurisprudenza richiede uno sforzo ulteriore, ma con gradazioni differenti capaci di incidere sensibilmente nella storia processuale.

Questo ha spinto la suprema corte a rimettere, con ordinanza interlocutoria, la questione alle Sezioni Unite.

6. La specificità dei motivi di appello rimessa al vaglio delle sezioni unite

La Corte di Cassazione Civile, sez. III ha rimesso la questione con riferimento alla corretta interpretazione dell'art. 342 c.p.c. alle Sezioni Unite. Ciò è avvenuto con l'ordinanza interlocutoria n.8845 del 5/04/2017.

La terza sezione si interroga su "quale sia l'ambito della nozione di specificità dei motivi di appello, ora prevista a pena di inammissibilità dal testo dell'art. 342 c.p.c. – di cui al D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1, lett. Oa), con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 154 – (e dell'omologo art. 434

ragioni adottate dal primo giudice, al qual fine non è sufficiente che l'atto di appello consenta di individuare le statuizioni concretamente impugnate, ma è altresì necessario, pur quando la sentenza di primo grado sia censurata nella sua interezza, che le ragioni sulle quali si fonda il gravame siano esposte con sufficiente grado di specificità da correlare, peraltro, con la motivazione della sentenza impugnata». (Cass. civ., sez. I, 27 settembre 2016, n. 18932).

³⁴ In modo del tutto analogo si è espressa altresì Cass. 15071/2012 ritenendo che quando sia possibile individuare uno o più motivi sufficientemente identificati nei loro elementi essenziali l'eventuale difetto di determinazione di altri motivi, malamente formulati nel medesimo atto, legittima la declaratoria d'inammissibilità dell'appello per questi motivi soltanto e non dell'appello nella sua interezza.

c.p.c. per il rito del lavoro) ed in particolare se essa imponga all'appellante un onere di specificazione di un diverso contenuto della sentenza di primo grado, se non perfino un progetto alternativo di sentenza o di motivazione, o non piuttosto soltanto una compiuta contestazione di ben identificati capi della sentenza impugnata e dei passaggi argomentativi, in fatto o in diritto, che la sorreggano, con la prospettazione chiara ed univoca della diversa decisione che ne conseguirebbe sulla base di bene evidenziate ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice”.

La Cassazione, quindi, si interroga su quale sia l'onere che deve essere addossato all'appellante: se, come ritiene la giurisprudenza maggioritaria, l'appello debba essere in grado di individuare con estremo rigore i capi di sentenza contestati con argomentazioni capaci a minare l'iter logico della sentenza impugnata, o se l'appello debba (addirittura) proporre un modello alternativo di sentenza.

Il problema, a detta della stessa corte, è “di massima e particolare importanza”.

La questione, quindi, si delinea in ciò: definire l'esatta interpretazione di un istituto che richiama il requisito della specificità dei motivi, che pone il suddetto requisito a pena di inammissibilità.

L'interpretazione della norma in esame, evidenzia la corte, non è stata costante da parte dei giudici di legittimità. Da un lato, infatti si è escluso che il nuovo testo normativo richiedesse che le deduzioni delle parti appellate assumessero una determinata forma o ricalcassero la decisione appellata con diverso contenuto, imponendo al ricorrente in appello di individuare in modo chiaro ed esauriente il *quantum appellatum*. Tale meccanismo consentirebbe, infatti, di circoscrivere il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata, nonché i passaggi argomentativi che la sorreggono e la formulano. Sotto il profilo qualitativo, inoltre, si chiedeva al ricorrente di esplicitare l'inefficacia delle ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, così da minarne l'iter logico e ottenere la riforma della sentenza.

Dall'altro lato, tuttavia, un pensiero minoritario in seno alla medesima corte (da ultimo Cass. 07/09/2016, n. 17712, già citata) ha richiesto all'appellante un grado di specificità ben più accentuato rispetto al passato, imponendo la norma novellata un ben preciso ed articolato onere processuale, compendiabile nella necessità che l'atto di gravame, per sottrarsi alla sanzione della inammissibilità, offra una ragionata e diversa soluzione della controversia rispetto a quella adottata dal primo giudice.

Deve essere notato che la giurisprudenza di merito e la dottrina hanno assunto posizioni differenti, partendo da interpretazioni sostanzialmente riduttive. In forza di ciò si è ritenuto che nulla di realmente diverso si avesse rispetto al passato in ordine alla struttura stessa dell'atto di proposizione dell'atto di appello, il

cui contenuto minimo sarebbe solo più idoneamente descritto, rilevando la novella soprattutto quanto alla sanzione, mutando da nullità a inammissibilità.

Successivamente, tuttavia, non è mancata una sterzata sia giurisprudenziale (seppur minoritaria) che dottrinale, verso un rigore a tratti, forse, eccessivo. Si è configurata, infatti, la necessità che l'appellante compisse un vero e proprio progetto alternativo di sentenza, con tanto di motivazione reputata corretta, o, comunque, a disegnare in capo all'appellante oneri di forma di varia ampiezza e portata, soprattutto di maggiore rigore rispetto alla previgente normativa.

7. La Pronuncia delle Sezioni Unite del 16 novembre 2017 n. 27199

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno risolto in modo definitivo il problema dell'esatta interpretazione dei contenuti minimi dell'atto di Appello. La suprema Corte ha fornito una risposta esaustiva, preceduta da una ricostruzione sistematica del grado di Appello e dei precedenti giurisprudenziali (che a detta della Corte “non hanno creato, in effetti, alcun contrasto interpretativo”).

Nella sentenza si precisa, infatti, che l'onere di specificazione dei motivi di Appello esige che la manifestazione volitiva dell'appellante debba trovare nei motivi un supporto argomentativo idoneo a contrastare la motivazione. Da ciò ne consegue che i motivi stessi dovranno essere articolati in modo tanto più marcato a seconda della complessità del caso concreto e della specificità della motivazione che si intende contestare³⁵.

Quindi, dal consolidato principio che l'appello non è un nuovo iudicium con un effetto devolutivo generale ed illimitato si ribadisce la necessità che i motivi di appello vengano esposti con un sufficiente grado di specificità a seconda del caso di specie, ma con una capacità argomentativa tale da incrinare il fondamento logico-giudico della sentenza contesta.

La nuova norma quindi esige, senza rigorismi formali, che al giudice siano indicate, oltre ai punti e ai capi della decisione investiti dal gravame, anche le ragioni correlate ed alternative rispetto a quelle che sorreggono la pronuncia, in base alle quali è chiesta la riforma, cosicché il *quantum appellatum* resti individuato in modo chiaro ed esauriente.

Le sezioni unite, dunque, avallano l'approdo maggioritario in giurisprudenza da ultimo espresso dalla sentenza della terza sezione Civile del 16 maggio 2017, n. 11999.

Le modifiche apportate nel 2012, infatti, hanno accolto gli approdi progressivi della giurisprudenza in materia senza eccessivi stravolgimenti.

³⁵ Tale argomenti, ricorda la stessa Corte di Legittimità, sono ormai consolidati (sul punto si veda già sentenza 6 giugno 1987, n. 4991, confermata da S.U del 20 settembre 1993, n. 9628) e non in discussione.

Nell'atto di appello dovrà dunque essere presente sia una parte volitiva che una parte argomentativa, così che si confuti e si contrastino le ragioni addotte dal primo giudice. L'individuazione di un percorso logico alternativo a quello del primo giudice, tuttavia, non dovrà necessariamente tradursi in un progetto alternativo di sentenza: il richiamo, presente agli artt. 342 e 343 c.p.c., del termine motivazione non impone alle parti un onere paragonabile a quello proprio del giudice nella stesura della motivazione di un provvedimento decisorio.

Ciò che si richiede, invece, è che la parte appellata ponga il giudice di appello in condizione di comprendere con chiarezza il contenuto della censura, dimostrando il vizio che connota le ragioni esposte dal giudice di primo grado: questo comporta una razionalizzazione del processo civile, con una conseguente esaltazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Le Sezioni Unite quindi concludono ribadendo che la riforma del 2012 non ha trasformato, come alcuni hanno ipotizzato, l'appello in un mezzo di impugnazione a critica vincolata. L'appello è rimasto una *revisio prioris instantie*; i giudici di secondo grado sono chiamati in tale sede ad esercitare tutti i poteri tipici di un giudizio di merito, senza trasformare l'appello in una sorta di anticipato ricorso per cassazione.

La riforma legislativa del 2012, infatti, ha introdotto, dove ha voluto, un particolare filtro che può condurre all'inammissibilità dell'appello a determinate condizioni (artt. 348-*bis* e 348-*ter* cod. proc. civ.); ciò impone di seguire un'interpretazione dell'art. 342 cod. proc. civ. che abbia come obiettivo non quello di costruire un'ulteriore ipotesi di decisione preliminare di inammissibilità, bensì quello di spingere verso la decisione nel merito delle questioni poste.

Ed invero, come ha fatto emergere l'ordinanza n. 10916 del 2017, le norme processuali devo essere interpretate in modo da favorire, per quanto possibile, una decisione di merito, mentre gli esiti "abortivi" del processo costituiscono un'ipotesi residuale.

Invero, la Suprema Corte ricorda che già la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha chiarito in più occasioni che le limitazioni all'accesso ad un giudice sono consentite solo in quanto espressamente previste dalla legge ed in presenza di un rapporto proporzionale tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (da ultimo sentenza CEDU 24 febbraio 2009 in causa CGIL e Cofferati C. Italia).

In conclusione la corte enuncia il seguente principio di diritto:

"Gli artt. 342 e 434 cod. proc. civ., nel testo formulato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati, affiancando alla parte volitiva una

parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. Resta tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantie* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l'atto di appello debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella del primo grado".

8. Conclusioni

Gli approdi giurisprudenziali analizzati, nella loro lieve divergenza oggi pacificata dall'intervento delle S.U. sopra analizzata, hanno attribuito ai requisiti dell'atto di appello una interpretazione restrittiva e ragionevole.

In particolar modo non si è ritenuto ammissibile, anche in una valorizzazione del principio del giusto processo, far gravare in capo all'appellante un onere esorbitante quale quello di ideare un progetto alternativo di sentenza.

Questo è ancor più vero se si pensa alla gravità della sanzione imposta dal legislatore: l'inammissibilità.

La gravità della pena e il rigorismo interpretativo rischierebbero, come detto in apertura, di comportare una limitazione all'accesso della tutela giurisdizionale.

È apparso ragionevole allora che il concetto di specificità dei motivi di appello ai sensi dell'art. 342 c.p.c. si concretizzasse nell'esposizione delle ragioni della critica rivolta dall'appellante alle motivazioni addotte in sentenza dal giudice di primo grado, ragioni che debbono essere potenzialmente dotate dell'attitudine alla confutazione logica o giuridica del fondamento della decisione.

Lo sforzo dell'operatore del diritto, infatti, deve volgersi verso una interpretazione delle norme processuali ragionevole e proporzionata, così da consentire che si pervenga ad una decisione di merito.

La seguente direttrice è di ispirazione non solo dell'ordinamento interno (Cass., sez. un., n. 10878/2015) ma anche di quello sovranazionale (da ultimo, CEDU 24 febbraio 2009, in causa C.G.I.L. e Cofferati C. Italia).

Pietro Sorrentino
Avvocato

Omesso consenso informato all'intervento: sul diverso onere probatorio a seconda del diritto fatto valere.

Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 14 novembre 2017, n. 26827

abstract

The Court of Cassation clarifies the burden of proof due to the patient if he criticizes the failure to obtain informed consent to the intervention.

keywords

Informed consent to intervention necessary – Self-determination – Probative burden.

abstract

La Corte di Cassazione chiarisce l'onere probatorio spettante al paziente qualora censuri la mancata acquisizione del consenso informato all'intervento.

parole chiave

Consenso informato all'intervento – Diritto all'autodeterminazione – Onere probatorio.

Consenso informato – assente e/o insufficiente – lesione del diritto all'autodeterminazione – risarcimento – onere probatorio

In caso di omesso consenso informato all'intervento chirurgico, qualora il paziente lamenti la lesione del diritto integrità psico-fisica (oltre che del diritto all'autodeterminazione), ha l'onere di provare - anche per presunzioni - che non si sarebbe sottoposto al trattamento se correttamente informato.

Cass., sez. III civile, 14 novembre 2017, n. 26827 -
Pres. Travaglino, Rel. Pellicchia

(*Omissis*)

Fatti di causa

1. Nel 2009, S.A. convenne in giudizio l'Azienda Ospedaliera di (*Omissis*) – Istituti Ospedalieri di (*Omissis*), chiedendone, in via principale, la condanna al risarcimento del danno subito conseguentemente ad un'operazione chirurgica di sostituzione protesica, nonché, in via subordinata, per l'ipotesi di mancato

riconoscimento di responsabilità in capo ai sanitari dell'ospedale, al risarcimento del danno da mancanza del consenso informato.

Si costituì in giudizio l'Azienda Ospedaliera, contestando le domande dell'attrice e chiedendone il rigetto.

Il Tribunale di Verona, con la sentenza n. 2039 del 2013, rigettò la domanda proposta in via principale e accolse quella formulata in via subordinata, condannando per l'effetto l'Azienda Ospedaliera a versare all'attrice la somma di Euro 35.000 oltre interessi legali dalla pronuncia al saldo.

2. La decisione è stata confermata dalla Corte d'Appello di Venezia con la sentenza n. 1619 del 13 luglio 2016.

La Corte di Appello ha ritenuto infondati i motivi di gravame con i quali la signora S. lamentava il mancato riconoscimento della responsabilità dei sanitari per errore tecnico nell'esecuzione dell'intervento di sostituzione protesica rilevando che, dalle conclusioni della perizia medico legale svolta in primo grado, nonché dalle argomentazioni scientifiche offerte a supporto delle medesime conclusioni, non confutate specificamente dalla S., emergeva che la frattura subita dalla ricorrente fosse riconducibile alle condizioni dell'osso e non ad un'errata manovra effettuata durante l'intervento.

L'onere probatorio gravante sulla struttura ospedaliera (circa la mancanza di causalità della condotta dei sanitari rispetto alla frattura femorale e alla conseguente lesione del nervo sciatico e quindi circa l'assenza di colpa dei sanitari) sarebbe stato, pertanto, adempiuto all'esito dell'accertamento peritale di primo grado.

La Corte di Venezia ha reputato poi infondato l'appello incidentale con cui l'Azienda Ospedaliera lamentava l'erroneità della condanna al risarcimento dei danni per la mancata prestazione del consenso informato da parte della S..

Al riguardo, il giudice di seconde cure ha ritenuto

che la dimostrazione della corretta informazione preventiva non potesse essere desunta nè dal documento in atti - prestampato, privo di data e neppure contenente il nome della paziente, nè dalle dichiarazioni della S. riportate nella CTU (sulla "necessità dell'intervento"), in quanto generiche e prive di valenza probatoria.

Inoltre, con riferimento al rilievo dell'Azienda ospedaliera secondo cui la S. non avrebbe compiutamente allegato che, in presenza di adeguata informazione, avrebbe deciso di non sottoporsi all'intervento, la Corte osserva che l'oggetto del risarcimento del danno per mancanza di valido consenso non è il pregiudizio conseguente all'operazione ma quello, richiamato dalla S. nell'atto di citazione di primo grado, conseguente alla violazione del diritto all'autodeterminazione.

Infine, la Corte ha reputato infondato anche il motivo di gravame della S. vertente sulla quantificazione del danno effettuata dal primo giudice, osservando, in particolare, che, ai fini della valutazione della congruità di tale quantificazione, non fosse pertinente il richiamo ai pregiudizi conseguiti all'operazione chirurgica, proprio perché la lesione per la violazione del principio del consenso informato incide su un bene giuridico diverso da quello della salute.

3. Avverso tale sentenza propone ricorso in Cassazione la signora S.A., sulla base di quattro motivi.

3.1. Resiste con controricorso l'Azienda Ospedaliera - Istituti Ospedalieri di (*Omissis*) ora in gestione liquidatoria, la quale formula ricorso incidentale fondato su un solo motivo.

Diritto

Ragioni della decisione

4. Con il primo motivo, la ricorrente principale lamenta "violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360 c.p.c., n. 3, ed in particolare degli artt. 1218 e 2697 c.c., in punto di ripartizione degli oneri probatori in materia di responsabilità professionale medica e mancata prova dell'assenza di colpa della struttura sanitaria convenuta".

Osserva che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, in materia di responsabilità medica grava sul debitore convenuto l'onere di dimostrare, oltre all'assenza di nesso di causalità, l'esatto adempimento della prestazione dovuta, indicando positivamente quali specifici comportamenti diligenti, prudenti e periti abbia posto in essere nell'esecuzione della propria attività.

Agli atti del giudizio non vi sarebbe una simile prova, poiché la CTU si limiterebbe ad evidenziare, in termini dubitativi, di non poter indicare con certezza nè con probabilità se nell'atto operatorio sia stata esercitata una forza eccessiva causando la rottura del femore. Tale rilievo, però, non consentirebbe nemmeno di escludere l'uso di forza eccessiva e quindi la colpa dei sanitari.

La Corte di Venezia, quindi, avrebbe dovuto far ricadere il dubbio circa l'assenza della colpa del medico sulla struttura sanitaria.

Inoltre, la sentenza di appello sarebbe illogica e contraddittoria laddove esclude non solo la colpa, ma pure la sussistenza del nesso causale tra l'intervento e il danno, riconosciuto invece dal CTU e dalla sentenza di primo grado, non impugnata al riguardo.

Il motivo è inammissibile.

La ricorrente, pur denunciando la violazione dei principi in tema di ripartizione dell'onere della prova, censura in realtà la lettura che il giudice di secondo grado dà alle conclusioni della consulenza tecnica.

Al riguardo, si ricorda innanzitutto che il travisamento, da parte del giudice del merito, delle risultanze della consulenza tecnica d'ufficio, laddove esistente, integra un vizio revocatorio, denunciabile ai sensi dell'art. 395 c.p.c., n. 4 (*ex multis*, Cass. Sez. 1, 17/5/2012, n. 7772).

D'altra parte, la ricorrente non adempie all'onere, imposto dal principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di trascrivere, quantomeno in parte qua, le conclusioni della consulenza tecnica che la Corte di appello avrebbe erroneamente valutato, limitandosi a riportarne, del tutto genericamente, soltanto alcune affermazioni, senza considerarne altre nè esaminare la consulenza nel suo insieme.

Ed infatti la Corte di appello evidenzia che, in base alle conclusioni raggiunte dai periti, "valutate congiuntamente a tutti i dati rimarcati come rilevanti" ("argomentazioni scientifiche non confutate, mediante specifiche e valide argomentazioni di senso contrario, dall'appellante principale"), la frattura ossea subita dalla ricorrente doveva essere ricondotta, sul piano probabilistico, alle condizioni dell'osso e non ad un'errata manovra eseguita durante l'intervento chirurgico.

5. Con il secondo motivo, la S. lamenta "violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360 c.p.c., n. 3, ed in particolare degli artt. 1218 e 2697 c.c. e art. 116 c.p.c., in punto di valutazione delle prove del giudizio di primo grado da parte della corte d'appello, per essere l'impugnata sentenza basata unicamente sulle risultanze della consulenza tecnica meramente deducibile, in difetto di prova da parte della struttura sanitaria del corretto adempimento della propria prestazione".

La Corte di appello avrebbe errato nel fondare la propria decisione sulla consulenza tecnica la quale, oltre a non rientrare tra i mezzi di prova in senso proprio, sarebbe nella specie illogica e contraddittoria laddove pretende di giungere a conclusioni in termini di certezza partendo da premesse meramente dubitative e in mancanza del registro operatorio relativo all'intervento all'interno della cartella clinica della signora S.

Il motivo è inammissibile.

La S., pur denunciando apparentemente la violazione di norme di diritto, lamenta in realtà un'insuf-

ficienza dell'iter motivazionale della sentenza impugnata, che si fonderebbe unicamente sulla consulenza tecnica preventiva.

Senonché, risultano travalicati i limiti entro cui è ancora denunciabile l'anomalia motivazionale a seguito della riformulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5 (anomalia motivazionale che "si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dai testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili", nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile": Cass. Sez. Unite, 20/10/2015, n. 21216).

Inoltre, con riferimento alle censure rivolte verso le valutazioni espresse dal CTU, il motivo è altresì inammissibile perché la ricorrente omette di riportare il contenuto specifico delle critiche ad esse sollevate nei precedenti gradi di giudizio.

Infatti, in tema di ricorso per cassazione, per infirmare, sotto il profilo della insufficienza argomentativa, la motivazione della sentenza che recepisca non acriticamente le conclusioni di una relazione di consulenza tecnica d'ufficio di cui il giudice dichiara di condividere il merito, è necessario che la parte alleggi di avere rivolto critiche alla consulenza stessa già dinanzi al giudice a quo, e ne trascriva, poi, per autosufficienza, almeno i punti salienti onde consentirne la valutazione in termini di decisività e di rilevanza, atteso che, diversamente, una mera disamina dei vari passaggi dell'elaborato peritale, corredata da notazioni critiche, si risolverebbe nella prospettazione di un sindacato di merito inammissibile in sede di legittimità (tra le altre, di recente, Cass. Sez. 1, 03/6/2016, n. 11482).

6. Con il terzo motivo, la ricorrente principale si duole delomesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione ex art. 360 c.p.c., n. 5, ovvero mancato integrale esame dei fatti e delle conclusioni peritali esposti nella CTU e omessa considerazione della mancanza del registro operatorio nella cartella clinica della paziente".

Dalla lettura integrale della relazione tecnica emergerebbe un significato delle conclusioni del CTU diverso da quello attribuito alle stesse dalla Corte di Appello.

Il CTU non avrebbe mai riconosciuto espressamente, e in termini positivi, la correttezza dell'operato dei sanitari. Nè d'altra parte il consulente avrebbe potuto addivenire a risultati conclusivi in termini di assoluta certezza, considerata anche la mancanza, all'interno della cartella clinica, del registro operatorio, contenente la descrizione chiara e sufficientemente particolarizzata della procedura attuata.

L'impossibilità di ricostruire esattamente quanto avvenuto nel corso dell'intervento a causa della difetosa tenuta della cartella clinica da parte dei sanitari avrebbe dovuto portare la Corte a ritenere dimostrata in via presuntiva la colpa degli stessi.

Inoltre la Corte avrebbe omesso di considerare che, secondo il CTU, le caratteristiche della frattura indicherebbero che la stessa era stata conseguenza di una manovra di rotazione con un movimento energico e violento, che il possibile indebolimento dell'osso doveva essere noto ai medici operanti e doveva, pertanto, essere tenuto in considerazione al momento dell'esecuzione della manovra di rotazione dell'osso e che la lesione del nervo sciatico era stato causato dalla stessa fattura.

Il motivo è in parte inammissibile, in parte infondato.

Quanto all'inammissibilità della censura relativa al preteso travisamento, da parte della Corte veneziana, delle conclusioni della consulenza tecnica, si rinvia a quanto osservato in sede di esame del primo motivo di ricorso.

Il motivo risulta per il resto infondato.

Infatti, al fine di configurare il vizio di motivazione su un asserito punto decisivo della controversia, occorre un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza. Di talché, il mancato esame di risultanze processuali costituisce vizio di omesso esame di un punto decisivo solo se queste siano tali da invalidare, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, l'efficacia probatoria delle altre risultanze sulle quali il convincimento è fondato, onde la ratio decidendi venga a trovarsi priva di base.

Nella specie, le circostanze dedotte dalla ricorrente, ovvero la mancanza del registro operatorio e la caratteristica della frattura, non risultano dotate di una simile decisività, a fronte degli ulteriori rilievi effettuati nella CTU e riportati dalla sentenza impugnata circa le condizioni dell'osso della signora S.

D'altra parte, in tema di ricorso per Cassazione, l'omesso esame di un fatto decisivo non può consistere nella difformità dell'apprezzamento dei fatti e delle prove dato dal giudice di merito rispetto a quello preteso dalla parte, spettando solo a detto giudice di individuare le fonti del proprio convincimento, valutare le prove e scegliere, tra le risultanze istruttorie, quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione e dare prevalenza all'uno o all'altro mezzo di prova, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge, in cui un valore legale è assegnato alla prova (Cass. civ. Sez. 2, 04/07/2017, n. 16407).

7. Il quarto motivo del ricorso principale ed il ricorso incidentale vertono entrambi sul capo della sentenza che riconosce alla S. il risarcimento del danno

derivante dalla mancata acquisizione di un valido consenso informato.

Con l'unico motivo del ricorso incidentale, l'Azienda Ospedaliera – Istituti Ospedalieri di (*Omissis*) ora in gestione liquidatoria censura la “violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360 c.p.c., n. 3, ed in particolare degli artt. 1218 e 2697 c.c., in punto di ripartizione degli oneri probatori in materia di responsabilità del medico – consenso informato”.

Il documento contenuto nella cartella clinica della S., sottoscritto dalla paziente e non tempestivamente disconosciuto, costituirebbe prova dell'avvenuto rilascio del consenso informato.

Inoltre, la circostanza che alla signora S. furono date informazioni complete ed adeguate sui rischi dell'intervento si desumerebbe dalle dichiarazioni della paziente riportate dalla CTU (secondo cui la stessa era “convinta della necessità di un intervento”).

Infine, la paziente avrebbe dovuto allegare e dimostrare che la stessa avrebbe rifiutato l'intervento ove fosse stata compiutamente informata. Tale prova, nel caso di specie non sussisterebbe nemmeno in via presuntiva, considerati i sintomi di cui la S. soffriva prima dell'intervento.

Con il quarto motivo di ricorso, la S. denuncia la “violazione e falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360 c.p.c., n. 3, con particolare riferimento agli artt. 1218 c.c. e 1176 c.c. e/o art. 2043 c.c., sotto il profilo del mancato riconoscimento del risarcimento del danno alla salute derivante dalla mancata acquisizione di un valido consenso informato”.

La violazione dell'obbligo di raccogliere il valido consenso informato del paziente inciderebbe sia sul diritto all'autodeterminazione, sia sul diritto alla salute, con conseguente obbligo di risarcimento. Ciò si verificherebbe quando, come nel caso, l'attività terapeutica produca un peggioramento della condizione psico-fisica del paziente, anche in presenza di una condotta medica tecnicamente ineccepibile.

I motivi possono essere esaminati congiuntamente e sono entrambi infondati.

Correttamente la Corte di Appello ha ritenuto che il documento prestampato, in quanto privo di data e non contenente il nome della paziente, non fosse sufficiente a provare l'adempimento, da parte dell'azienda ospedaliera, dell'obbligo di acquisire un valido consenso informato e che una simile prova non potesse desumersi nemmeno dalle generiche dichiarazioni della S. circa il proprio convincimento sulla necessità dell'intervento.

Le argomentazioni sopra riportate sono conformi al consolidato orientamento di questa Corte secondo cui la sottoscrizione di un modulo di “consenso informato” del tutto generico da parte del paziente non è idonea a far presumere che il medico a ciò obbligato abbia comunicato oralmente al paziente tutte le informazioni necessarie che egli era contrattualmente

obbligato a fornire a tal fine (Cass. 12205/2015; Cass. 2177/2016).

Correttamente, inoltre, la Corte territoriale ha escluso la rilevanza ex se della circostanza che la S. non abbia dimostrato come, in presenza di adeguata informazione, ella avrebbe deciso di non sottoporsi all'intervento – non essendo tale circostanza la sola rilevante ai fini della corretta individuazione dell'evento di danno (l'intervento) e delle conseguenze dannose risarcibili ex art. 1223 c.c.

Infatti, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori quando siano configurabili conseguenze pregiudizievoli derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se considerato, del tutto a prescindere dalla lesione incolpevole della salute del paziente.

Tale diritto, distinto da quello alla salute, rappresenta, secondo l'insegnamento della stessa Corte costituzionale (sentenza n. 438 del 2008), una doverosa e inalienabile forma di rispetto per la libertà dell'individuo, nonché uno strumento relazionale volto al perseguimento e alla tutela del suo interesse ad una compiuta informazione, che si sostanzia nella indicazione:

- delle prevedibili conseguenze del trattamento sanitario;
- del possibile verificarsi di un aggravamento delle condizioni di salute;
- dell'eventuale impegnatività, in termini di sofferenze, del percorso riabilitativo post-operatorio.

Ciò è a dirsi nell'ottica della legittima pretesa, per il paziente, di conoscere con la necessaria e ragionevole precisione le stesse conseguenze dell'intervento medico, onde prepararsi ad affrontarle con maggiore e migliore consapevolezza, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in se e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua essenza, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive (Cass. n. 21748/2007; Cass. 23676/2008, in tema di trasfusioni salvavita eseguite al testimone di Geova).

Ad una corretta e compiuta informazione consegue, difatti:

- la facoltà, per il paziente, di scegliere tra le diverse opzioni di trattamento medico;
- la possibilità di acquisire, se del caso, ulteriori pareri di altri sanitari;
- la facoltà di scelta di rivolgersi ad altro sanitario e ad altra struttura, che offrano maggiori e migliori garanzie (in termini percentuali) del risultato sperato, eventualmente anche in relazione alle conseguenze post-operatorie;
- la facoltà di rifiutare l'intervento o la terapia – e di decidere consapevolmente di interromperla.

Viene innanzitutto in rilievo il caso in cui, alla prestazione terapeutica, conseguano pregiudizi che il

paziente avrebbe alternativamente preferito non sopportare nell'ambito di scelte che solo a lui è dato di compiere.

In secondo luogo, viene in rilievo la considerazione del turbamento e della sofferenza che derivi al paziente sottoposto ad atto terapeutico dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate perché non prospettate e, anche per questo, più difficilmente accettate.

Condizione di risarcibilità (in via strettamente equitativa) di tale tipo di danno non patrimoniale è che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. 26972-26975 del 2008, con le quali è stato condivisibilmente affermato che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità, da determinarsi dal giudice nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico.

Diversamente, il paziente che – come la S. – richiama il risarcimento anche del danno da lesione della salute che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia compiuto senza la preventiva informazione circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, deve allegare, sulla base anche di elementi soltanto presuntivi (Cass. 16503/2017) – la cui efficienza dimostrativa seguirà una sorta di ideale scala ascendente, a seconda della gravità delle condizioni di salute e della necessità dell'operazione – che egli avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato (Cass. civ. Sez. 3, Sent., 9-2-2010, n. 2847), allegando ancora che, tra il permanere della situazione patologica in atti e le conseguenze dell'intervento medico, avrebbe scelto la prima situazione, ovvero che, debitamente informato, avrebbe vissuto il periodo successivo all'intervento con migliore e più serena predisposizione ad accettarne le eventuali conseguenze (e le eventuali sofferenze) – predisposizione la cui mancanza andrebbe realisticamente e verosimilmente imputata proprio (e solo) all'assenza di informazione.

Ci si trova, pertanto, in un territorio (e in una dimensione probatoria) che impone al giudice di interrogarsi se il corretto adempimento, da parte del medico, dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato, ovvero avrebbe consentito al paziente la necessaria preparazione e la necessaria predisposizione ad affrontare il periodo post-operatorio nella piena e necessaria consapevolezza del suo dipanarsi nel tempo.

Infatti, se il paziente avesse comunque e consapevolmente acconsentito all'intervento, dichiarandosi disposto a subirlo qual che ne fossero gli esiti e le conseguenze, anche all'esito di una incompleta in-

formazione nei termini poc'anzi indicati sarebbe palese l'insussistenza di nesso di causalità materiale tra la condotta del medico e il danno lamentato, perché quella incolpevole lesione egli avrebbe, in ogni caso, consapevolmente subito, all'esito di un intervento eseguito secondo le *leges artis* da parte del sanitario.

Nella specie, la ricorrente principale, nel lamentare, oltre che la lesione del proprio diritto all'autodeterminazione, anche un colpevole *vulnus* arrecato al proprio diritto alla salute, non risulta, per quanto sinora esposto, aver fornito in alcun modo (se non attraverso le inammissibili critiche mosse alla CTU) una simile prova.

La decisione della Corte territoriale risulta, pertanto, conforme a diritto.

9. Considerata la reciproca soccombenza, sussistono giuste ragioni per compensare le spese processuali del presente giudizio di legittimità.

(*Omissis*)

***Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. Il consenso informato nell'ordinamento giuridico italiano. – 2. L'obbligazione del medico. – 3. Possibili conseguenze pregiudizievoli dell'omessa acquisizione del consenso informato. – 4. L'onere probatorio spettante al paziente. La decisione della Suprema Corte.

Premessa

La responsabilità sanitaria oramai occupa costantemente le aule delle Corti di merito nonché quelle della Suprema Corte di Cassazione la quale, complice anche l'assenza di una specifica normativa di settore antecedente alla Legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco), ha spesso indicato i principi generali a cui i tribunali si sono conformati. Su tale onda la sentenza in esame affronta la tematica della responsabilità della struttura sanitaria e/o dell'esercente la professione sanitaria in ipotesi di mancata acquisizione del consenso informato del paziente, soffermandosi in particolare sull'onere probatorio incombente sul paziente che chiedi il ristoro dei conseguenziali danni.

1. Il consenso informato nell'ordinamento giuridico italiano

Il consenso informato è l'espressione dell'accettazione volontaria o del rifiuto da parte dell'interessato ad un trattamento proposto dal medico. È l'unica manifestazione di volontà che autorizza un qualsiasi atto medico e può essere revocato in qualsiasi momento, costituendo così la base del principio di autodeterminazione del paziente¹. Trattasi di obbligo che attiene

¹ Corte app. Milano, sez. I, 19 agosto 2011.

all'informazione circa le prevedibili conseguenze del trattamento cui il paziente viene sottoposto, e in particolare al possibile verificarsi, in conseguenza dell'esecuzione del trattamento stesso, di un aggravamento delle condizioni di salute del paziente, al fine di porre quest'ultimo in condizione di consapevolmente acconsentire al trattamento sanitario prospettatogli².

In Italia mancava una legislazione specifica sul consenso informato, tuttavia tale istituto era stato accolto nell'ordinamento giuridico italiano con riferimento all'art. 13 della Costituzione, che riconosce l'inviolabilità della libertà personale (intesa anche come libertà fisica e morale), nonché all'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, fissando il principio secondo cui «nessuno può essere sottoposto a un trattamento sanitario contro la sua volontà, se tale trattamento non è previsto come obbligatorio per disposizione di legge».

Il Codice italiano di deontologia medica, poi, riconobbe nel 1989 come doveri del medico quello di informare il paziente e quello di ottenere il consenso all'atto medico. L'art. 33 del Codice nella sua attuale formulazione recita così «Il medico deve fornire al paziente la più idonea informazione sulla diagnosi, sulla prognosi, sulle prospettive e le eventuali alternative diagnostico-terapeutiche e sulle prevedibili conseguenze delle scelte operate. Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche. Ogni ulteriore richiesta di informazione da parte del paziente deve essere soddisfatta...*omissis*...» ed ancora l'art. 35 così recita «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente.».

Tale vuoto del nostro ordinamento giuridico sembra aver trovato soluzione col disegno di legge, n° S. 2801 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento), approvato in via definitiva dal Senato della Repubblica in data 14 dicembre 2017 ed in attesa di pubblicazione. Tale legge (denominata impropriamente dai media legge sul biotestamento) ha normato per la prima volta l'istituto del consenso informato ed il diritto all'autodeterminazione del paziente sancendo espressamente all'art. 1 che «nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge». Al comma 3, viene poi precisato che «ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti

sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi».

Quanto poi alle modalità ed ai caratteri del consenso alla prestazione medica, detta normativa ha in parte espresso quanto ribadito più volte dalla Suprema Corte sulla necessità che esso sia specifico, esplicito nonché reale ed effettivo. Non è mai consentito il consenso orale³ né presunto per *facta concludentia* ovvero ritenere che il paziente in quel dato contesto situazionale avrebbe sicuramente prestato il consenso se gli fosse stato richiesto⁴. Detti principi di origine giurisprudenziale sono stati poi tradotti nel comma 4 dell'art. 1 il quale recita «4. Il consenso informato, acquisito nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente, è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare. Il consenso informato, in qualunque forma espresso, è inserito nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico».

Il Legislatore, tuttavia, ha anche inserito alcune novità discostandosi parzialmente dalla giurisprudenza. Se difatti per gl'Ermellini il consenso all'intervento deve essere sempre personale (salvo i casi di incapacità di intendere e volere del paziente)⁵, la nuova normativa prevede all'art. 1 comma 3 la possibilità per il paziente di indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece.

2. L'inadempimento del medico e conseguente responsabilità

In virtù di quanto precisato al punto precedente si può dunque affermare che il consenso informato costituisce, ora anche dal punto di vista normativo, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario. Senza il consenso informato, l'intervento del medico è – al di fuori dei casi di trattamento sanitario per legge obbligatorio o in cui ricorra uno stato di necessità – sicuramente illecito, anche quando sia nell'interesse del paziente.

Come più volte ribadito dalla Corte di Cassazione e come recepito anche dalla recente normativa, il sanitario ha l'obbligo di fornire al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire. Il medico, inoltre, deve illustrare le modalità con le quali verrà eseguito il trattamento ed eventuali conseguenze, sia pure infrequenti, col solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali (al limite del fortuito), che non assumono rilievo secondo l'*id quod*

³ Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2015, n. 19212.

⁴ Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984.

⁵ Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

² Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444.

plerumque accidit in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento e l'evento lesivo⁶.

Il consenso informato deve, inoltre, basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative. A tal scopo non è idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone⁷.

Nel caso in cui vengano disattesi i suddetti obblighi, se cioè il trattamento sanitario venga effettuato senza aver preventivamente acquisito il consenso informato ed esplicito del soggetto interessato ovvero se non sono rispettati i modi ed i termini imposti dalla giurisprudenza prima ed ora anche dal legislatore, la struttura sanitaria ovvero l'esercente la professione sanitaria, ognuno per il proprio titolo, potranno essere dichiarati responsabili dei danni subiti dal paziente.

3. Possibili conseguenze pregiudizievoli dell'omessa acquisizione del consenso informato

Il diritto al consenso informato, in quanto diritto irretrattabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario. Secondo costante giurisprudenza, la mancanza della richiesta del consenso informato per la esecuzione di un intervento chirurgico costituisce inosservanza del diritto inviolabile dell'uomo a vedere tutelato il suo diritto alla salute con dignità propria dell'essere persona, anche in presenza di un atto terapeutico necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, dal quale però siano derivate conseguenze dannose. Pertanto, qualora tale intervento non sia stato preceduto da adeguata informazione, l'inadempimento dell'obbligo informativo assume una valenza causale sui danni subiti dal paziente⁸.

Tuttavia, se da un lato la giurisprudenza è stata pressoché costante nel riconoscere la risarcibilità dei peggioramenti allo stato di salute conseguenti ad un intervento "illegittimo" (anche se correttamente eseguita), al contrario maggiori perplessità ha suscitato il dibattito sull'esistenza di un autonomo danno da "omessa informazione", slegato dal danno alla salute. In particolare ci si è chiesti se la lesione del diritto all'autodeterminazione possa dar luogo ad un danno di per sé risarcibile.

La più recente giurisprudenza della Corte di Cas-

azione ha chiarito che, la lesione del diritto ad esprimere il c.d. consenso informato da parte del medico, si verifica per il sol fatto che egli compia, sulla persona del paziente, atti medici senza avere acquisito il suo consenso. La Cassazione ha altresì confermato che il c.d. danno evento cagionato da tale condotta è rappresentato dallo stesso estrinsecarsi dell'intervento sulla persona del paziente senza la previa acquisizione del consenso risultando, dunque, dalla tenuta di una condotta omissiva seguita da una condotta commissiva del sanitario. Di contro il danno conseguenza, quello rilevante ai fini risarcitori ex art. 1223 c.c., è rappresentato dalla perdita, da parte del paziente, di una libera scelta. Difatti l'informazione sull'atto medico da eseguirsi e sulle sue conseguenze, una volta data al paziente, avrebbe posto costui nella condizione di decidere se autorizzare o non autorizzare il medico all'esecuzione dell'intervento proposto. Pertanto, poiché siccome tra i contenuti possibili che l'esercizio di tale potere di determinazione può assumere vi può essere, sia la scelta di restare nelle condizioni che secondo il medico imporrebbero l'intervento (anche se pregiudizievoli), sia la scelta di riflettere e di determinarsi successivamente ovvero quella di rivolgersi altrove (cioè ad altro medico), è evidente che l'omissione dell'informazione seguita dall'esecuzione dell'atto medico integra un danno conseguenza rappresentato dalla preclusione della possibilità di esercitare tutte tali opzioni⁹.

In definitiva, in caso di trattamento non preceduto dal consenso informato, il paziente può richiedere sia i danni subiti per la lesione del proprio diritto all'autodeterminazione (diritto autonomo e diverso rispetto all'integrità psico-fisica), sia i danni subiti per il peggioramento del proprio stato di salute, anche in ipotesi di intervento correttamente eseguito e di complicanze imprevedibili, essendo stato il trattamento effettuato illegittimamente.

4. L'onere probatorio spettante al paziente. La decisione della Suprema Corte

Chiarite quali possono essere le conseguenze giuridicamente rilevanti della mancata acquisizione del consenso informato e quali diritti possono essere fatti valere in giudizio, l'attenzione va infine rivolta all'onere probatorio spettante al paziente/attore, ed è su tale punto che riveste interesse la sentenza in esame. Difatti gl'Ermellini, in un'opera di richiamo e sintesi di principi già espressi con precedenti pronunce, hanno innanzitutto precisato che, qualora il paziente chieda il ristoro per la mera lesione del proprio diritto all'autodeterminazione, è sufficiente che il danneggiato alleghi l'inadempimento del debitore, atteso anche l'autonomo rilievo assunto nel rapporto contrattuale dall'inadempimento dell'obbligo di informazione. Si

⁶ Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751.

⁷ Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20984; Cass. civ., Sez. III, 04 febbraio 2016, n. 2177.

⁸ Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543.

⁹ Cass. civ., sez. III, 12 giugno 2015, n. 12205; Cass. civ., sez. III, 20 maggio 2016, n. 10414.

prescinde pertanto dalla correttezza o meno del trattamento sanitario eseguito o dalla prova che il danneggiato avrebbe rifiutato l'intervento se adeguatamente informato¹⁰. Nello specifico così si esprime la Corte «Correttamente, inoltre, la Corte territoriale ha escluso la rilevanza ex se della circostanza che la S. non abbia dimostrato come, in presenza di adeguata informazione, ella avrebbe deciso di non sottoporsi all'intervento – non essendo tale circostanza la sola rilevante ai fini della corretta individuazione dell'evento di danno (l'intervento) e delle conseguenze dannose risarcibili ex art. 1223 c.c. Infatti, la mancanza di consenso può assumere rilievo a fini risarcitori quando siano configurabili conseguenze pregiudizievoli derivate dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se considerato, del tutto a prescindere dalla lesione incolpevole della salute del paziente».

La Suprema Corte poi continua precisando che, diversamente da quanto sopra ed in riferimento all'ipotesi in cui si pretenda anche il risarcimento del danno alla integrità psico-fisica (peggioramento del quadro clinico) derivato da atto terapeutico, pur se necessario e correttamente eseguito in base alle regole dell'arte, allora si impone anche la verifica sulla rilevanza causale dell'inadempimento dell'obbligo informativo rispetto al predetto danno. In altre parole, solo in tal caso grava sullo stesso paziente l'onere di provare (anche in via presuntiva) che, ove compiutamente informato, egli avrebbe verosimilmente rifiutato l'intervento¹¹. I Giudici di legittimità, pertanto, così concludono «Diversamente, il paziente che – come la S. – richieda il risarcimento anche del danno da lesione della salute che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia compiuto senza la preventiva informazione circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, deve allegare, sulla base anche di elementi soltanto presuntivi (Cass. 16503/2017) - Omissis - che egli avrebbe rifiutato quel determinato intervento se fosse stato adeguatamente informato», ed ancora «Ci si trova, pertanto, in un territorio (e in una dimensione probatoria) che impone al giudice di interrogarsi se il corretto adempimento, da parte del medico, dei suoi doveri informativi avrebbe prodotto l'effetto della non esecuzione dell'intervento chirurgico dal quale, senza colpa di alcuno, lo stato patologico è poi derivato, ovvero avrebbe consentito al paziente la necessaria preparazione e la necessaria predisposizione ad affrontare il periodo post-operatorio nella piena e necessaria consapevolezza del suo dipanarsi nel tempo».

¹⁰ cfr. Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2015, n. 14642.

¹¹ cfr. Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177.

Ugo Maria Chirico
Patrocinante in Cassazione

Il domicilio digitale soppianta la notifica in cancelleria.

Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 14 dicembre 2017, n. 30139

abstract

For the Court of Cassation if the lawyer's PEC works, the notification in the registry is void.

keywords

Notifications – Digital home – Notification in stationery.

abstract

Per la Corte di Cassazione è nulla la notifica in cancelleria se funziona la PEC dell'avvocato.

parole chiave

Notificazioni – Domicilio digitale – Notifica in cancelleria.

Processo civile – Notificazioni – Domicilio Digitale – Notifica In Cancelleria – Limiti

La notifica in cancelleria è nulla se l'avvocato ha una PEC funzionante, su cui ricevere le notifiche, comunicata all'Ordine di appartenenza.

Cass., sez. VI, 14 dicembre 2017, n. 30139

Pres. Amendola, Rel. Vincenti

(Omissis)

Svolgimento del processo

Ritenuto che, con ricorso affidato ad un unico motivo, la *(Omissis)* S.p.A. ha impugnato la sentenza del Tribunale di Torre Annunziata, in data 24 maggio 2016, che, in accoglimento del gravame interposto da D.F.V. avverso la sentenza del 12 marzo 2015 del Giudice di pace di Torre Annunziata, ne accoglieva la domanda di risarcimento dei danni subiti a seguito di sinistro stradale, del quale veniva dichiarata responsabile L.M.S., proprietaria di autoveicolo assicurato presso l'anzidetta *(Omissis)*;

che resiste con controricorso D.F.V., mentre non ha svolto attività difensiva l'intimata L.M.S.;

che la proposta del relatore, ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., è stata comunicata ai difensori delle parti,

unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza in camera di consiglio, in prossimità della quale il controricorrente ha depositato memoria;

che il Collegio ha deliberato di adottare una motivazione semplificata.

Motivi della decisione

Considerato che, con l'unico motivo è denunciata violazione e/o falsa applicazione del D.L. 25 giugno 2014, n. 90, art. 52, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, in riferimento alla L. n. 183 del 2011, art. 25, e all'art. 141 c.p.c., per aver il Tribunale erroneamente ritenuto valida la notificazione dell'atto di appello ad essa *(Omissis)*, avvenuta ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934, presso la cancelleria del Giudice di pace di Torre Annunziata per essere il relativo difensore domiciliatario patrocinante extra districtum, e non presso l'indirizzo PEC di detto difensore o quello della stessa società, risultanti, rispettivamente, dal ReGIndE e dall'INI PEC, come imposto in forza del citato art. 52;

che il motivo è manifestamente fondato;

che a tal fine occorre osservare che l'art. 16 sexies (rubricato "Domicilio digitale") del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, come introdotto dal D.L. 25 giugno 2014, n. 90, art. 52, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, prevede testualmente: «Salvo quanto previsto dall'art. 366 c.p.c., quando la legge prevede che le notificazioni degli atti in materia civile al difensore siano eseguite, ad istanza di parte, presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario, alla notificazione con le predette modalità può procedersi esclusivamente quando non sia possibile, per causa imputabile al destinatario, la notificazione presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, risultante dagli elenchi di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 6-bis, nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal ministero della giustizia»;

che tale norma, dunque, nell'ambito della giurisdizione civile (e fatto salvo quanto disposto dall'art.

366 c.p.c., per il giudizio di cassazione), impone alle parti la notificazione dei propri atti presso l'indirizzo PEC risultante dagli elenchi INI PEC di cui al D.Lgs. n. 82 del 2005, art. 6-bis, (codice dell'amministrazione digitale) ovvero presso il ReGIndE, di cui al D.M. n. 44 del 2011, gestito dal Ministero della giustizia, escludendo che tale notificazione possa avvenire presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario, salvo nei casi di impossibilità a procedersi a mezzo PEC, per causa da addebitarsi al destinatario della notificazione;

che, in tal senso, la prescrizione dell'art. 16 sexies, prescinde dalla stessa indicazione dell'indirizzo di posta elettronica ad opera del difensore, trovando applicazione direttamente in forza dell'indicazione normativa degli elenchi/registri da cui è dato attingere l'indirizzo PEC del difensore, stante l'obbligo in capo ad esso di comunicarlo al proprio ordine e dell'ordine di inserirlo sia nel registro INI PEC, che nel ReGIndE;

che, pertanto, la norma in esame non solo depone la portata dell'elezione di domicilio fisico, la cui eventuale inefficacia (ad es., per mutamento di indirizzo non comunicato) non consentirà, pertanto, la notificazione dell'atto in cancelleria, ma pur sempre e necessariamente alla PEC del difensore domiciliatario (salvo l'impossibilità per causa al medesimo imputabile), ma, al contempo, svuota di efficacia prescrittiva anche il R.D. n. 37 del 1934, art. 82, posto che, stante l'obbligo di notificazione tramite PEC presso gli elenchi/registri normativamente indicati, potrà avere un rilievo unicamente in caso, per l'appunto, di mancata notificazione via PEC per causa imputabile al destinatario della stessa, quale localizzazione dell'ufficio giudiziario presso il quale operare la notificazione in cancelleria;

che a siffatta interpretazione non ostano i precedenti richiamati dal controricorrente (Cass. n. 14969/2015 e Cass. n. 22892/2015, al quale va aggiunto il più recente Cass. n. 15147/2017, indicato, unitamente a Cass. n. 25215/2014, con la memoria, le cui argomentazioni, pertanto, non colgono nel segno), che, in tutti i casi considerati (peraltro, Cass. n. 14969/2015 riguarda soltanto il giudizio di cassazione), non fanno applicazione dell'art. 16-sexies, citato, ma dell'assetto normativo antecedente alla sua introduzione, là dove, poi, Cass. n. 15147/2017 ha cura di precisare proprio l'inapplicabilità al proprio giudizio della norma introdotta nel 2014;

che, del resto, l'impianto argomentativo anzidetto è a conferma del principio recentemente enunciato da Cass. n. 17048/2017, secondo cui: "In materia di notificazioni al difensore, a seguito dell'introduzione del "domicilio digitale", corrispondente all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'ordine di appartenenza, previsto dal D.L. n. 179 del 2012, art. 16-sexies, (conv., con modif., dalla L. n. 221 del 2012), come modificato dal D.L. n. 90 del 2014 (conv., con modif., dalla L. n. 114 del 2014),

non è più possibile procedere – ai sensi del R.D. n. 37 del 1934, art. 82, – alle comunicazioni o alle notificazioni presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario innanzi al quale pende la lite, anche se il destinatario ha ommesso di eleggere il domicilio nel comune in cui ha sede quest'ultimo, a meno che, oltre a tale omissione, non ricorra altresì la circostanza che l'indirizzo di posta elettronica certificata non sia accessibile per cause imputabili al destinatario";

che, dunque, essendo il D.L. n. 179 del 2012, art. 16-sexies, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 221 del 2012, come introdotto dal D.L. n. 90 del 2014, art. 52, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 114 del 2014, entrato in vigore il 19 agosto 2014 e trovando esso immediata efficacia nei giudizi in corso per gli atti compiuti successivamente alla sua vigenza, in applicazione del principio (non derogato dalla stessa legge n. 114 del 2014 attraverso l'indicazione di una diversa specifica decorrenza della citata norma processuale) del tempus regit actum (tra le tante, Cass. n. 17570/2013, Cass. n. 5925/2016, Cass. n. 1635/2017), la notificazione dell'appello alla (*Omissis*) S.p.A., costituitasi nel giudizio di primo grado, proposto da D.F.V. avverso la sentenza del Giudice di pace di Torre Annunziata del 12 marzo 2015, avrebbe dovuto essere effettuata presso l'indirizzo PEC del difensore della stessa (*Omissis*) risultante dagli elenchi/registri indicati dallo art. 16-sexies e, soltanto ove impossibile per causa imputabile a detto difensore, allora presso la cancelleria del Giudice pace adito;

che ne consegue che la notificazione dell'appello effettuata direttamente (ed esclusivamente) presso la cancelleria del Giudice di pace di Torre Annunziata è affetta da nullità, ma non già da inesistenza, essendo quest'ultima configurabile, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto quale notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale, tra cui, in particolare, i vizi relativi all'individuazione del luogo di esecuzione, nella categoria della nullità (cfr. Cass., S.U., n. 14916/2016 e Cass. n. 21865/2016);

che il ricorso va, dunque, accolto e la sentenza impugnata cassata con rinvio della causa al Tribunale di Torre Annunziata, quale giudice di appello, perché, in applicazione dei principi innanzi enunciati, provveda alla rinnovazione della notificazione del gravame nei confronti della (*Omissis*) S.p.A. e di L.M.S., litisconsorte necessario in quanto proprietario dell'autovettura assicurata presso la stessa compagnia (*Omissis*) (e, dunque, responsabile civile anche ai sensi del vigente art. 144 cod. ass.: tra le altre, Cass. n. 9112/2014, Cass. n. 25421/2014 e Cass. n. 23706/2016), oltre che alla regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

PQM

(Omissis)

***Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** Art. 52 del d.l. n. 90 del 25 giugno 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114 dell'11 agosto 2014, in riferimento all'art. 25 della legge n. 183 del 2011 e all'art. 141 cpc. – **2.** La notifica in cancelleria ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934. – **3.** La decisione.

Premessa

Con l'annotato provvedimento la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi della notifica effettuata presso la cancelleria laddove l'avvocato domiciliatario non abbia eletto domicilio nel comune ove ha sede l'ufficio giudiziario innanzi al quale pende la lite.

1. Art. 52 del d.l. n. 90 del 25 giugno 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114 dell'11 agosto 2014, in riferimento all'art. 25 della legge n. 183 del 2011 e all'art. 141 cpc. il domicilio digitale

Il domicilio digitale è un indirizzo di posta elettronica sicuro attraverso il quale i cittadini possono ricevere le comunicazioni ufficiali della pubblica amministrazione.

Il Decreto Legge n. 90 "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 24 giugno 2014, ha apportato significative modifiche alla normativa del processo civile telematico.

Già nel 2010 si era cercato di semplificare il rapporto tra la pubblica amministrazione e i cittadini, con la creazione della Cec-Pac, ovvero la posta elettronica certificata gratuita per le comunicazioni tra cittadini e PA. Con il D.L. n. 90 del 2014, il Governo ha provato a rendere più semplice e immediata la comunicazione tra la Pubblica Amministrazione e il cittadino, istituendo il domicilio digitale. Il cittadino può avere un domicilio digitale che deve comunicare alla Pubblica Amministrazione tramite SPID o la Carta Nazionale dei Servizi, completamente gratuito.

Chi, come gli avvocati, ha già a disposizione un indirizzo di Posta Elettronica Certificata, avrà il proprio domicilio digitale per il solo fatto di averlo comunicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza.

A seguito dell'introduzione del domicilio digitale (D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, art. 16-*sexies*, modificato dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114), non è più possibile procedere alle comunicazioni e alle notificazioni presso la cancelleria.

In particolare l'art. 52 del decreto legge ha aggiunto l'art. 16-*sexies* al D.L. n. 179/12, il quale dispone che: «salvo quanto previsto dall'articolo 366 del codice di procedura civile, quando la legge prevede che le notificazioni degli atti in materia civile al difensore siano eseguite, ad istanza di parte, presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario, alla notificazione con le predette modalità può procedersi esclusivamente quando non sia possibile, per causa imputabile al destinatario, la notificazione presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, risultante dagli elenchi di cui all'articolo 6-*bis* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal ministero della giustizia (INIPEC e REGINDE)».

Le uniche eccezioni sono rappresentate dai casi in cui il legale non abbia eletto domicilio nel Comune in cui ha sede l'ufficio procedente e abbia un indirizzo di posta elettronica certificata non funzionante per cause a lui imputabili.

2. La notifica in cancelleria ai sensi dell'art. 82 del r.d. n. 37 del 1934

In assenza della norma sul "domicilio digitale", seppur ricorrerebbero le condizioni in forza delle quali la ricorrente avrebbe dovuto considerarsi domiciliata *ex lege* in cancelleria, non può non considerarsi che l'articolo 82, comma 2, del Regio Decreto n. 37 del 1934, deve raccordarsi con la disciplina del domicilio telematico e delle notificazioni a mezzo PEC.

E alla luce delle recenti innovazioni legislative, attualmente ogni avvocato è munito di un proprio domicilio digitale, conoscibile dai terzi attraverso INI-PEC. Esso corrisponde con l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al Consiglio dell'ordine di appartenenza e, da questo, al Ministero della giustizia.

Di conseguenza, può pacificamente concludersi che l'ambito applicativo dell'articolo 82 r.d. n. 37 del 1934 è oggi notevolmente ridimensionato e che, la domiciliazione *ex lege* in cancelleria, è ora limitata ai soli casi in cui le comunicazioni o le notificazioni della cancelleria o delle parti private non possano farsi presso il domicilio telematico per causa imputabile al destinatario.

Nel caso in cui l'indirizzo PEC sia disponibile, l'elezione di un domicilio fisico nel Comune in cui ha sede l'ufficio giudiziario incaricato della causa diviene irrilevante e, quindi, le notificazioni o le comunicazioni presso la cancelleria sono nulle poiché in contrasto con il disposto normativo.

In via residuale il R.D. n. 37 del 1934, art. 82 conserva un margine applicativo: qualora l'uso della PEC sia impossibile per causa non imputabile al destinatario. In tale ipotesi, le comunicazioni della cancelleria e le notificazioni degli atti dovranno essere effettuate nelle forme ordinarie, ai sensi degli artt. 136 ss. c.p.c. Solamente in tale eventualità assume rilievo – ai fini

del R.D. n. 37 del 1934, art. 82 cit., comma 2, – l'omessa elezione del domicilio nel comune in cui ha sede l'ufficio giudiziario.

3. La decisione

Nel caso in esame è stata sottoposta al giudizio di legittimità una sentenza del Tribunale di Torre Annunziata, la quale aveva accolto un appello ad una precedente sentenza del Giudice di Pace di Torre Annunziata, introdotto con atto notificato alla controparte presso la cancelleria, in assenza di specifica domiciliatura nel comune ove situato l'ufficio giudiziario.

La ricorrente lamentava l'erronea valutazione di validità della notifica effettuata presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario e non presso l'indirizzo PEC, in quanto il difensore non aveva provveduto all'elezione di domicilio presso il comune in cui si trovava l'ufficio giudiziario competente.

La decisione della Corte ha evidenziato che non rileva tanto l'elezione di domicilio, quanto la possibilità o meno di procedere alla notifica mediante PEC: è invero possibile effettuare la notifica presso la cancelleria solamente nell'ipotesi in cui la notifica al domicilio digitale non vada a buon fine per cause imputabili al destinatario della comunicazione.

La Corte di Cassazione ha dunque ritenuto manifestamente infondato il motivo del ricorso, evidenziando che:

1. l'art. 16-*sexies* (rubricato "Domicilio digitale") del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, come introdotto dal D.L. 25 giugno 2014, n. 90, art. 52, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, prevede testualmente: «Salvo quanto previsto dall'art. 366 c.p.c., quando la legge prevede che le notificazioni degli atti in materia civile al difensore siano eseguite, ad istanza di parte, presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario, alla notificazione con le predette modalità può procedersi esclusivamente quando non sia possibile, per causa imputabile al destinatario, la notificazione presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, risultante dagli elenchi di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, art. 6-*bis*, nonché dal registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal ministero della giustizia»;
2. pertanto, nell'ambito della giurisdizione civile (e fatto salvo quanto disposto dall'art. 366 c.p.c., per il giudizio di cassazione il quale prevede testualmente «Se il ricorrente non ha eletto domicilio in Roma ovvero non ha indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine, le notificazioni gli sono fatte presso la cancelleria della Corte di cassazione», le parti devono procedere alla notificazione dei propri atti presso l'indirizzo PEC risultante dagli elenchi INI PEC di cui al D.Lgs. n. 82 del 2005, art. 6-*bis*, (codice

dell'amministrazione digitale) ovvero presso il ReGIndE, di cui al D.M. n. 44 del 2011, gestito dal Ministero della giustizia. La notifica presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario è esclusa, salvo nei casi di impossibilità a procedersi a mezzo PEC, per causa da addebitarsi al destinatario della notificazione;

3. quanto previsto dall'art.16-*sexies* del D.L. 18 ottobre 2012 n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221, trova direttamente applicazione in forza dell'indicazione normativa degli elenchi/registri da cui è dato attingere l'indirizzo PEC del difensore, stante l'obbligo in capo ad esso di comunicarlo al proprio ordine e dell'ordine di inserirlo sia nel registro INI PEC, che nel ReGIndE, prescindendo dalla stessa indicazione dell'indirizzo di posta elettronica ad opera del difensore, trovando applicazione direttamente in forza dell'indicazione normativa degli elenchi/registri da cui è dato attingere l'indirizzo PEC del difensore;
4. di conseguenza, la suddetta disposizione non solo depotenzia la portata dell'elezione di domicilio fisico, la cui eventuale inefficacia (ad es., per mutamento di indirizzo non comunicato) non consentirà, pertanto, la notificazione dell'atto in cancelleria, ma pur sempre e necessariamente alla PEC del difensore domiciliatario (salvo l'impossibilità per causa al medesimo imputabile), ma, al contempo, svuota di efficacia prescrittiva anche il R.D. n. 37 del 1934, art. 82, posto che, stante l'obbligo di notificazione tramite PEC presso gli elenchi/registri normativamente indicati, potrà avere un rilievo unicamente in caso, per l'appunto, di mancata notificazione via PEC per causa imputabile al destinatario della stessa, quale localizzazione dell'ufficio giudiziario presso il quale operare la notificazione in cancelleria.

Nel caso esaminato dai Giudici di legittimità, poiché l'appello era stato notificato direttamente (ed esclusivamente) presso la cancelleria del Giudice di Pace, secondo i giudici di legittimità, la notifica deve ritenersi nulla e non inesistente, essendo quest'ultima configurabile, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto quale notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale, tra cui, in particolare, i vizi relativi all'individuazione del luogo di esecuzione, nella categoria della nullità (cfr. Cass., S.U., n. 20 luglio 2016, n.14916 e Cass., 28 ottobre 2016, n. 21865).

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

Sull'indennità risarcitoria per licenziamento effettuato su contestazione tardiva.

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 dicembre 2017, n. 30985

abstract

The dismissal of a worker carried out following a delayed disputation of the debit, does not constitute a condition for reinstatement protection, if it does not fall within the specific cases envisaged. However, this hypothesis does not exclude the application of strong indemnity protection, pursuant to Art. 18 of the Workers' Statute, as it constitutes an obstacle to the defense of the worker, a weak subject in the contract.

keywords

Employment relationship – Dismissal – Disciplinary.

abstract

Il licenziamento di un lavoratore effettuato in seguito ad una contestazione in ritardo dell'addebito, non costituisce un presupposto della tutela reintegratoria, se non rientra nelle fattispecie specifiche previste. Tuttavia, tale ipotesi non esclude l'applicazione della tutela indennitaria forte, ai sensi dell'art 18 dello Statuto dei Lavoratori, in quanto costituisce un pregiudizio alla difesa del lavoratore, parte debole del contratto.

parole chiave

Rapporto di lavoro subordinato – Licenziamento – Disciplinare.

La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente ad un ritardo notevole ed ingiustificato della contestazione disciplinare, ricadente ratione temporis nella disciplina dell'art. 18 st.lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dal quinto comma dello stesso art. 18 st.lav.

Corte di Cassazione, sez. unite, sentenza 27 dicembre 2017, n. 30985

Pres. Canzio - est. Berrino

(Omissis)

Fatto

Fatti di causa

C.B. ricorse al giudice del lavoro del Tribunale di Arezzo per ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento per giusta causa intimatogli dalla Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., oltre che la reintegra nel posto di lavoro, il tutto sulla base del rilievo che la contestazione dell'addebito gli era stata tardivamente formulata a distanza di circa due anni dall'avvenuta cognizione, da parte della datrice di lavoro, dei fatti di rilevanza disciplinare.

La domanda, introdotta in base al rito di cui alla L. n. 92 del 2012 (legge "Fornero"), fu accolta in fase sommaria, mentre venne rigettata dal giudice dell'opposizione, il quale mantenne, tuttavia, ferma la declaratoria di illegittimità del licenziamento, limitandosi ad applicare la tutela indennitaria cosiddetta "debole" di cui all'art. 18, comma 6 Statuto dei lavoratori.

Tale statuizione venne poi riformata in sede di gravame dalla Corte d'appello di Firenze (sentenza del 6.7.2015), che dispose la reintegra del ricorrente nel posto di lavoro ritenendo che il licenziamento era da considerare nullo per la mancanza della contestazione immediata, posto che l'inerzia di durata ragguardevole era significativa della rinuncia della parte datoriale e comportava l'estinzione del diritto potestativo di recesso.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze ha proposto ricorso per cassazione la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. con quattro motivi deducendo, tra l'altro e per quel che qui interessa, la violazione degli artt. 7 e 18, comma 6, dello Statuto dei lavoratori, e lamentando l'erroneità dell'applicazione della tutela reintegratoria in luogo di quella indennitaria debole (L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 6) o al più in luogo di quella indennitaria forte (art. 18, comma 5, della citata legge).

Ha resistito con controricorso il lavoratore, il quale ha proposto a sua volta ricorso incidentale condizionato, affidato a tre motivi, al cui accoglimento si è opposta la Banca.

Con ordinanza n. 10159 del 21.4.2017 la Sezione Lavoro di questa Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, avendo rilevato come questione di massima importanza quella concernente l'individuazione della tutela applicabile in caso di tardività della contestazione disciplinare per fatti ricadenti nella previsione della L. n. 300 del 1970, art. 18 nel testo vigente a seguito dell'introduzione della L. n. 91 del 2012, art. 1, comma 42 stante la non univocità del quadro giurisprudenziale al riguardo. In tale ordinanza si è, infatti, posto in evidenza che si registrano al riguardo due diversi orientamenti: uno che nega il carattere sostanziale al vizio della intempestiva contestazione disciplinare, con conseguente applicazione della tutela indennitaria, e un altro che reputa, invece, l'immediatezza della contestazione alla stregua di un elemento costitutivo del licenziamento, la cui mancanza consente l'applicazione della tutela reintegratoria, anche nella vigenza del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

Il Procuratore Generale ha concluso per il rigetto del ricorso.

Diritto

Ragioni della decisione

Va premesso che il ricorso della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. è articolato su quattro motivi, dei quali solo il terzo inerisce in modo specifico alla questione devoluta all'esame delle Sezioni Unite di questa Corte.

1. Con tale motivo si sostiene la violazione o falsa applicazione della L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 6, in relazione all'art. 12 disp. gen. ed ai principi in materia di rapporti tra la disciplina di legge generale e quella della legge speciale, oltre che della L. n. 300 del 1970, art. 7 in relazione agli artt. 1175 e 1375 c.c. nonché agli artt. 1324, 1325 e 1418 c.c..

Osserva la ricorrente che nell'impugnata sentenza risultano violati i principi in materia di rapporti tra legge generale e legge speciale e di interpretazione della legge, laddove si sostiene che l'ipotesi oggetto di causa si porrebbe prima e al di fuori della casistica della L. n. 300 del 1970, art. 18 poiché, pur sussistendo il fatto e gli estremi della giusta causa, sarebbe tuttavia venuto meno il diritto di recesso datoriale in conseguenza di un fatto negoziale di natura abdicativa, rappresentato dal trascorrere del tempo utile per esercitare il relativo potere, unitamente a comportamenti concludenti della stessa datrice di lavoro che aveva adibito il dipendente C.B. a mansioni di rilevante fiducia pur dopo la scoperta dei fatti oggetto di addebito disciplinare. Si

obietta sul punto che la disciplina di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18 come novellato all'indomani della L. n. 92 del 2012, si incarica di individuare in maniera analitica ed esaustiva tutti i possibili vizi del recesso datoriale ed i conseguenti rimedi spettanti al lavoratore, per cui rimane preclusa all'interprete la possibilità di sostenere che un'ipotesi di nullità o illegittimità del recesso datoriale debba invece trovare disciplina fuori dalla L. n. 300 del 1970, art. 18.

2. Non condivisibile, prosegue la ricorrente, è poi l'affermazione della Corte d'appello di Firenze secondo cui la tardiva contestazione, come quella in oggetto, non sia sempre suscettibile di integrare un vizio procedimentale del recesso. Invero, la semplice lettura della L. n. 300 del 1970, art. 7 rende evidente, per la difesa della Banca, che è proprio questa disposizione a regolamentare il procedimento che, dalla contestazione disciplinare, conduce all'irrogazione del licenziamento, con la conseguenza che il ritardo nell'espletamento di questa procedura costituisce un vizio della stessa e trova la propria regolamentazione all'interno del nuovo art. 18, comma 6 che, in caso di accertata violazione a carattere procedurale, prevede la risoluzione del rapporto di lavoro con riconoscimento al dipendente di una mera indennità risarcitoria determinata, in relazione alla gravità della violazione procedurale, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Quindi, considerato che non può esservi alcun dubbio sul fatto che l'intempestività della contestazione si configuri come vizio procedimentale, secondo la ricorrente si perviene ad una conclusione analoga anche alla luce delle norme di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., quali referenti normativi della regola di tempestività della contestazione. Anche tale disposizione sancisce regole di condotta e, dunque, di procedura, con la conseguenza che la loro ipotetica violazione resta ascritta al genus delle violazioni procedimentali suscettibili della sola tutela indennitaria di cui al citato L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 6. Regole di condotta la cui trasgressione non può mai condurre, secondo il presente assunto difensivo, all'invalidazione di un atto, ma solo al risarcimento del danno.

3. Inoltre, secondo la ricorrente, la tesi della nullità del licenziamento, così come sostenuta nella sentenza impugnata, si espone a critica sotto un ulteriore profilo, in quanto non ricorre nella specie alcuna delle ipotesi integranti un vizio di nullità alla luce degli artt. 1418 e 1325 c.c. (difetto strutturale della fattispecie, contrarietà a norma imperativa, esistenza di un interesse illecito), applicabili ex art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali tra vivi con contenuto patrimoniale. Erronea è ancora, secondo la ricorrente, la sentenza d'appello nel punto in cui si ritiene che l'inerzia della datrice di lavoro, accompagnata dal comportamento concludente – consistente nell'aver adibito Cimino a mansioni di rilevante fiducia – possa integrare un fatto

negoziale di rinuncia al diritto di recesso e dare luogo alla nullità di quest'ultimo. Inoltre, si ritiene non essere conferente il richiamo al precedente n. 9929/2004 della Suprema Corte che fa riferimento all'esigenza di tutela dell'affidamento creatosi nel lavoratore in ordine al fatto che il diritto di recesso datoriale non sia più esercitato, in quanto la valutazione secondo buona fede della condotta del datore di lavoro non può condurre ad una qualificazione di nullità del recesso. Diversamente, si ammetterebbe l'ingresso nel nostro ordinamento della ipotesi dell'estinzione di una situazione giuridica soggettiva che può essere fatta dipendere da un'inerzia del titolare quand'anche non si protragga per il tempo necessario alla maturazione della prescrizione, vanificandosi l'esigenza di certezza alla quale è funzionale tale istituto.

Infine, si afferma che non è condivisibile l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la tardività farebbe venir meno uno degli elementi costitutivi del diritto di recesso e il corrispondente vizio dovrebbe essere verificato d'ufficio dal giudice: orbene, proprio quest'ultima precisazione dimostrerebbe, secondo la difesa della Banca, che la fattispecie cui fanno riferimento i precedenti richiamati contempla l'insussistenza del fatto, situazione, questa, non ricorrente nel caso in esame, così come accertato dalla stessa Corte territoriale.

4. Con l'ordinanza interlocutoria n. 10159 del 2017 la Sezione Lavoro di questa Corte ha richiamato i due orientamenti contrastanti di legittimità che si sono registrati in ordine alla tutela da applicare, alla luce del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nel caso di rilevante tardività della contestazione disciplinare, dopo aver precisato che prima della riforma introdotta dalla L. n. 92 del 2012 la giurisprudenza di legittimità era concorde nel ritenere che l'immediatezza del provvedimento espulsivo configurasse un elemento costitutivo del diritto al recesso del datore di lavoro, in quanto la mancanza di tempestività della contestazione o del licenziamento induceva ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro avesse soprasseduto al licenziamento stesso, considerando non grave o non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore (in tal senso v. Cass. sez. lav. n. 2902 del 13.2.2015, n. 20719 del 10.9.2013, n. 1995 del 13.2.2012 e n. 13167 dell'8.6.2009).

5. Tale orientamento è stato di recente confermato con la sentenza n. 2513 del 31.1.2017 della Sezione lavoro di questa Corte, in una fattispecie analoga a quella oggetto del presente giudizio, in relazione ad un licenziamento disciplinare tardivo intimato sotto la vigenza della nuova disciplina introdotta dalla L. n. 92 del 2012, affermandosi che un fatto non tempestivamente contestato dal datore di lavoro non può che essere considerato insussistente ai fini della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 del novellato statuto dei lavoratori, trattandosi di violazione radicale che im-

pedisce al giudice di valutare la commissione effettiva dello stesso anche ai fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori. Si è, in pratica, ritenuto che, dal momento in cui il fatto non è stato contestato idoneamente L. n. 300 del 1970, ex art. 7 lo stesso è "tanquam non esset" e, quindi, insussistente ai sensi del novellato art. 18, in quanto sul piano letterale la norma parla di insussistenza del "fatto contestato" (cioè contestato regolarmente) e quindi, a maggior ragione, non può che riguardare anche l'ipotesi in cui il fatto sia stato contestato in aperta violazione del citato art. 7 a causa del notevole ritardo nella elevazione dell'addebito disciplinare.

6. Osserva la Corte che il terzo motivo del ricorso principale è fondato, seppur nei limiti che di qui appresso saranno specificati.

Invero, va tenuto conto del fatto che con la L. n. 92 del 2012 (riforma Fornero) si assiste ad una modifica dell'art. 18, nel senso che accanto alla tutela reale, la quale rappresenta il massimo livello di protezione per sanzionare un illecito, viene prevista una tutela meramente indennitaria. I regimi di cui si parla nel nuovo art. 18 sono i seguenti: a) quello della tutela reintegratoria piena (disciplinato dai primi tre commi dell'art. 18); b) quello della tutela reintegratoria attenuata (comma 4); c) quello della tutela indennitaria forte (comma 5), che varia tra le 12 e le 24 mensilità; d) quello della tutela indennitaria limitata (comma 6), che oscilla tra le 6 e le 12 mensilità.

L'odierna formulazione dell'art. 18 prevede una tutela reale piena, consistente nella reintegrazione e nel risarcimento del danno per l'intero periodo che va dal alla effettiva reintegra, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, nei casi in cui il giudice dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi della L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 3 ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'art. 35 codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o dovuto ad un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. (conclusione esclusiva del contratto per un motivo illecito comune ad entrambe le parti) o quando il giudice dichiara inefficace il licenziamento perché intimato in forma orale. In caso di tutela reale piena, oltre alla reintegra, è previsto anche un risarcimento che non può mai essere inferiore a 5 volte l'ultima retribuzione percepita dal dipendente al momento dell'illegittimo licenziamento, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

7. Ebbene, va subito detto che il caso di cui ci si occupa non trova collocazione in alcuna delle ipotesi tipiche elencate nel primo comma del novellato art. 18 ai fini dell'applicabilità della tutela reale piena, rappresentando queste ultime delle specifiche ipotesi di nullità o inefficacia espressamente prefigurate dalla stessa norma. Non va, infatti, sottaciuto che nel caso di specie il licenziamento venne intimato il 18.2.2013 a C.B. per il fatto che nel periodo (*Omissis*), in qualità di preposto alla "linea family", aveva consentito o, comunque, favorito (coinvolgendo il personale di sportello) la negoziazione di n. 37 assegni bancari per complessivi Euro 455.383,11 in violazione della relativa normativa, permettendo così ai clienti e non della filiale di incassare (per lo più in contanti) il retratto di numerosi titoli tratti su banche corrispondenti, spesso fuori piazza. È, pertanto, evidente che la motivazione del licenziamento intimato a Cimino esula dai casi previsti dall'art. 18, comma 1 ai fini della dichiarazione di illiceità o inefficacia per i quali opera la tutela reintegratoria piena. Nè, tantomeno, può sostenersi che il rilevante ritardo di due anni nella contestazione dell'addebito disciplinare rispetto ai fatti in precedenza accertati possa integrare una causa di nullità o inefficacia del licenziamento sanzionabile con l'ordine di reintegra di cui al primo comma del novellato L. n. 300 del 1970, art. 18 sia perché l'ipotesi in esame non è contemplata tra le possibili cause di nullità o inefficacia espressamente previste dal citato primo comma ai fini della predetta reintegra, sia perché si è in presenza di un vizio che si concretizza, in realtà, in una forma di inadempimento della parte datoriale ai generali doveri di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori che attiene propriamente alla fase successiva ed attuativa della comunicazione del provvedimento espulsivo, senza alcun concorso alla formazione della causa che ha dato origine al recesso datoriale. In definitiva può ritenersi che si è in presenza di un vizio funzionale e non genetico della fattispecie sanzionatoria, per cui nemmeno è condivisibile l'orientamento (Cass. sez. lav. n. 2513 del 31.1.2017) secondo cui il fatto non tempestivamente contestato dal datore di lavoro dovrebbe essere considerato insussistente, con violazione radicale dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori che impedirebbe al giudice di valutare la commissione effettiva dello stesso fatto anche ai fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori. Al contrario, il fatto oggetto di addebito disciplinare è pur sempre valutabile dal giudice, il quale dovrà solo verificare se l'inadempimento al generale principio dell'immediatezza della contestazione finisca per inficiare la validità del licenziamento, per individuare poi il tipo di tutela applicabile.

8. Per quel che riguarda, invece, il regime della tutela reintegratoria attenuata l'art. 18, comma 4 nel testo introdotto dalla L. n. 92 del 2012, stabilisce che il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giu-

sta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al comma 1 e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Orbene, il caso in esame non è riconducibile a tale previsione normativa per la semplice ragione che quest'ultima presuppone che la mancanza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa sia dovuta alla insussistenza del fatto contestato ovvero alla sua ascrivibilità alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili, mentre nella fattispecie in esame il fatto posto a base dell'addebito era stato accertato prima che lo stesso venisse contestato, seppur con notevole ritardo, al lavoratore, nè emerge che fosse riconducibile ad una previsione collettiva di applicazione di sanzione conservativa. Tra l'altro, è interessante notare che l'art. 18, comma 7 prevede che il giudice applichi la medesima disciplina di cui al comma 4 nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi della L. 12 marzo 1999, n. 68, art. 4, comma 4, e art. 10, comma 3, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero nel caso che il licenziamento sia stato intimato in violazione dell'art. 2110 c.c., comma 2, (recesso per decorrenza dei termini stabiliti dalla legge o dagli usi o secondo equità nei casi di sospensione del rapporto di lavoro per infortunio, malattia, gravidanza e puerperio), stabilendo, nel contempo, che il giudice può applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ebbene, anche in tali ipotesi di giustificato motivo oggettivo del licenziamento, così come nella previsione normativa di cui al citato art. 18, commi 1 e 4 si è in presenza di fattispecie prefigurate dal legislatore ai fini dell'applicabilità della tutela reale depotenziata.

In definitiva, la insussistenza o la manifesta insussistenza che legittima l'accesso alla tutela reintegratoria attenuata non può non riguardare il difetto – nel medesimo fatto – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo, tanto più che la riforma in esame di cui alla L. n. 92 del 2012 non ha modificato, per quel che qui interessa, le norme sui licenziamenti

individuali, di cui alla L. n. 604 del 1966, laddove stabiliscono che il licenziamento del prestatore non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o per giustificato motivo.

Quindi, nelle ipotesi (come quella oggetto di causa) in cui sia, invece, accertata la sussistenza dell'illecito disciplinare posto a base del licenziamento, ma questo non sia stato preceduto da tempestiva contestazione, si è fuori dalla previsione di applicazione della tutela reale nella forma attenuata di cui al novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori, comma 4 (estesa anche all'ipotesi di cui al comma 7 concernente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo) che è, invece, contemplata per il caso di licenziamento ritenuto gravemente infondato in considerazione dell'accertata insussistenza (o manifesta insussistenza per l'ipotesi di cui al citato comma 7) del fatto.

9. Così escluso che la tardività della contestazione dell'illecito disciplinare possa essere sanzionata attraverso il rimedio della tutela reale piena o depotenziata di cui all'art. 18 – nel testo vigente a seguito della riforma introdotta dalla L. n. 92 del 2012 – resta il problema di stabilire a quale forma di tutela indennitaria far ricorso, se cioè a quella forte, di cui al comma 5, o a quella debole, di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 6.

La soluzione del problema discende sostanzialmente dalla valenza che si intende attribuire al principio della tempestività della contestazione dell'illecito disciplinare, nel senso che se, per un verso, è certo che l'obbligo della contestazione tempestiva dell'addebito rientra nel procedimento disciplinare di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 7 d'altro canto, è pur vero che ciò non implica automaticamente che la violazione del principio della tempestività della contestazione disciplinare, così come elaborato dalla giurisprudenza, debba essere sempre sanzionata attraverso il meccanismo della indennità attenuata, di cui al citato art. 18, comma 6 per il solo fatto che tale norma contempla, tra le ipotesi di applicazione di tale più lieve sanzione, quelle derivanti dalla violazione delle procedure di cui alla stessa L. n. 300 del 1970, art. 7 e della L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 7 unitamente alla violazione del requisito della motivazione.

Invero, il principio della tempestività della contestazione lo si desume dal contesto della lettura della norma di cui alla L. n. 300 del 1970, 7 dal momento che questa non lo enuncia in maniera espressa, limitandosi solo a prevedere quanto segue: "Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa."

Eguale la L. n. 604 del 1966, art. 7, comma 1, anch'esso richiamato nella L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 6 si limita a stabilire che ferma l'applicabilità, per il licenziamento per giusta causa e per giu-

stificato motivo soggettivo, della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 7 il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3, seconda parte, della presente legge, qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui della L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, comma 8, e successive modificazioni, deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore.

Ciò autorizza a ritenere che il principio della tempestività della contestazione può risiedere anche in esigenze più importanti del semplice rispetto delle regole, pur esse essenziali, di natura procedimentale, vale a dire nella necessità di garantire al lavoratore una difesa effettiva e di sottrarlo al rischio di un arbitrario differimento dell'inizio del procedimento disciplinare. Si è, infatti, affermato che, in materia di licenziamento disciplinare, il principio dell'immediatezza della contestazione mira, da un lato, ad assicurare al lavoratore incolpato il diritto di difesa nella sua effettività, così da consentirgli il pronto allestimento del materiale difensivo per poter contrastare più efficacemente il contenuto degli addebiti, e, dall'altro, nel caso di ritardo della contestazione, a tutelare il legittimo affidamento del prestatore – in relazione al carattere facoltativo dell'esercizio del potere disciplinare, nella cui esplicazione il datore di lavoro deve comportarsi in conformità ai canoni della buona fede sulla mancanza di connotazioni disciplinari del fatto incriminabile. Inoltre, tra l'interesse del datore di lavoro a prolungare le indagini in assenza di una obbiettiva ragione e il diritto del lavoratore ad una pronta ed effettiva difesa, non può non prevalere la posizione di quest'ultimo, tutelata "ex lege", senza che abbia valore giustificativo, a tale fine, la complessità dell'organizzazione aziendale (v. in tal senso Cass. sez. lav. n. 13167 dell'8.6.2009).

A ben vedere il fondamento logico-giuridico della regola generale della tempestività della contestazione disciplinare non soddisfa solo l'esigenza di assicurare al lavoratore incolpato l'agevole esercizio del diritto di difesa, quando questo possa essere compromesso dal trascorrere di un lasso di tempo eccessivo rispetto all'epoca di accertamento del fatto oggetto di addebito, ma appaga anche l'esigenza di impedire che l'indugio del datore di lavoro possa avere effetti intimidatori, nonché quella di tutelare l'affidamento che il dipendente deve poter fare sulla rinuncia dello stesso datore di lavoro a sanzionare una mancanza disciplinare allorché questi manifesti, attraverso la propria inerzia protratta nel tempo, un comportamento in tal senso concludente.

10. In definitiva, la violazione della procedura di cui all'art. 7 Statuto dei lavoratori, alla quale il novellato art. 18, comma 6 riconduce l'applicabilità della tutela indennitaria debole unitamente ai casi di violazione della procedura di cui alla L. n. 604 del 1966,

art. 7 e di inefficacia per violazione del requisito della motivazione di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 2, comma 2, è da intendere, ai fini sanzionatori che qui rilevano, come violazione delle regole che scandiscono le modalità di esecuzione dell'intero iter procedimentale nelle sue varie fasi, mentre la violazione del principio generale di carattere sostanziale della tempestività della contestazione quando assume il carattere di ritardo notevole e non giustificato è idoneo a determinare un affievolimento della garanzia per il dipendente incolpato di espletare in modo pieno una difesa effettiva nell'ambito del procedimento disciplinare, garanzia, quest'ultima, che non può certamente essere vanificata da un comportamento del datore di lavoro non improntato al rispetto dei canoni di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

In effetti, la mancanza di tempestività della contestazione disciplinare può indurre nelle suddette ipotesi a ritenere, fino a quando la stessa non venga eseguita, che il datore di lavoro voglia soprassedere al licenziamento ritenendo non grave o comunque non meritevole della massima sanzione la colpa del lavoratore, con la precisazione che detto requisito va inteso in senso relativo, come costantemente affermato in diversi precedenti di legittimità, potendo essere compatibile con un intervallo di tempo, più o meno lungo, quando l'accertamento e la valutazione dei fatti richiedano uno spazio temporale maggiore ovvero quando la complessità della struttura organizzativa dell'impresa possa far ritardare il provvedimento di recesso, restando comunque riservata al giudice del merito la valutazione delle circostanze di fatto che in concreto giustificano o meno il ritardo.

Quindi, la violazione derivante dalla tardività notevole e ingiustificata della contestazione disciplinare è sanzionabile alla stregua del citato art. 18, comma 5 da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale, secondo il quale il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

11. In sostanza, tirando le somme di quanto fin qui detto, può affermarsi che ciò che rileva dal punto di vista disciplinare è un inadempimento, vale a dire una mancata o inesatta esecuzione della prestazione che abbia arrecato pregiudizio all'interesse del datore

di lavoro-creditore e di cui il prestatore di lavoro debba essere ritenuto responsabile. Tuttavia, se da una parte rileva l'interesse del datore di lavoro al funzionamento complessivo dell'impresa, dall'altra anche il datore di lavoro è tenuto all'osservanza di quei fondamentali precetti che presiedono all'attuazione dei rapporti obbligatori e contrattuali e che sono scolpiti negli artt. 1175 e 1375 c.c., vale a dire i precetti di correttezza e buona fede, quanto mai importanti nell'esercizio del potere disciplinare atto ad incidere sulle sorti del rapporto e sulle relative conseguenze giuridiche ed economiche, ragion per cui deve essere improntato alla massima trasparenza. Quindi, se il datore di lavoro viola tali doveri, ritardando oltremodo e senza un'apprezzabile giustificazione la contestazione disciplinare, il problema non è più quello della violazione dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, quanto piuttosto l'altro della interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro. Invero, posto che l'obbligazione dedotta in contratto ha lo scopo di soddisfare l'interesse del creditore della prestazione, l'inerzia del datore di lavoro di fronte alla condotta astrattamente inadempiente del lavoratore può essere considerata quale dichiarazione implicita, per *facta concludentia*, dell'insussistenza in concreto di alcuna lesione del suo interesse. E se è vero che ciascun contraente deve restare vincolato agli effetti del significato socialmente attribuibile alle proprie dichiarazioni e ai propri comportamenti, la successiva e tardiva contestazione disciplinare non può che assumere il valore di un inammissibile "venire contra factum proprium", la cui portata di principio generale è stata ormai riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità argomentando proprio sulla scorta della sua contrarietà ai principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Con la conseguenza che, sussistendo l'inadempimento posto a base del licenziamento, ma non essendo tale provvedimento preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare a causa dell'accertata contrarietà del comportamento del datore di lavoro ai canoni di correttezza e buona fede, la conclusione non può essere che l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, comma 5.

Diversamente, qualora le norme di contratto collettivo o la stessa legge dovessero prevedere dei termini per la contestazione dell'addebito disciplinare, la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di natura procedimentale, nell'alveo di applicazione del citato art. 18, comma 6 che, nella sua nuova formulazione, è collegato alla violazione delle procedure di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 7 e della L. n. 604 del 1966, art. 7.

12. In definitiva, il principio di diritto che va affermato nel caso di specie è il seguente: "La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente all'accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito po-

sto a base dello stesso provvedimento di recesso, ricadente “ratione temporis” nella disciplina della L. n. 300 del 1970, art. 18 così come modificato dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, art. 1, comma 42 comporta l’applicazione della sanzione dell’indennità come prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 5”.

Pertanto, l’impugnata sentenza va cassata in relazione all’accoglimento, nei limiti come sopra specificati, del terzo motivo del ricorso della Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., rimanendo, di conseguenza, assorbito l’esame degli altri motivi del ricorso principale e del ricorso incidentale, per cui la causa va rinviata per la trattazione del merito alla Corte d’appello di Firenze in diversa composizione che, attenendosi al suddetto principio di diritto, provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

(*Omissis*)

sommario

1. Premessa in fatto. – 2. Il quesito giuridico. – 3. L’intervento della Suprema Corte. – 4. Conclusioni.

1. Premessa in fatto

Il lavoratore licenziato, nel caso in esame, ha presentato ricorso al Tribunale di Arezzo in funzione di Giudice del Lavoro per ottenere la declaratoria di illegittimità del licenziamento per giusta causa intimatogli dalla Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a., oltre che la reintegra nel posto di lavoro, il tutto sulla base del rilievo che la contestazione dell’addebito gli era stata tardivamente formulata a distanza di circa due anni dall’avvenuta cognizione, da parte della datrice di lavoro, dei fatti di rilevanza disciplinare. La domanda, introdotta con rito Fornero, fu accolta in fase sommaria, mentre venne rigettata dal giudice dell’opposizione, il quale mantenne, tuttavia, ferma la declaratoria di illegittimità del licenziamento, limitandosi ad applicare la tutela indennitaria cosiddetta “debole” di cui all’art. 18, comma 6 Statuto dei lavoratori. La Corte d’appello di Firenze, a sua volta, dispose la reintegra del ricorrente nel posto di lavoro ritenendo che il licenziamento era da considerare nullo per la mancanza della contestazione immediata, essendo la contestazione intervenuta dopo un lasso di tempo considerevole (lo ribadiamo, due anni circa) dopo i fatti di causa.

Avverso la sentenza della Corte d’appello di Firenze ha proposto ricorso per cassazione la Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. con quattro motivi deducendo la violazione degli artt. 7 e 18, comma 6, dello Statuto dei lavoratori, e lamentando l’erroneità dell’applicazione della tutela reintegratoria in luogo di quella indennitaria debole (L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 6) o al più in luogo di quella indennitaria forte (art. 18, comma 5, della citata legge).

2. Il quesito giuridico

In buona sostanza, al fine di dirimere la controversia in esame, è stato necessario preliminarmente dare risposta ad un quesito giuridico, ovvero: in caso di licenziamento disciplinare motivato, in cui però il datore si renda protagonista di una contestazione con notevole e ingiustificato ritardo, quali sono le ricadute per datore e prestatore? Ebbene, è possibile registrare la sussistenza di due orientamenti giurisprudenziali contrastanti. Il primo negava il carattere sostanziale al vizio di intempestiva contestazione disciplinare, con conseguente applicazione della tutela indennitaria; un secondo orientamento, invece, reputava l’immediatezza della contestazione alla stregua di un elemento costitutivo del licenziamento la cui mancanza consentiva la tutela reintegratoria, anche nella vigenza del novellato articolo 18 dello Statuto dei lavoratori.

3. L’intervento della Suprema Corte

Al fine di rispondere all’interrogativo di cui innanzi, è stato necessario l’intervento delle Sezioni unite della Cassazione, che hanno sostenuto il primo degli orientamenti innanzi brevemente riferiti, secondo il quale l’immediatezza della contestazione non è requisito essenziale della legittimità del licenziamento disciplinare intimato, ma, piuttosto, la mancanza di tempestività rende applicabile la (mera) tutela indennitaria.

La Corte in particolare, con la sentenza in commento, ha espresso il seguente principio di diritto ossia: *“La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente all’accertamento di un ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell’addebito posto a base dello stesso provvedimento di recesso, ricade, ratione temporis, nella disciplina dell’articolo 18 della legge n. 300/1970 così come modificato dal comma 42, dell’articolo 1 della legge 92/2012 (riforma Fornero), e comporta l’applicazione della sanzione dell’indennità come prevista dal quinto comma dello stesso articolo 18 della legge n. 300/1970”*.

La Cassazione in definitiva ha chiarito che l’indempimento del datore non può essere una condizione che consente un’eventuale reintegra, in quanto presupposto essenziale del licenziamento (disciplinare) è che vi sia stato l’atteggiamento “manchevole” (e meritevole di sanzione) da parte del lavoratore.

Tanto chiarito, è stato allora necessario fornire risposta ad un secondo interrogativo, conseguente al primo, e segnatamente: quali effetti giuridici produce il ritardo del datore nella comunicazione del recesso al prestatore? Manca di conseguenze o determina, comunque, taluni risvolti nell’applicazione del relativo regime? Secondo la Corte di Cassazione, è necessario innanzitutto fare riferimento agli interessi delle parti: da un lato, viene in rilievo l’interesse datoriale al corretto funzionamento del sistema impresa; dall’altro, anche il datore di lavoro è tenuto a osservare quanto

dettato dagli articoli 1175 e 1375 Cc, vale e adire i precetti di correttezza e buona fede, quanto mai importanti nell'esercizio del potere disciplinare atto a incidere sulle sorti del rapporto e sulle relative conseguenze giuridiche ed economiche.

4. Conclusioni

In conseguenza di quanto innanzi, se il datore di lavoro viola tali doveri, ritardando oltremodo e senza un'apprezzabile giustificazione la contestazione disciplinare, il problema non è più quello della violazione dell'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori (sanzioni disciplinari) quanto piuttosto viene in rilievo l'altra, complessa problematica dell'interpretazione secondo buona fede della volontà delle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro. In definitiva, quindi, sussistendo l'inadempimento posto alla base del licenziamento, ma non essendo tale provvedimento preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare a causa dell'accertata contrarietà del comportamento del datore di lavoro ai canoni di correttezza e buona fede, la conclusione non può essere che l'applicazione del quinto comma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (nella sentenza si legge, infatti, che in relazione alle modifiche apportate dal rito Fornero all'articolo 18, il comma 5 prevede la corresponsione al lavoratore una "tutela indennitaria forte" che varia tra le 12 e le 24 mensilità).

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

Art. 380-bis 1. c.p.c. – Contraddittorio meramente cartolare – Questione di legittimità costituzionale – Art. 24 cost. – Manifesta infondatezza

È manifestamente infondata in riferimento all'art. 24 Cost. la questione di legittimità costituzionale dell'art. 380 bis.1 c.p.c. (introdotto dal d.l. n. 168 del 2016, conv., con modif., in l. n. 197 del 2016), costituendo non irragionevole esercizio del potere legislativo di conformazione degli istituti processuali la scelta di assicurare un contraddittorio solo cartolare alla decisione, in sede di legittimità, di questioni prive di rilievo nomofilattico, senza che, peraltro, la fissazione del ricorso in camera di consiglio dinanzi alla sezione semplice ai sensi dell'art. 375, comma 2, c.p.c. impedisca al collegio la sua rimessione all'udienza pubblica in caso di particolare rilevanza delle questioni da trattare, tenuto altresì conto del contenuto delle eventuali conclusioni scritte del P.M. e delle memorie delle parti.

Cass., sez. II, 30 novembre 2017, ordinanza n. 28766 - Pres. Matera, Est. Scarpa

Indennità di trasferta – Corresponsione con carattere continuativo – Trattamento contributivo e fiscale – Assoggettabilità a regime meno gravoso – Art. 7-quinquies d.l. n. 193 del 2016, conv. con modif. in l. n. 225 del 2016 – Costituzionalità e conformità a CEDU

In materia di trattamento contributivo dell'indennità di trasferta, le Sezioni Unite hanno affermato che l'espressione "anche se corrisposta con carattere di continuità" – di cui sia all'art. 11 della l. n. 467 del 1984 sia all'art. 51, comma 6, del TUIR (così come nel comma 6 dell'art. 48 del TUIR, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314) – deve essere intesa nel senso che l'eventuale continuità della corresponsione del compenso per la trasferta non ne modifica l'assoggettabilità al regime contributivo (e fiscale) meno gravoso (di quello stabilito in via generale per la retribuzione imponibile), rispettivamente previsto dalle citate disposizioni e inoltre che l'art. 7-quinquies del d.l. n. 193 del 2016 conv. con modif. in l. n. 225 del 2016 – che ha introdotto una norma retroattiva autoqualificata di "interpretazione autentica" del comma 6 dell'art. 51 del TUIR – risulta conforme ai principi costituzionali di ragionevolezza e di tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, oltre che all'art. 117, comma 1, Cost., sotto il profilo del principio di preminenza del diritto e di quello del processo equo, consacrati nell'art. 6 della CEDU.

Cass., sez. un., 15 novembre 2017, n. 27093 - Pres. Canzio, Est. Tria

Intermediazione finanziaria – Requisito formale di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998 – Modalità

Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998, è rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne sia consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario.

Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898 - Pres. Rordorf, Est. Di Virgilio

Licenziamento disciplinare – Art. 18 Statuto dei Lavoratori, come modificato da art. 1 l. n. 92 del 2012 – Contestazione tardiva – Conseguenze

La dichiarazione giudiziale di risoluzione del licenziamento disciplinare conseguente ad un ritardo notevole ed ingiustificato della contestazione disciplinare, ricadente ratione temporis nella disciplina dell'art. 18 st.lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, della l. n. 92 del 2012, comporta l'applicazione della sanzione dell'indennità come prevista dal quinto comma dello stesso art. 18 Statuto dei Lavoratori.

Cass., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985 - Pres. Canzio, Est. Berrino

Nuova formulazione artt. 343 e 434 c.p.c. – Impugnazione a critica vincolata – Esclusione – Natura di cd. "revisio prioris instantiae" – Sussistenza – Conseguenza

Le Sezioni Unite, su questione di massima di particolare importanza, hanno affermato che l'interpretazione degli artt. 343 e 434 c.p.c., nel testo di cui al d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. in l. n. 134 del 2012, deve essere effettuata nel senso che l'impugnazione individui chiaramente le questioni e i punti contestati della sentenza impugnata e con essi delle dei relativi motivi di dissenso, affiancandosi alla parte volitiva una parte argomentativa che contrasti le ragioni del provvedimento impugnato, ma dovendosi escludere, permanendo la natura di "revisio prioris instantiae" dell'appello, permanendo la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che il relativo atto debba rivestire particolari forme sacramentali o contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione.

Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199 - Pres. Rordorf, Est. Cirillo

Personale insegnante – Trasformazione graduatorie – Aggiornamenti – Mantenimento punteggio già maturato – Sussistenza

La trasformazione delle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del d.lgs. n. 297 del 1994 in graduatorie ad esaurimento ex art. 1, comma 605, della l. n. 296 del 2006 non ha determinato l'abrogazione dell'art. 1, comma 1 bis, del d.l. n. 97 del 2004, conv. con modif. in l. n. 143 del 2004, laddove prevede che, a domanda, il docente cancellato possa essere reinserito nella graduatoria con il punteggio già maturato alla cancellazione; conseguentemente va disapplicato, perché contrastante con la legge, il d.m. n. 235 del 2014 nella parte in cui non consente il reinserimento dell'aspirante cancellato per l'omessa presentazione, in occasione delle operazioni di aggiornamento, della domanda di permanenza.

Cass., sez. IV, 27 novembre 2017, n. 28250 - Pres. Macioce, Est. Di Paolantonio

Separazione personale dei coniugi – Litispendenza internazionale – Regolamento di giurisdizione – Espellibilità – Esclusione – Impugnabilità – Regolamento di competenza

Il provvedimento di sospensione del giudizio a seguito del rilievo della ricorrenza di litispendenza internazionale non pone una questione di giurisdizione, essendo, viceversa, ammissibile il regolamento necessario di competenza, previsto dall'art. 42 c.p.c., quale rimedio offerto alla parte al fine di verificare la legittimità di un provvedimento che, incidendo sulla durata del processo, può pregiudicare la tutela del diritto fatto valere.

Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877 - Pres. Rordorf, Est. Campanile

Socio di cooperativa – Impugnativa del solo recesso della cooperativa – Mancata impugnativa della delibera di esclusione – Illegittimità del licenziamento – Conseguenze risarcitorie – Tutela restitutoria – Esclusione

Le Sezioni Unite, su questione di massima di particolare importanza in tema di tutela del socio lavoratore di cooperativa, hanno affermato che, in caso d'impugnazione del licenziamento, la tutela risarcitoria non è inibita dall'omessa impugnazione, da parte del socio, della contestuale delibera di esclusione fondata sulle medesime ragioni, afferenti al rapporto di lavoro, restando esclusa la tutela reintegratoria.

Cass., sez. un., 20 novembre 2017, n. 27436 - Pres. Rordorf, Est. Perrino

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

Rassegna di merito

AMMISSIONE AL PASSIVO: illegittimo il rigetto della domanda fondata su sentenza non definitiva

È illegittimo il rigetto della domanda di ammissione al passivo fondata su di un credito accertato con sentenza non passata in giudicato, per cui lo stesso va ammesso con riserva ai sensi dell'art. 96 co. 2. n. 3 l.fall., anche in pendenza di appello.

Nel caso in cui la curatela del fallimento non deduca alcun elemento atto ad inficiare l'accertamento risultante dalla sentenza, deve essere condannata al pagamento delle spese di lite.

Trib. Napoli Nord, 10 aprile 2017, Pres. Rabuano – Rel. Di Giorgio

FIDEIUSSIONE: in caso di inefficacia ex art. 44 l.f. è ammissibile la manleva nei confronti dei fideiussori

In caso di declaratoria di inefficacia ai sensi dell'art. 44 l.f. dei pagamenti effettuati dalla società successivamente al fallimento è ammissibile la domanda di manleva nei confronti dei fideiussori.

Il contratto di fideiussione che espressamente prevede l'impegno dei garanti a rimborsare all'istituto di credito quanto lo stesso sia tenuto a restituire in seguito ad annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti, rientra nel concetto della fideiussione omnibus, pertanto, l'estinzione dell'obbligazione principale, nella specie del rapporto di mutuo non estingue la garanzia.

Trib. Santa Maria C. V., 6 giugno 2017, G. Cacace

FIDEIUSSIONE: inapplicabile il cd. foro del consumatore se il debitore principale è imprenditore

L'annotazione in conto di una posta d'interessi (o di commissioni di massimo scoperto) illegittimamente addebitati dalla Banca al correntista comporta un incremento del debito dello stesso correntista, o una riduzione del credito di cui egli ancora dispone, ma in nessun modo si risolve in un pagamento, nel senso che non vi corrisponde alcuna attività solutoria in favore della Banca; con la conseguenza che il correntista potrà agire per far dichiarare la nullità del titolo su cui quell'addebito si basa.

Trib. Torino, 16 ottobre 2017, G. Di Capua

INDEBITO – PRESCRIZIONE: il fido di fatto è irrilevante

Spetta al cliente che agisce con l'azione di ripetizione di indebito in conto corrente in danno della Banca provare l'esistenza dell'affidamento; il fido di fatto è irrilevante poiché, ai fini della prescrizione, occorre la puntuale verifica della natura solutoria delle rimesse e, dunque, la verifica del superamento del limite del fido, il cui ammontare doveva essere rigorosamente provato.

Compete al correntista ribaltare il quadro probatorio favorevole alla Banca producendo un eventuale contratto di fido da cui emerge l'importo dell'affidamento e, conseguentemente, consentire al giudicante la valutazione della natura solutoria o meno delle rimesse ed applicare la prescrizione.

Se il cliente non ha dimostrato che il c.c. era affidato, producendo il relativo contratto, deve dichiararsi l'intervenuta prescrizione delle rimesse ultradecennali su saldo negativo poiché, ai fini della prescrizione, non può ritenersi instaurato un fido di fatto.

Corte Appello Napoli, 3 gennaio 2018, Pres. D'Avino, Cons. rel. Elefante

ISC MUTUO DIVERGENTE: è irrilevante in quanto ha natura solo informativa

L'art. 125-bis co. 7 TUB, relativo all'indicatore sintetico, si applica per solo per i finanziamenti ai consumatori di importo non superiore ai 75.000,00.

La divergenza tra l'indicatore sintetico di costo (cd. ISC) dichiarato e quello effettivo non rende nulle le pattuizioni sugli interessi del contratto di mutuo raggiunte dalle parti, in quanto l'indicatore sintetico di costo serve solo ad informare il mutuatario del costo complessivo del credito a lui erogato, mentre le varie voci di costo, compresa prima di tutto la misura degli interessi corrispettivi, sono pattuite in altre specifiche clausole.

Trib. Napoli, 9 gennaio 2018, G. Pastore Alinante

LEASING: non opera la prescrizione quinquennale ex art. 2948 c.c.

Qualora il corrispettivo contrattuale sia solo apparentemente periodico, come nel caso dei contratti di locazione finanziaria nel senso che esso consista in una prestazione unitaria che la parte è tenuta ad eseguire per intero, pur se l'esecuzione possa essere frazionata nel tempo, il termine di prescrizione è quello decennale, applicabile in genere alle azioni contrattuali ed in particolare alle azioni di adempimento o di responsabilità.

Per individuare il termine di prescrizione applicabile, occorre avere riguardo alla prestazione concretamente dedotta in giudizio, non alla natura, tipica o atipica, del contratto da cui la prestazione deriva.

Sono soggetti al termine di prescrizione quinquennale invece i corrispettivi degli affitti o delle locazioni (art. 2948 c.c., n. 3), così come gli interessi e tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi (art. 2948 c.c., n. 4), sempre che si tratti di prestazioni che maturano con il decorso del tempo e che pertanto divengono esigibili solo alle scadenze convenute, venendo a rappresentare i corrispettivi della prestazione resa, per i periodi a cui i singoli pagamenti si riferiscono. 108\1996, da ciò non conseguirebbe la gratuità del contratto ma solo la non debenza di tali accessori.

Trib. Roma, 6 novembre 2017, G. Di Tullio

MUTUO – CLAUSOLA FLOOR: esclusa violazione ex art. 1346 c.c. anche in ipotesi di mancato inserimento clausola cap

La differenza funzionale intercorrente tra la clausola floor – strumento a garanzia della Banca ed atto a prevedere un limite percentuale al di sotto del quale gli interessi dovuti non possono scendere – e la clausola cap – idonea a garantire il mutuatario che gli interessi corrispettivi non superino il valore percentuale individuato dalla clausola stessa, esclude l'obbligo degli Istituti di credito di inserire entrambe le clausole in un'unica tipologia contrattuale, pur prescindendo dall'idoneità delle medesime clausole a calmierare gli interessi entro una percentuale massima a vantaggio del cliente; pertanto, l'illegittimità della clausola floor sotto il profilo della vessatorietà deve valutarsi caso per caso, e solo a condizione che le condizioni contrattuali risultino formulate in modo oscuro e poco comprensibile.

Lo scrutinio sulla non usurarietà va effettuato sia sugli interessi corrispettivi, sia sugli interessi moratori, ma tuttavia la verifica dell'eventuale superamento del tasso soglia deve essere autonomamente eseguita con riferimento a ciascuna delle due categorie di interessi, senza sommarli tra loro, atteso che detti tassi sono dovuti in via alternativa tra loro e la sommatoria rappresenta un 'non tasso' od un 'tasso creativo', in quanto percentuale relativa ad interessi mai applicati e non concretamente applicabili al mutuatario.

La nullità della clausola che prevede gli interessi moratori, è e resta tamquam non esset per cui non travolge gli interessi corrispettivi, destinati ad operare anche se la clausola nulla non fosse mai stata prevista.

L'obbligazione di pagamento nascente dalla clausola penale non si pone in diretta connessione con le obbligazioni principali reciprocamente assunte dalle parti, per cui la somma conseguibile a detto titolo essendo inidonea a integrare i profitti illegittimi richiesti per la configurazione del delitto di usura a meno che le parti non abbiano dissimulato il pagamento di un corrispettivo, attraverso un simulato e preordinato inadempimento, non rileva ai fini del calcolo del TSU.

Trib. di Chieti, 3 ottobre 2017, G. Ria

ORDINE ESIBIZIONE: inaccoglibile in mancanza di preventiva richiesta ex art. 119 TUB a Banca

Sebbene il potere del correntista di chiedere alla banca di fornire la documentazione relativa al rapporto di conto corrente, ai sensi dell'art. 119 TUB, può essere esercitato anche in corso di causa, senza necessità di una preventiva richiesta in via stragiudiziale, tuttavia l'accoglibilità di una istanza ex art. 210 c.p.c. deve essere subordinata alla prova da parte del richiedente di aver fatto ciò che era in suo potere per ottenere la documentazione di cui chiede l'esibizione allorché non può non tenersi conto che il correntista riceve periodicamente gli estratti conto; pertanto, in mancanza di preventiva richiesta ex art. 119 TUB alla Banca, non può ritenersi accoglibile né l'istanza ex art. 119 TUB formulata in sede di atto di citazione né l'istanza di esibizione, avente peraltro ad oggetto l'intero universo documentale necessario per sostenere da un punto di vista probatorio le domande formulate.

Trib. Torino, 29 novembre 2017, G. Massino

RICERCA TELEMATICA BENI DA PIGNORARE: il creditore può accedere direttamente a banche dati

Il creditore che ha notificato preventivo precetto di pagamento ha diritto di essere autorizzato ad esperire diretta

richiesta al gestore delle banche dati delle pubbliche amministrazioni di acquisire con modalità telematiche, tutte le informazioni rilevanti per l'individuazione dei beni da pignorare, comprese quelle relative ai rapporti intrattenuti dal debitore con istituti di credito e datori di lavoro o committenti, ed, in particolare, di ottenere informazioni afferenti l'anagrafe tributaria, compreso l'archivio dei rapporti finanziari, e in quelle degli enti previdenziali.

Trib. di Napoli Nord, 6 novembre 2017, G. Caserta

RIPETIZIONE INDEBITO: onere correntista di indicare poste passive che assume maggiori di quelli dovute

Il titolare di un conto bancario che agisce per la ripetizione e/o anche solo per l'accertamento di asseriti indebiti ha l'onere di allegare e provare gli elementi costitutivi dell'azione promossa e non può limitarsi ad allegazioni generiche dovendo indicare le poste attive e passive per le quali assume di aver pagato importi maggiori di quelli dovuti o non dovuti affatto, con la conseguenza che una contestazione generica, rende l'azione meramente esplorativa ed infondata la domanda.

Il correntista che agisce per la restituzione degli interessi anatocistici, pagati o addebitati sul suo conto, ha l'onere di dimostrare l'ammontare del suo credito depositando in causa la documentazione contabile, non essendo ammessa la possibilità di supplire al suddetto onere attraverso I) la mera produzione di una perizia di parte; II) la consulenza tecnica d'ufficio, posto che tali mezzi di indagine non possono essere disposti al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume.

La violazione dell'obbligatorio gravante su colui che agisce per la ripetizione di indebiti non può essere sanata con l'accoglimento della richiesta di ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., in quanto tale richiesta viene giustificata, solo dall'impossibilità di produrre in giudizio i documenti, non essendo possibile ordinare l'esibizione di un documento di una parte o di un terzo, allorché l'interessato può, di propria iniziativa, acquisirne una copia e produrla in causa.

Trib. di Modena, 9 settembre 2017, G. Primiceri

SPESE PROCESSUALI: escluso ricorso ex art 287 c.p.c per contestare il merito delle statuizioni

Sebbene l'art. 669-septies c.p.c. prevede che il Giudice provveda sulle spese del procedimento cautelare con ordinanza – atteso che quest'ultima sia pronunciata prima dell'inizio della causa di merito – deve escludersi, tuttavia, l'utilizzo dello strumento di cui all'art. 287 c.p.c. per contestare il merito della statuizione sulle spese, in quanto tale il ricorso è esperibile avverso sentenze e ordinanze viziato unicamente da omissioni o errori materiali o di calcolo.

Trib. di Cosenza, 13 luglio 2017, G. Assunta

SUCCESSIONE: i crediti del de cuius non si dividono automaticamente pro quota tra gli eredi

I crediti del "de cuius", a differenza dei debiti, non si ripartiscono tra i coeredi in modo automatico in ragione delle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria, essendo la regola della ripartizione automatica dell'art. 752 c.c. prevista solo per i debiti.

La diversa disciplina per i crediti risulta dal precedente art. 727 c.c., il quale, stabilendo che le porzioni debbano essere formate comprendendo anche i crediti, presuppone che gli stessi facciano parte della comunione, nonché dal successivo art. 757, che, prevedendo che il coerede al quale siano stati assegnati tutti o l'unico credito succede nel credito al momento dell'apertura della successione, rivela che i crediti ricadono nella comunione, ed è, inoltre, confermata dall'art. 760, che escludendo la garanzia per insolvenza del debitore di un credito assegnato a un coerede, necessariamente presuppone che i crediti siano inclusi nella comunione.

Ciascuno dei partecipanti alla comunione ereditaria può agire singolarmente per far valere l'intero credito comune, o la sola parte proporzionale alla quota ereditaria, senza necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti gli altri coeredi, ferma la possibilità che il convenuto debitore chieda l'intervento di questi ultimi in presenza dell'interesse all'accertamento nei confronti di tutti della sussistenza o meno del credito.

Trib. di Napoli, 23 ottobre 2017, G. Sacchi

USURA: la verifica va condotta conformemente a quanto indicato nelle Istruzioni della Banca d'Italia

Per verificare la possibile esistenza di interessi usurari non sono utilizzabili criteri non conformi alle Istruzioni della Banca d'Italia, con particolare riferimento all'inclusione degli interessi di mora nel calcolo del TEG, in quanto espressamente esclusi dalle rilevazioni trimestrali.

La verifica va condotta ponendo a confronto dati tra loro omogenei, in quanto se il raffronto non viene effettuato adoperando la medesima metodologia di calcolo, il dato che se ne ricava non può che essere in principio viziato.

Ove si voglia comunque valutare l'usurarietà dei tassi di mora originariamente pattuiti o effettivamente applicati, il parametro di riferimento non può che essere quello rilevato, sia pure a fini statistici, dalla Banca d'Italia, ovvero il TEGM rilevato con riferimento ai soli interessi corrispettivi aumentato della maggiorazione iniziale di 2,1 punti percentuali.

Trib. di Torino, 24 novembre 2017, G. Marvasi

USURA: impossibile sommare moratori e corrispettivi in quanto pattuiti per eventi antitetici ed incompatibili

Va esclusa la pretesa di sommare interesse moratorio e corrispettivo in quanto i due tassi sono sì originariamente pattuiti, ma lo sono per eventi antitetici ed incompatibili, poiché l'uno è previsto per l'inadempimento e l'altro per l'adempimento, con la conseguenza che la verifica non può essere fatta che in concreto ed in relazione a ciascuno dei tassi.

Il tasso di mora non potrà essere originariamente usurario, dal momento che mentre il corrispettivo è immediatamente esigibile, quello di mora presuppone un evento futuro ed incerto, ovvero l'inadempimento, ed occorrerà riguardare la sua usurarietà nel momento in cui la mora si verifica ed in relazione all'entità dell'adempimento, nonché del tasso soglia che allora sarà esigibile.

Ad ogni buon conto l'eventuale usurarietà degli interessi di mora comporterà la nullità parziale del contratto, solo in relazione a quella clausola, con la conseguenza che sarà ripetibile l'interesse moratorio percepito, non quello corrispettivo, ove legittimo.

Trib. di Torino, 25 ottobre 2017, G. Conca

VALORI MOBILIARI: esclusa violazione obblighi informativi se il rapporto con il cliente è di mera custodia

In materia di intermediazione in valori mobiliari, nel caso in cui il rapporto intercorrente tra Istituto finanziatore ed investitore non abbia ad oggetto la gestione del patrimonio mobiliare, bensì la mera custodia e amministrazione dei titoli acquistati, non può affermarsi la violazione della Banca degli obblighi informativi, allorché il conferimento di un mero ordine di acquisto di titoli non obbliga la Banca a fornire al cliente informazioni successive alla concreta erogazione del servizio; un'estensione di tali obblighi informativi, ricorre solo nella diversa ipotesi di erogazione di servizi di esecuzione, di ricezione e trasmissione di ordini.

Trib. di Nocera Inferiore, 20 dicembre 2017, G. Amodeo

Diritto e procedura penale

IL SISTEMA DELLE MISURE DI PREVENZIONE NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA. LINEAMENTI GENERALI, PRINCIPI E FATTISPECIE – GUIDA DELL'EVOLUZIONE NORMATIVA. LO STATO DELL'ARTE	1150
di Sergio Ricchitelli	
LA PARTECIPAZIONE DELL'INDAGATO DETENUTO AL PROCEDIMENTO DI RIESAME: IL <i>REVIREMENT</i> INTERPRETATIVO DELLA CORTE DI CASSAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. II, 3 aprile 2017, n. 36160</i>	1159
di Alfonso Laudonia	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	1167
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	1171
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	1174
a cura di Giuseppina Marotta	



Il sistema delle misure di prevenzione nella legislazione italiana. Lineamenti generali, principi e fattispecie - guida dell'evoluzione normativa. Lo stato dell'arte

abstract

The present paper constitutes the essential compendium of a broader study on current legislation in Italy on Mafia prevention measures. The article was provided by changes to the so-called Mafia code, after long parliamentary debate which entered into force on 19 November 2017. Essentially these are the reasons justificatory of an accomplished rereading of such is that here is presented.

keywords

Preventive measures – Audiences – New suspicions of murder.

abstract

Il presente lavoro costituisce il compendio essenziale di un più ampio studio sulla normativa vigente in Italia in materia di misure di prevenzione antimafia. L'occasione dell'articolo è offerta dalle modifiche apportate al cosiddetto codice antimafia, dopo lungo dibattito parlamentare entrate in vigore il 19 novembre 2017. Sono essenzialmente queste le ragioni giustificatrici di una compiuta rilettura del sistema quale è quella che qui si presenta.

parole chiave

Misure di prevenzione – Soggetti destinatari – Nuovi sospetti di delitto.

sommario

1. Considerazioni introduttive. – **2.** La recente evoluzione del sistema. – **3.** La mappa della novella legislativa; profili generali. – **4.** Considerazioni conclusive.

1. Considerazioni introduttive

A far data dal 19 novembre 2017, il sistema delle misure di prevenzione disciplinato dalla legislazione vigente nel nostro Paese ha cambiato – nuovamente – aspetto; il legislatore del terzo millennio inoltrato, parrebbe voler investire le proprie aspettative su questo strumento di controllo sociale in forme crescenti e sempre più cospicue¹.

Lo strumentario preventivo che dal 19 novembre

2017 vigerà nel nostro sistema normativo è il frutto delle modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme d'attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni, attuate con la legge 17 ottobre 2017, n. 161 e pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 258 del 4.11.2017².

Il tema è tanto delicato quanto affascinante; perciò solo merita d'essere evidenziato sia pure nei suoi aspetti salienti. Tralasciando la tematica relativa alla tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate, qui di seguito si rassegnano i ragguagli preliminari e le linee generali del complessivo intervento normativo³.

2. La recente evoluzione del sistema

Volendo tracciare l'evoluzione dello strumentario preventivo nel sistema giuridico italiano – e soffermando l'analisi agli *assets* intervenuti nel terzo millennio – possiamo adottare quale termine d'avvio, la data del 13 agosto 2010. È il giorno della pubblicazione della legge nr. 136 recante, oltre che un «piano straordinario contro le mafie», la delega al Governo della Repubblica – ex artt. 76 e 87, comma 5, Costituzione – in materia di normativa antimafia.

Il Governo ritenne di procedere all'esercizio d'entrambe le deleghe con un unico decreto legislativo. All'uopo il Consiglio dei Ministri adottò una preliminare deliberazione nella riunione del 9 giugno 2011, acquisì i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica deliberando in data 3 agosto 2011 in apposita riunione consiliare.

² La legge è entrata in vigore nel decimoquinto giorno dalla pubblicazione, conformemente a quanto indicato dalla Costituzione e dalle disposizioni preliminari al codice civile in materia di *vacatio legis*.

³ Sulla quale tematica mi sia consentito di rinviare – in uno alla pregevole letteratura in materia pressoché sterminata – al mio testo in materia, S. RICCHITELLI, *Appunti - Misure patrimoniali di prevenzione antimafia, per i tipi editoriali La nuova Mezzina, Molfetta, 2017*; testo che si caratterizza, tra l'altro, per offrire un quadro di riferimento generale della problematica e, in ragione della circostanza dell'essere andato alle stampe in concomitanza coll'adozione della novella di cui si dice nel testo, per essere il primo volume a trattarne con una addenda integrativa esplicita in calce.

¹ per le misure di prevenzione quale strumento di controllo sociale vedi, per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale – Parte Generale, VIII sezione*, Zanichelli, Bologna, 2015; ivi anche l'analisi storica e le considerazioni critiche della dottrina più accreditata in materia.

Sulla proposta del Ministro della Giustizia e del Ministro dell'interno, col concerto del Ministro dell'Economia e delle finanze e del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, il 6 settembre 2011 venne emanato il decreto legislativo n. 159, recante il «codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione»⁴.

Al di là dei correttivi e delle integrazioni, delle modifiche e degli adattamenti intervenuti *medio tempore* il sistema vede un deciso affilamento dello strumentario di prevenzione, mediante un approfondimento della realtà italiana, il 17 ottobre 2017 con l'approvazione della già citata legge di modifiche nr. 161, in vigore, come anticipato, dal 19 novembre 2017⁵.

3. La mappa della novella legislativa; profili generali

I 38 articoli di cui si compone la novella legislativa nr. 161/2017, intervengono sugli assetti sostanziali e procedurali più importanti della normativa di prevenzione italiana quale delineata dal provvedimento legislativo nr. 159/2011⁶.

Essi ineriscono ai temi essenziali normati nel codice antimafia. I soggetti destinatari, il procedimento d'applicazione delle misure di prevenzione personali, l'impugnazione delle medesime, la sorveglianza speciale, il procedimento d'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, l'impugnazione delle misure medesime, la revocazione della confisca ed i relativi rapporti col sequestro, la cauzione, l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche, il controllo giudiziario delle aziende e la trattazione – prioritaria – dei procedimenti di prevenzione patrimoniale.

Nel provvedimento legislativo in rassegna, vi sono, altresì, i grandi temi dell'amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati, della tutela dei terzi e dei rapporti con le procedure concorsuali, dell'amministrazione nazionale e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Dalla congerie di disposizioni novellate emergono, almeno, due linee di tendenza perseguite dal legislatore. Da un lato l'omogeneizzazione e l'uniformità procedurale per l'intera materia in esame; dall'altro il tendenziale accentramento giudiziario e giurisdizionale delle prerogative decisorie in materia. Quest'ultimo aspetto proattivamente perseguito con l'attribuzione distrettuale delle relative vicende procedurali, sia sotto il versante giudicante che sotto quello requiren-

te⁷.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio tutti gli indicati aspetti operativo/funzionali del provvedimento legislativo del 2011 così come integrato dalla legge del 2017 n. 161; onde, per i fini generalissimi che qui ci occupano, limiteremo il nostro sguardo agli aspetti essenziali riflettenti le indicate linee di tendenza del coordinato normativo, con particolare e precipuo riguardo a: 1) i soggetti destinatari, 2) la titolarità della proposta e la competenza, 3) le impugnazioni.

Sono, difatti, ad avviso di chi scrive, questi i temi sui quali l'intervento del legislatore palesa, nel modo più chiaro, la cifra dell'opzione normativa perseguita e l'aderenza alle linee tendenziali su rassegnate⁸.

Qui di seguito le indicate tematiche verranno scrutinate separatamente eviscerando la disciplina positiva di sistema all'attualità vigente nel nostro paese.

A) Soggetti destinatari

In via di prima approssimazione, i prevenuti sono individuati, in chiave applicativa, in coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi ovvero che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi che vivono abitualmente, anche in parte, coi proventi di attività delittuose.

Soggetti passivi del rapporto preventivo sono altresì coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sempre sulla base di elementi fattuali, siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità o la tranquillità pubblica. Il comportamento, all'uopo, è altresì lumeggiato dalle reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa⁹.

A fronte di tale contesto soggettivo, il legislatore ha, altresì, stabilito che i provvedimenti applicativi in materia vedano quali soggetti destinatari i seguenti:

- ai soggetti indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-*bis* cod. pen.
- ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*bis*¹⁰, del codice di procedura

⁷ Gli indicati aspetti di tendenza sono tutti ben focalizzati dalla letteratura precedente alla novella; la dottrina ha difatti da sempre spinto in questa direzione. Per tutti vedi R. GUERRINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, per i tipi della Cedam di Padova, 2013.

⁸ Sugli indicati aspetti, vedi anche A. DE PALMA, *il Manuale di misure di prevenzione. Linee teoriche e operative*, di, Maggioli Editore, 2013; F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Giuffrè, Milano, 2013

⁹ Su tali connotazioni vedi F. MENDITTO, *op.cit.*; ; vedi, altresì, CAIRO E FORTE, *op.cit.*

¹⁰ L'art. 51 c.p.p. rubricato «Uffici del pubblico ministero. Attribuzioni del procuratore della Repubblica distrettuale», al comma 3-*bis* testualmente recita: «Quando si tratta dei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere taluno

⁴ Sul tema vedi, per tutti, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁵ Per i correttivi integrativi della novella n. 161 vedi il citato S. RICCHITELLI, *Appunti – Misure patrimoniali di prevenzione antimafia*, che al testo integrativo dedica la parte finale del lavoro edito per i tipi di Mezzina.

⁶ Sul punto vedi *il codice delle misure di prevenzione di A. CAIRO E C. FORTE per i tipi editoriali nel diritto.it del 2013.*

penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinquies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356¹¹, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale¹²;

- agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-*quater*¹³, del codice di proce-

dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3 e 3-*ter*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis*, 416-*ter* e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente».

¹¹ L'art. 12-*quinquies* del d.l. 396/92 rubricato «Trasferimento fraudolento di valori» testualmente recita: «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 prevenzione patrimoniale 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. 2. Fuori dei casi previsti dal comma 1 e dagli articoli 648, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, coloro nei cui confronti pende procedimento penale per uno dei delitti previsti dai predetti articoli o dei delitti in materia di contrabbando, o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti di cui agli articoli 416-*bis*, 629, 630, 644 e 644-*bis* del codice penale e agli articoli 73 e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ovvero nei cui confronti è in corso di applicazione o comunque si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale i quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risultano essere titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, e dei quali non possano giustificare la legittima provenienza, sono puniti con la reclusione da due a cinque anni e il denaro, beni o altre utilità sono confiscati

¹² Art. 418 c.p. rubricato «Assistenza agli associati», testualmente recita «Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato o di favoreggiamento, dà rifugio o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano all'associazione è punito con la reclusione da due a quattro anni. La pena è aumentata se l'assistenza è prestata continuamente. Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto».

¹³ L'art. 51 c.p.p. al comma 3-*quater*, testualmente recita: «Quando si tratta di procedimenti per i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo le funzioni indicate nel comma 1, lettera a), sono attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribu-

dura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II¹⁴ del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630¹⁵ dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale;

- a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645¹⁶, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;
- a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1¹⁷ della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;
- a coloro che, fuori dei casi indicati negli alinea che precedono, siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895¹⁸, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497¹⁹, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato in precedenza;
- agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati negli alinea precedenti. All'uopo il legisla-

nale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente».

¹⁴ Libro II «Dei delitti in particolare» il Titolo VI «Dei delitti contro l'incolumità pubblica» il Capo I è rubricato «Dei delitti di comune pericolo mediante violenza»

¹⁵ Rispettivamente rubricati: art. 284 c.p. «Insurrezione armata contro i poteri dello Stato»; art. 285 c.p. «Devastazione, saccheggio e strage»; 286 c.p. «Guerra civile»; art. 306 c.p. «Banda armata: formazione e partecipazione»; art. 438 c.p. «Epidemia»; art. 439 c.p. «Avvelenamento di acque o di sostanze alimentari»; art. 605 c.p. «Sequestro di persona»; art. 630 c.p. «Sequestro di persone a scopo di estorsione»

¹⁶ Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione.

¹⁷ 1. Riorganizzazione del disciolto partito fascista. Ai fini della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione, si ha riorganizzazione del disciolto partito fascista quando una associazione, un movimento o comunque un gruppo di persone non inferiore a cinque persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista.

¹⁸ Disposizioni per il controllo delle armi.

¹⁹ Nuove norme contro la criminalità.

- tore definisce finanziatore «colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati»;
- alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6²⁰ della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive;
 - ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-*bis*²¹ o del delitto di cui all'articolo 416²² del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* del medesimo codice²³;

²⁰ La legge in parola è titolata "Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestine e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive" e l'art.6 rubricato «Divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive».

²¹ L'art. 640-*bis* c.p. rubricato «Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche» testualmente recita: «La pena è della reclusione da due a sette anni e si procede d'ufficio se il fatto di cui all'articolo 640 riguarda contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee».

²² L'art. 416 c.p. rubricato «Associazione a delinquere» testualmente recita «Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. I capi soggiacciono alla stessa pena stabilita per i promotori. Se gli associati scendono in armi le campagne o le pubbliche vie, si applica la reclusione da cinque a quindici anni. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più. Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti di cui agli articoli 600, 601, 601-*bis* e 602, nonché all'articolo 12, comma 3-*bis*, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nonché agli articoli 22, commi 3 e 4, e 22-*bis*, comma 1, della legge 1° aprile 1999, n. 91, si applica la reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a nove anni nei casi previsti dal secondo comma. Se l'associazione è diretta a commettere taluno dei delitti previsti dagli articoli 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600-*quinqies*, 609-*bis*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, 609-*quater*, 609-*quinqies*, 609-*octies*, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto, e 609-*undecies*, si applica la reclusione da quattro a otto anni nei casi previsti dal primo comma e la reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal secondo comma

²³ Rispettivamente rubricati: art. 314 c.p. «Peculato»; art. 316 «Peculato mediante profitto dell'errore altrui»; art. 316-*bis* «Mal-

- ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 612-*bis* del codice penale²⁴.

B) *Competenza e legittimazione a proporre l'applicazione della misura. Le vicende del vincolo reale.*

Nei confronti delle persone su indicate, possono essere proposte dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, dal procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, dal questore o dal direttore della Direzione investigativa antimafia le misure di prevenzione patrimoniali di cui al codice antimafia. Nei casi previsti dall'articolo 4, comma 1, lettere c), i), i-*bis*) e i-*ter*) – corrispondenti agli ultimi tre alinea di cui al paragrafo che precede –, le funzioni e le competenze spettanti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto sono attribuite anche al procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario dimora la persona, previo coordinamento con il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto. Nei medesimi casi, nelle udienze relative ai procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione, le funzioni di pubblico ministero possono essere esercitate anche dal procuratore della Repubblica presso il tribunale com-

versazione a danno dello Stato»; art. 316-*ter* c.p. «Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato»; art.317 c.p. «Concussione»; art. 318 c.p. «Corruzione per l'esercizio della funzione»; art. 319 c.p. «Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio»; art. 319-*ter* «Corruzione in atti giudiziari», 319-*quater* «Induzione indebita a dare o promettere utilità», art. 320 c.p. «Corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio», art. 321 c.p. «Pene per il corruttore»; art. 322 c.p. «Istigazione alla corruzione»; art. 322-*bis* c.p. «Peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri».

²⁴ Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.

petente. Salvo quanto or ora osservato, nelle udienze relative ai procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione richieste ai sensi del presente decreto, le funzioni di pubblico ministero sono esercitate dal procuratore distrettuale della Repubblica. Il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto, attraverso il raccordo informativo con il questore e con il direttore della Direzione investigativa antimafia relativamente alle misure di prevenzione di cui al relativo titolo del codice antimafia, cura che non si arrechi pregiudizio alle attività di indagine condotte anche in altri procedimenti. A tal fine, il questore territorialmente competente e il direttore della Direzione investigativa antimafia sono tenuti a:

- a) dare immediata comunicazione dei nominativi delle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti sono disposti gli accertamenti personali o patrimoniali previsti dall'articolo 19;
- b) tenere costantemente aggiornato e informato il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto sullo svolgimento delle indagini;
- c) dare comunicazione per iscritto della proposta al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto almeno dieci giorni prima della sua presentazione al tribunale. La mancata comunicazione comporta l'inammissibilità della proposta;
- d) trasmettere al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto, ove ritengano che non sussistano i presupposti per l'esercizio dell'azione di prevenzione, provvedimento motivato entro dieci giorni dall'adozione dello stesso.

L'art. 19 del vigente codice antimafia e delle misure di prevenzione, s'occupa delle Indagini patrimoniali.

A mente della citata disposizione normativa: «[...] 1. I soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, procedono, anche a mezzo della guardia di finanza o della polizia giudiziaria, ad indagini sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie e sul patrimonio dei soggetti indicati all'articolo 16 nei cui confronti possa essere proposta la misura di prevenzione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza con o senza divieto od obbligo di soggiorno, nonché, avvalendosi della guardia di finanza o della polizia giudiziaria, ad indagini sull'attività economica facente capo agli stessi soggetti allo scopo anche di individuare le fonti di reddito. 2. I soggetti di cui al comma 1 accertano, in particolare, se dette persone siano titolari di licenze, di autorizzazioni, di concessioni o di abilitazioni all'esercizio di attività imprenditoriali e commerciali, comprese le iscrizioni ad albi professionali e pubblici registri, se beneficiano di contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concesse o erogate da parte dello Stato, degli enti pubblici o dell'Unione europea. 3. Le indagini sono effettuate anche nei confronti del coniugato, dei figli e di coloro che nell'ultimo quinquennio hanno convissuto con i soggetti indicati al comma 1 nonché nei confronti delle persone fisiche o giuridiche, società, consorzi od associazioni, del cui patrimonio i soggetti medesimi risultano poter disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente. 4. I soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, possono richiedere, direttamente o a mezzo di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, ad ogni ufficio della pubblica amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei soggetti di cui ai commi 1, 2 e 3. Possono altresì accedere, senza nuovi o maggiori oneri, al Sistema per l'interscambio di flussi dati (SID) dell'Agenzia delle entrate e richiedere quanto ritenuto utile ai fini delle indagini. Previa autorizzazione del procuratore della Repubblica o del giudice procedente, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere al sequestro della documentazione con le modalità di cui agli articoli 253, 254, e 255 del codice di procedura penale. 5. Nel corso del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione iniziato nei confronti delle persone indicate nell'articolo 16, il tribunale, ove necessario, può procedere ad ulteriori indagini oltre quelle già compiute a norma dei commi che precedono.»

Il quadro di riferimento si completa con le disposizioni legislative in tema di modalità attuative per l'apposizione del vincolo reale.

L'art. 21, in tema di esecuzione del sequestro, dice: 1. Il sequestro è eseguito con le modalità previste dall'articolo 104 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. La polizia giudiziaria, eseguite le formalità ivi previste, procede all'apprensione materiale dei beni e all'immissione dell'amministratore giudiziario nel possesso degli stessi, anche se gravati da diritti reali o personali di godimento, con l'assistenza, ove ritenuto opportuno, dell'ufficiale giudiziario. 2. Il giudice delegato alla procedura ai sensi dell'articolo 35, comma 1, sentito l'amministratore giudiziario, valutate le circostanze, ordina lo sgombero degli immobili occupati senza titolo ovvero sulla scorta di titolo privo di data certa anteriore al sequestro, mediante l'ausilio della forza pubblica. 3. Il rimborso delle spese postali e dell'indennità di trasferta spettante all'ufficiale giudiziario è regolato dalla legge 7 febbraio 1979, n. 59. L'art. 22, trattando dei provvedimenti d'urgenza, prevede che 1. Quando vi sia concreto pericolo che i beni di cui si prevede debba essere disposta la confisca vengano dispersi, sottratti od alienati, i soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2 possono, unitamente alla proposta, richiedere al presidente del tribunale competente per l'applicazione della misura di prevenzione di disporre anticipatamente il sequestro dei beni prima della fissazione dell'udienza. Il presidente del tribunale provvede con decreto motivato entro cinque giorni dalla

richiesta. Il sequestro eventualmente disposto perde efficacia se non convalidato dal tribunale entro trenta giorni dalla proposta. 2. Nel corso del procedimento, a richiesta dei soggetti di cui al comma 1 o degli organi incaricati di svolgere ulteriori indagini a norma dell'articolo 19, comma 5, nei casi di particolare urgenza il sequestro è disposto dal presidente del tribunale con decreto motivato e perde efficacia se non è convalidato dal tribunale nei trenta giorni successivi. Analogamente si procede se, nel corso del procedimento, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario, emerge l'esistenza di altri beni che potrebbero formare oggetto di confisca. *2-bis.* Ai fini del computo del termine per la convalida si tiene conto delle cause di sospensione previste dall'articolo 24, comma 2.

L'art. 23, descrittivo del procedimento applicativo, sancisce che: Salvo che sia diversamente disposto, al procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate dal titolo I, capo II, sezione I. Al secondo comma aggiunge che i terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, sono chiamati dal tribunale ad intervenire nel procedimento con decreto motivato che contiene la fissazione dell'udienza in camera di consiglio.

All'udienza gli interessati possono svolgere le loro deduzioni con l'assistenza di un difensore, nonché chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca. Se non ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 24 il tribunale ordina la restituzione dei beni ai proprietari. Il comma 2 si applica anche nei confronti dei terzi che vantano diritti reali o personali di godimento nonché diritti reali di garanzia sui beni in sequestro.

L'art. 24 è dedicato alla confisca. Esso è così strutturato:

1. Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti 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, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. In ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale. Se il tribunale non dispone la confisca, può applicare anche d'ufficio le misure di cui agli articoli 34 e 34-*bis* ove ricorrano i presupposti ivi previsti. *1-bis.* Il tribunale, quando dispone la confisca di partecipazioni sociali totalitarie, ordina la confisca anche dei relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile. Nel decreto di confisca avente ad oggetto

partecipazioni sociali il tribunale indica in modo specifico i conti correnti e i beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile ai quali si estende la confisca.

2. Il provvedimento di sequestro perde efficacia se il tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immisione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario. Nel caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti, il termine di cui al primo periodo può essere prorogato con decreto motivato del tribunale per sei mesi. Ai fini del computo dei termini suddetti, si tiene conto delle cause di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, previste dal codice di procedura penale, in quanto compatibili; il termine resta sospeso per un tempo non superiore a novanta giorni ove sia necessario procedere all'espletamento di accertamenti peritali sui beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente. Il termine resta altresì sospeso per il tempo necessario per la decisione definitiva sull'istanza di ricusazione presentata dal difensore e per il tempo decorrente dalla morte del proposto, intervenuta durante il procedimento, fino all'identificazione e alla citazione dei soggetti previsti dall'articolo 18, comma 2, nonché durante la pendenza dei termini previsti dai commi 10-*sexies*, 10-*septies* e 10-*octies* dell'articolo 7. *2-bis.* Con il provvedimento di revoca o di annullamento definitivi del decreto di confisca è ordinata la cancellazione di tutte le trascrizioni e le annotazioni.

3. Il sequestro e la confisca possono essere adottati, su richiesta dei soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, quando ne ricorrano le condizioni, anche dopo l'applicazione di una misura di prevenzione personale. Sulla richiesta provvede lo stesso tribunale che ha disposto la misura di prevenzione personale, con le forme previste per il relativo procedimento e rispettando le disposizioni procedurali su richiamate.

C) *Le impugnazioni*

Innanzi a tale contesto dispositivo, sono previsti rimedi di riesame delle decisioni applicative di *prime cure*; in buona sostanza il procuratore della Repubblica, il procuratore generale presso la corte d'appello e l'interessato ed il suo difensore, hanno facoltà di proporre ricorso alla corte d'appello, anche per il merito.

Il ricorso non ha effetto sospensivo e deve essere proposto entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

La corte d'appello provvede con decreto motivato entro trenta giorni dalla proposizione del ricorso. L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico; cionondimeno, in linea con le indicazioni offerte dalla giurisprudenza di Strasburgo, allorquando l'interessato ne faccia richiesta il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza.

Avverso il decreto della corte d'appello è ammesso ricorso in cassazione. Soggetti legittimati a proporlo sono: il p.m., l'interessato ed il suo difensore.

Il termine per il ricorso al supremo collegio è di dieci giorni.

La cassazione provvede, in camera di consiglio, entro trenta giorni dal ricorso. Il ricorso non ha, anche in questo caso, effetto sospensivo.

In ordine al viatico procedimentale, il legislatore, con una norma di chiusura del sistema, prevede che, per tutto ciò che non è espressamente previsto dalle norme procedurali del codice antimafia, vadano osservate, previa verifica d'applicabilità in termini di compatibilità, le norme del codice di procedura penale riguardanti la proposizione e la decisione dei ricorsi relativi all'applicazione delle misure di sicurezza.²⁵

4. Considerazioni conclusive

Volendo tirar le fila di quanto si è venuto fin qui illustrando – rammentando che si tratta dei dispositivi più qualificanti del provvedimento normativo in rassegna – punti essenziali ed aspetti salienti dell'intervenuta novella si rivelano, dunque ed in estrema sintesi, essere i seguenti.

- 1) Si allarga il perimetro dei possibili destinatari cui possono essere applicate le misure di prevenzione personali e di natura patrimoniale: da un lato a chi è indiziato di terrorismo o di assistenza agli associati a delinquere e dall'altro a chi è indiziato di associazione a delinquere finalizzata ad alcuni gravi delitti contro la pubblica amministrazione, tra cui peculato, corruzione propria e impropria, corruzione in atti giudiziari, concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità. Misure di prevenzione sono applicabili anche agli indiziati di stalking.
- 2) Il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione è reso più trasparente, garantito e veloce (trattazione prioritaria con rafforzamento delle sezioni competenti, copertura immediata delle vacanze, relazioni periodiche sull'operatività delle sezioni, utilizzo delle videoconferenze, immediata decisione sulle questioni di competenza).
- 3) Si introduce la cd. distrettualizzazione delle misure di prevenzione prevedendo sezioni o collegi distrettuali specializzati, mentre il procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo è inserito tra i soggetti titolari del potere di proposta delle misure di prevenzione. È peraltro meglio definito il coordinamento tra le figure dei proponenti. Ai fini delle indagini patrimoniali tutti i titolari del potere di proposta di prevenzione avranno accesso al SID,

al sistema di interscambio flussi dell'Agenzia delle entrate.

- 4) Il sequestro di partecipazioni sociali "totalitarie" si estende a tutti i beni aziendali. A provvedere materialmente al sequestro sarà ora la polizia giudiziaria (non più l'ufficiale giudiziario). Se il bene immobile è occupato senza titolo, il giudice delegato ordina lo sgombero. Gli immobili, tra l'altro, potranno anche essere concessi in locazione alle forze di polizia o alle forze armate e ai vigili del fuoco.
- 5) È stabilito espressamente che non si può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli è frutto di evasione fiscale. Se il tribunale non dispone la confisca, può nel caso applicare l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario. È ampliato l'ambito di applicazione di sequestro e confisca per equivalente, mentre la confisca allargata diventa obbligatoria anche per alcuni eco reati e per l'auto riciclaggio e trova applicazione anche in caso di amnistia, prescrizione o morte di chi l'ha subita. In caso di revoca della confisca, la restituzione del bene avviene per equivalente se nel frattempo sia stato destinato a finalità di interesse pubblico.
- 6) È introdotto il nuovo istituto del controllo giudiziario delle aziende quando sussiste il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose che ne condizionino l'attività. Il controllo giudiziario, previsto per un periodo che va da un anno a tre anni, può essere chiesto volontariamente anche dalle imprese che abbiano impugnato l'informazione antimafia interdittiva di cui sono oggetto. Una volta disposto, gli effetti dell'interdittiva restano sospesi. Estensione amministrazione giudiziaria.
- 7) L'amministrazione giudiziaria di beni e aziende sarà possibile anche in presenza di indizi da cui risulti che il libero esercizio di attività economiche agevola l'attività dei soggetti colpiti da una misura di prevenzione patrimoniale o che abbiano comunque in corso un procedimento penale per specifici delitti di mafia o gravi reati contro la P.a. La durata raddoppia, con possibile proroga per un periodo comunque massimo di due anni. Alla scadenza, può essere revocata e trasformata in controllo giudiziario. L'amministratore giudiziario esercita tutti i poteri che spettano ai titolari.
- 8) Gli amministratori giudiziari dovranno essere scelti tra gli iscritti all'apposito Albo secondo regole di trasparenza che assicurino la rotazione degli incarichi, al ministro della Giustizia spetterà individuare criteri di nomina che tra l'altro tengano conto del numero degli incarichi in corso (comunque non superiori a nr. 3).
- 9) Gli amministratori di aziende sequestrate vanno scelti tra gli iscritti all'Albo come esperti di gestione aziendale. Se la gestione dei beni sequestrati è particolarmente complessa, il tribunale può nomi-

²⁵ Il tema delle misure di prevenzione, con specifico riferimento al gravame interposto avverso l'applicazione delle stesse è compiutamente indagato nella letteratura sull'argomento; cfr. per tutti, F. MENDITTO, *op. cit.* Raggiugli aggiornati sono rinvenibili in S. RICCHITELLI, *op. cit.*

- nare più amministratori giudiziari. E può anche nominare, nei sequestri di aziende di particolare interesse socio-economico, esperti iscritti all'Albo indicati tra i suoi dipendenti da Invitalia Spa (società interamente partecipata dal Mise). In tal caso l'incarico non sarà retribuito.
- 10) Non potranno più assumere l'ufficio di amministratore giudiziario, coadiutore o diretto collaboratore il coniuge, i parenti e gli affini, i conviventi o i commensali abituali del magistrato che conferisce l'incarico. Il governo poi è delegato a disciplinare un regime sistematico di incompatibilità da estendere ai curatori fallimentari vietando di nominare chi abbia rapporti di parentela, affinità, convivenza e comunque assidua frequentazione con uno qualunque dei magistrati dell'ufficio giudiziario che conferisce l'incarico.
- 11) Entro 3 mesi dalla nomina l'amministratore giudiziario dovrà presentare una relazione che evidenzi le concrete possibilità di prosecuzione dell'attività allegando un piano e censendo creditori e lavoratori impiegati. In mancanza di prospettive, l'impresa sarà liquidata o cesserà l'attività secondo modalità semplificate.
- 12) Le aziende sequestrate per il proseguimento dell'attività potranno contare su apposite sezioni del Fondo di garanzia (3 milioni di euro all'anno) e del Fondo per la crescita sostenibile (7 milioni di euro all'anno) istituite dalla legge di stabilità 2016. Il governo è poi delegato a individuare altre misure a sostegno dell'occupazione. Al fine di favorire la continuità produttiva saranno anche istituiti tavoli provinciali permanenti presso la prefettura con i rappresentanti delle istituzioni e delle associazioni datoriali e dei lavoratori ed è previsto il supporto tecnico a titolo gratuito di imprenditori del settore che matureranno, dopo un anno di collaborazione, un diritto di prelazione in caso di vendita o affitto dell'azienda.
- 13) Sono garantiti i diritti dei terzi in buona fede che risultano da atti anteriori al sequestro. L'amministratore giudiziario può essere autorizzato a pagare subito i 'creditori strategici' a beneficio della continuità aziendale. La tutela dei terzi creditori è peraltro disciplinata in modo più funzionale per ciò che riguarda domande di ammissione del credito, tempi di accertamento e udienza di verifica ed eventuale vendita dei beni a confisca definitiva per il pagamento dei creditori ammessi. Nell'elenco dei creditori in vista dell'udienza di verifica va inserito anche chi vanta un diritto di godimento o garanzia. Chi ha un diritto di garanzia sul bene in sequestro può intervenire nel procedimento di prevenzione patrimoniale.
- 14) Si fa più rigorosa la disciplina dei presupposti che consentono alla banca titolare di ipoteca sul bene confiscato di ottenere parte di quanto prestato. Se in corso di verifica alla banca che vanta un credito non è riconosciuta la buona fede, il decreto che rigetta la domanda di ammissione al credito deve essere comunicato alla Banca d'Italia.
- 15) L'Agenzia nazionale resta sotto la vigilanza del ministero dell'Interno ma vengono ridefiniti i compiti, con particolare riferimento allo scambio di flussi informativi. Il direttore, scelto tra specifiche figure professionali, non necessariamente dovrà essere un prefetto, e presiederà il Comitato consultivo di indirizzo, un nuovo organo interno che esprime pareri e presenta proposte.
- 16) L'Agenzia ha competenza, dopo la conferma della confisca in sede di appello, tanto sui sequestri di prevenzione quanto su quelli penali. Al riguardo, nel ridefinirne i compiti, viene potenziata l'attività di acquisizione dati e valorizzato il ruolo in fase di sequestro con l'obiettivo di consentire un'assegnazione provvisoria dei beni e delle aziende e la funzione di assistenza all'autorità giudiziaria nella gestione del bene fino alla confisca definitiva. L'Agenzia può destinare beni e aziende direttamente a enti territoriali e associazioni.
- Chi scrive, come già rappresentato in precedenza, ha dedicato al tema un saggio monografico in uscita per i tipi editoriali di Mezzina; in quella sede venivano rassegnate delle brevi considerazioni conclusive che possono senz'altro essere qui riproposte.
- Nell'ottobre del 2011, dal giorno 13, allorché il codice antimafia – cd. Alfano, dal nome del ministro proponente – debuttò sul proscenio normativo italiano, si disse che era un debutto a metà. Cionondimeno tutti convennero che segnava indubbiamente un importante passo avanti nel contrasto alla criminalità organizzata. L'innesto novellistico su rassegnato sostanza un ulteriore passo avanti? L'equiparazione di tutela mafia – terrorismo – corruzione è congruamente aderente ai principi generali? La realtà pratica reggerà l'impatto d'un simile innesto normativo?
- Messe di quesiti a cui solo il tempo potrà dare una risposta. Per ora la legge c'è e, come tutte le leggi, va applicata.
- Come sempre è il tempo il miglior giudice delle condotte umane (e della lungimiranza o meno del legislatore).
- Orbene, tali considerazioni si rivelano vieppiù pregnanti e dense d'attualità proprio in relazione alla novella nr. 161 del 17 ottobre 2017 – in vigore dal 19 novembre 2017 – di cui si è trattato nelle pagine che precedono. Novella legislativa assai dibattuta e non poco avversata dentro e fuori le aule parlamentari. I resoconti giornalistici, d'altro canto, depongono univocamente in questo senso.
- Nell'impostazione lessicale massmediatica, la riforma del codice «antimafia» viene comunicata così: «Corrotti come mafiosi, procedure per i sequestri più

efficaci, confisca rafforzata, trasparenza negli incarichi per circoscrivere le parentopoli, maggiori possibilità per intervenire sulle imprese infiltrate dalla criminalità organizzata. Sono solo alcuni degli obiettivi che il nuovo Codice Antimafia, definitivamente approvato dalla Camera dei deputati – con 259 voti a favore, 107 contrari e 28 astenuti – si prefigge di ottenere.

Ci sono voluti quattro anni di lavori, tre letture - la prima nel novembre 2015 da parte della Camera, la seconda lo scorso 6 luglio al Senato e infine la terza definitiva – per dare il via libera a un testo complesso, costituito da dieci articoli, ma anche molto contestato da Fi e M5S che hanno votato contro».

Al di là d'ogni altra considerazione sul punto, resta il fatto oggettivo ed incontrovertibile della vigenza del provvedimento normativo in materia di misure di prevenzione che, innovando profondamente il sistema previgente, il Paese si è dato.

Come ed in quali forme pratico attuative la prassi svilupperà il tema legislativamente assegnatole, sarà compito dell'osservatore e degli operatori pratici scrutinare nel tempo a venire²⁶.

²⁶ Sui profili di perplessità evidenziatisi all'indomani dell'adozione del «codice Alfano» del 2011, vedi per tutti le sagaci osservazioni di F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione*, cit.; vedi, altresì, la *Guida alle nuove misure di prevenzione personali e patrimoniali* di A. PERDUCA, F. BRIZZI E P. PALAZZO, per i tipi editoriali Maggioli, cit.

Alfonso Laudonia
Avvocato

La partecipazione dell'indagato detenuto al procedimento di riesame: il revirement interpretativo della Corte di Cassazione.

Nota a Corte di Cassazione, Sez. II, 3 aprile 2017, n. 36160

abstract

The decision in the commentary marks a very important review of the jurisprudence of lawfulness regarding the participation of the suspect in the review process.

The Supreme Court, in a constitutionally-oriented interpretation, states that the right of participation can not be subject to limitation or decadence, whereby the intention to attend the hearing was in any case promptly exercised by the person concerned, that is to say, without interruption, the regular and orderly conduct of the review process. Therefore, the limit for the request for review is exceeded as the deadline for the request for participation in the proceeding.

keywords

Review – Participation in the review procedure – Detainee – Chamber proceedings – Review procedure.

abstract

La decisione in commento segna un importantissimo revirement della giurisprudenza di legittimità in tema di partecipazione dell'indagato detenuto al procedimento di riesame.

La Suprema Corte, in un'interpretazione costituzionalmente orientata, statuisce che il diritto di partecipazione non può essere sottoposto a limitazioni o decadenze, quando la volontà di partecipare alla udienza sia stata comunque tempestivamente esercitata dalla persona interessata, cioè in modo tale da permettere, senza interruzioni, il regolare ed ordinato svolgimento del procedimento di riesame. Superato, quindi, il limite della richiesta di riesame quale termine ultimo per richiedere di partecipazione al procedimento.

parole chiave

Riesame – Partecipazione al procedimento di riesame – Detenuto – Procedimento camerale – Procedimento di riesame.

Procedimento riesame personale – Richiesta di partecipare avanzata al momento della notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza – Ammissibilità.

In tema di procedimento di riesame di misure cautelari personali, il diritto della persona sottoposta a restrizione della libertà a partecipare all'udienza non è sottoposto a limitazioni o decadenze, quando la relativa richiesta sia stata tempestivamente esercitata in modo da permettere, senza interruzioni, il regolare ed ordinato svolgimento del procedimento di cui all'art. 309 c.p.p. (In applicazione del principio, la S.C. ha annullato senza rinvio l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva rigettato la richiesta dell'indagato di partecipare all'udienza ritenendola tardiva perché non formulata con il ricorso "de libertate", ma al momento della notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza). (Annulla senza rinvio, Trib. lib. Napoli, 02 novembre 2016).

Cass. pen., Sez. II, 3 aprile 2017, (dep. 21 luglio 2017), n. 36160

Pres. Gallo Domenico, Rel. De Crescenzo Ugo

Omissis

1 Fatto

L'indagato per la violazione dell'art. 629 cod. pen., come da imputazione in atti, tramite il difensore, ricorre per Cassazione avverso l'ordinanza 2.11.2016 con la quale il Tribunale del riesame di Napoli ha confermato la misura cautelare degli arresti domiciliari disposta dal Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Avellino con provvedimento del 7.10.2016

La parte ricorrente chiede l'annullamento della decisione impugnata per i seguenti motivi così riassunti entro i limiti previsti dall'art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

1) Violazione degli artt. 309 e 127 cod. proc. pen., perché, pur avendo formulato specifica richiesta, l'indagato non è stato tradotto avanti il Tribunale

del riesame per la udienza fissata, né è stata a ciò autorizzato.

- 2) Ex art. 606 comma 1 lett. C) ed e) cod. proc. pen., vizio di motivazione in ordine alla ritenuta attualità del *periculum libertatis*.

2. Diritto

Il primo motivo di ricorso è fondato e va accolto, con assorbimento in via pregiudiziale del secondo.

Dall'esame degli atti ed in particolare del ricorso, che presenta caratteri di autosufficienza, risulta provato che in data 26.10.2016 è stata notificata, tramite ufficiali appartenenti al Nucleo Operativo della Polizia Penitenziaria, copia dell'ordinanza con la quale è stata disposta l'udienza ex art. 127 cod. proc. pen. per la trattazione del relativo ricorso *de libertate* avanti il Tribunale per il riesame per la data del 2.11.2016.

In calce al provvedimento di notifica risulta essere stata raccolta la dichiarazione dell'indagato (al momento sottoposto al regime degli arresti domiciliari) che ha manifestato la propria volontà di partecipare alla suddetta udienza.

La difesa pone in rilievo che il Tribunale del riesame non ha dato alcuna disposizione perché venisse consentito all'indagato di partecipare alla udienza del 2.11.2016 che si è conseguentemente svolta in sua assenza.

Dall'esame dell'incartamento processuale, si evince che con provvedimento presidenziale del 26.10.2016 [v. fg. 8 retro del fascicolo processuale], il Tribunale del riesame ha rigettato la richiesta formulata dall'indagato, volta ad ottenere l'autorizzazione alla partecipazione alla udienza richiamando l'applicazione dei commi 6 e 8-*bis* dell'art. 309 cod. proc. pen. e definendo tardiva la relativa istanza.

Il provvedimento non appare legittimo.

Se è vero che il dato testuale dell'art. 309, commi 6 e 8-*bis* cod. proc. pen. può indurre a ritenere che l'interessato, detenuto, debba formulare la richiesta di partecipazione all'udienza esclusivamente con l'atto di ricorso, va osservato che la disposizione non appare perentoria sul punto, tale da configurare una possibile decadenza dall'esercizio di un diritto fondamentale, qualora l'interessato abbia formulato la richiesta di esercizio del diritto con atto diverso, purché tempestivo.

Va infatti tenuto presente che la persona sottoposta a restrizione della libertà ha sempre e comunque il diritto (sanzionato ex art. 178 comma 1 lett. C) cod. proc. pen.) di comparire avanti al giudice ove si discute della propria condizione di detenzione. Tale diritto, in un'interpretazione costituzionalmente orientata, non può essere sottoposto a limitazioni o decadenze, quando la volontà di partecipare alla udienza sia stata comunque tempestivamente esercitata dalla persona interessata, cioè in modo tale da permettere, senza interruzioni, il regolare ed ordinato svolgimento dell'iter

procedimentale descritto dall'art. 309 cod. proc. pen.

Nel caso in esame, il G. ha manifestato la propria intenzione nel momento stesso in cui ha ricevuto l'avviso dell'udienza. Poiché il tenore letterale dell'art. 309 commi 6 e 8-*bis* cod. proc. pen. non ricollega la legittimità e la tempestività della richiesta in via esclusiva al momento della proposizione del ricorso avanti il Tribunale del riesame, si può ritenere che la richiesta dell'indagato G. riportata nella relazione della notificazione dell'avviso della udienza, sia stata tempestivamente formulata.

Per le suddette ragioni l'ordinanza impugnata va annullata senza rinvio attesa la violazione del diritto dell'imputato a partecipare all'udienza avanti il Tribunale del riesame integrante una nullità ex art. 178 comma 1 lett. C) cod. proc. pen., tempestivamente dedotta.

Gli atti vanno nuovamente trasmessi al Tribunale del riesame di Napoli per un nuovo giudizio.

Omissis

***Nota a sentenza*

sommario

1. La partecipazione del detenuto al procedimento di riesame pre-riforma. – 2. Le novità introdotte dalla l. 47/2015. – 3. L'orientamento giurisprudenziale all'indomani della riforma. – 4. Il *revirement* della Corte di Cassazione, Sez. II, 3 aprile 2017, n. 36160.

1. La partecipazione del detenuto al procedimento di riesame pre-riforma

Al fine di comprendere la portata innovativa della sentenza in commento è necessario ripercorrere la disciplina del procedimento di riesame prima dell'intervento riformatore avutosi con la Legge 47/2015¹ e

¹ Legge 16 aprile 2015, n. 47 (pubblicata in G.U. n. 94 del 23 aprile 2015 ed entrata in vigore l'8 maggio 2015, dopo l'ordinaria *vacatio legis*), recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visite a persone affette da handicap in situazione di gravità». Approfonditamente BRICCHETTI-PISTORELLI, *Misure cautelari: dall'8 maggio il ricorso al carcere preventivo è sottoposto a criteri rigidi e a precisi obblighi motivazionali. Concesso all'imputato il diritto a comparire di persona in udienza*, in *Guida dir.*, 2015, 20, p. 51; CHINNICI-NEGRI, *Una riforma carica di ambizioni ma troppo cauta negli esiti*, in CHINNICI-LA ROCCA-MORELLI-NEGRI (a cura di), *Le misure cautelari personali nella strategia del "minimo sacrificio necessario"*, Roma, 2015, p. 3 ss.; FOTI, *Il nuovo testo della norma codicistica è applicabile ai giudizi cautelari in corso di esecuzione?*, in *Dir. e giustizia*, 2015, 28, p. 75; ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, p. 1130; MAGGIO, *I controlli*, in T. BENE (a cura di), *Il Rinnovo delle misure cautelari. Analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015*, Torino, 2015, 4, p. 83 ss.; MALERBA, *Il "nuovo" potere di annullamento del tribunale del riesame alla luce della l. 16 aprile 2015, n. 47: un'occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4234; MARANDOLA, *I nuovi criteri di scelta della misura,*

successivamente verificare i primi orientamenti giurisprudenziali all'indomani della novella legislativa.

Procedendo con ordine, va ricordato come il rinvio operato dall'art. 309, comma 8, c.p.p. alle disposizioni di cui all'art. 127² c.p.p., rendeva applicabile al procedimento di riesame la normativa generale del rito camerale a partecipazione non necessario, salvo le peculiarità a breve descritte³.

Caratteristiche del rito camerale generale sono l'assenza di pubblicità e la non necessaria partecipazione delle parti. Chiara la semplificazione delle forme, che distingue il rito camerale dalla fase dibattimentale, permettendo di raggiungere un provvedimento decisivo in tempi rapidi, pur nel rispetto del principio del contraddittorio. Ovviamente il procedimento testé descritto ben si adatta al procedimento cautelare, che, tuttavia, ha delle proprie peculiarità, dovute alla necessità di definire con celerità lo *status libertatis*.

In particolare:

- 1) il termine per la comunicazione della fissazione dell'udienza alle parti è di 3 giorni e non 10;

in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 405 ss.; A. MARI, *Prime osservazioni sulla riforma in materia di misure cautelari personali* (l. 16 aprile 2015, n. 47), in *Cass. pen.*, 2015, p. 2538; MARZADURI, *Verso una maggiore tutela dell'imputato nel procedimento di riesame: luci e ombre della nuova disciplina*, in www.laegislazionepenale.eu, 1 dicembre 2015; MASTROTOTARO, *Custodia cautelare in carcere e presunzioni legali*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 105; SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 529 ss.; SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 luglio 2015, p. 5; TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, in *Processo penale e Giustizia*, 2015, 5, p. 106 ss.; AA.VV., *Le modifiche in materia di misure cautelari*, in BACCARI-LA REGINA-MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, p. 383 ss.

² Per una analisi compiuta dell'art. 127 c.p.p. si rimanda a Amodio, *Artt. 127-128 c.p.p.*, in AMODIO-DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, II, Milano, 1989, p. 85; CHIAVARI, *Tribunale della libertà e libertà personale*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, 1983, p. 131; Rocca, sub art. 127 c.p.p., in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV, Milano, 2010, p. 1270 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, IV ed., Milano 2005, p. 164; GREVI, *Misure cautelari*, in CONSO-GREVI-BARGIS, *Compendio di procedura penale*, VII ed., Padova, 2014, p. 413; NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014, p. 187 ss.; FURGUELE, *Il Riesame*, in SCALFATI (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 2, (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, 2008, p. 485.

³ Cass., sez. VI, 1 settembre 1992, n. 3107, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 609, con nota COPPI, *Il contraddittorio sulla richiesta di proroga dei termini di custodia cautelare*; Cass., sez. VI, 12 febbraio 1992, 413, *ivi*, 1992, II, p. 623; Cass., sez. VI, 28 ottobre 1991, n. 3484, *ivi*, p. 193, con nota di GAITO, *Proroga della custodia cautelare e vizi procedurali*; Cass., sez. un., 11 aprile 2006, n. 14991, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2369; Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 26156, *ivi*, 2003, p. 2978. Secondo l'orientamento giurisprudenziale richiamato in tali sentenze, il modello generale di cui all'art. 127 c.p.p. trova applicazione anche qualora il legislatore pur prescrivendo il procedimento con le forme della camera di consiglio non ne detti ulteriori peculiarità e pur quando non faccia esplicito riferimento alle forme dell'art. 127 c.p.p. In dottrina, v. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Milano, 1994, p. 197.

- 2) la notificazione al difensore può avvenire anche a mezzo telefono, telegramma e telefax;
- 3) gli atti fino al giorno dell'udienza sono depositati in cancelleria ed il difensore può visionarli ed estrarne copia.
- 4) i motivi o i motivi nuovi possono essere presentati fino all'inizio della discussione.

Quanto alla partecipazione dell'interessato all'udienza⁴, l'art. 309, comma 8, c.p.p. rinviava genericamente all'art. 127 c.p.p. Tale norma al terzo comma distingue tra soggetto *in vinculis* detenuto nel circondario da quello fuori dallo stesso.

La Consulta ha ricordato come la partecipazione dell'indagato al procedimento di riesame ha una «funzione eminentemente difensiva». Funzione ribadita dalla stessa Corte con sentenza n. 45 del 1991⁵, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 309, comma 8, c.p.p. e 127, comma 3, c.p.p. nella parte in cui prevede che l'indagato *in vinculis* fuori dalla circoscrizione deve essere sentito, qualora ne abbia fatto richiesta, dal magistrato di sorveglianza del luogo, in luogo del Tribunale del riesame. Nei giudizi camerale a contraddittorio necessario la presenza personale dell'indagato è indispensabile quando è volta «all'acquisizione di elementi probatori» o funzionale al «diritto di autodifesa».

La sentenza, tuttavia, ha lasciato irrisolto il problema relativo all'esistenza o meno del diritto di pretendere la propria presenza all'udienza camerale, dando il via ad un profondo contrasto interpretativo sul tema della partecipazione: diritto soggettivo perfetto o mera facoltà rimessa alla «scelta insindacabile e discrezionale del giudice».

Nel caso di detenuto nel circondario potrà prendere parte all'udienza, nel secondo ha solo la facoltà di essere sentito dal magistrato di sorveglianza del *locus detentionis*. Inoltre, ai sensi dell'art. 127, comma 4, c.p.p., solo per il soggetto ristretto nel luogo in cui ha sede il giudice, nel caso abbia chiesto di essere sentito, è previsto il rinvio dell'udienza in caso di legittimo impedimento.

La *ratio* di tale diversità era di natura pratica per evitare problemi nello spostamento del detenuto.

In merito alla comparizione del soggetto ristretto nel luogo in cui ha sede il giudice si registravano problemi in relazioni al termine entro cui presentare la richiesta di partecipazione per l'assenza di un dato temporale preciso a causa del requisito del «senza ritardo»⁶ richiesto dalla giurisprudenza in virtù dell'art.

⁴ SPAGNOLO-LUDOVICI alla voce *partecipazione*, par. 9, in LAT-TANZI-LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, IX, Milano, 2008, p. 1283 ss.

⁵ In <http://www.giurcost.org/decisioni/1991/0045s-91.html>

⁶ Cass., sez. II, 5 novembre 2014, n. 6023, in *CED Cass.*, n. 262312; Cass., sez. II, 30 aprile 2013, n. 26993, in *CED Cass.*, n. 25819; in termini diversi cfr. Cass., sez. VI, 4 novembre 2011,

101 norme att. c.p.p., per poter formalizzare l'istanza, che lasciava ampi margini di discrezionalità in capo al giudice⁷.

L'effettiva partecipazione non era garantita anche a causa dell'incertezza circa il tipo di sanzione conseguente alla sua violazione.⁸ Sul punto, tuttavia, sono intervenute le Sezioni unite⁹ secondo le quali la mancata traduzione è sanzionata con la nullità assoluta dell'intera procedura camerale nonché del provvedimento reso all'esito della stessa, considerando l'ordine di traduzione e la sua esecuzione, unitamente all'avviso ex art. 127 c.p.p., atti indefettibili della procedura diretta alla regolare costituzione del contraddittorio. Senza tali atti, infatti, mancherebbe la *vocatio in iudicium*, che può essere realmente tale solo in quanto rivolta a chi ad essa sia in grado di rispondere. La citazione dell'imputato detenuto realizza un'unica fattispecie complessa, costituita dalla notificazione dell'udienza e dalla dichiarazione di volontà di comparire. Di conseguenza, la mancata traduzione determina una nullità insanabile ex artt. 178, lett. c), e 179 c.p.p.

Viceversa, quanto al soggetto ristretto fuori circondario si riscontrano diversi orientamenti interpretativi¹⁰:

1) per un primo indirizzo, l'audizione presso il magistrato di sorveglianza può surrogare la partecipazione. Non vi è, tuttavia, un obbligo di disporla automaticamente, essendo attivata su richiesta di parte¹¹. In tal ottica, qualora tale diritto non fosse

esercitato o comunque non sia manifestata l'intenzione di esercitarlo, non vi sarà alcuna violazione nel caso di provvedimento emesso senza l'escussione della stessa¹²;

2) per un secondo orientamento, viceversa, essendo il procedimento di riesame un procedimento camerale, ai sensi dell'art. 127, comma 3 c.p.p. il diritto a presenziare del detenuto fuori circoscrizione sarebbe garantito dall'audizione dello stesso prima del giorno dell'udienza. L'omissione dell'atto determinerebbe una nullità assoluta ed insanabile di tutto il procedimento compreso il provvedimento conclusivo¹³;

3) un terzo orientamento, partendo dagli insegnamenti della Consulta con la sentenza 31 gennaio 1991, n. 45¹⁴, ha sancito che il diritto del detenuto ristretto fuori dal circondario a essere sentito personalmente vincola il giudice a disporre la traduzione davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale a pena di nullità assoluta¹⁵. Tuttavia, ciò non determinerebbe comunque l'inefficacia della misura già adottata.¹⁶

In linea con l'ultimo orientamento, recentemente il Supremo Consesso ha statuito che «nel procedimento camerale di riesame o di appello avverso le misure cautelari personali, la mancata traduzione in udienza dell'imputato o dell'indagato – detenuto o internato

n. 42710, in *CED Cass.*, n. 251277 secondo cui sarebbe irragionevole richiedere l'immediatezza della richiesta rispetto alla ricezione dell'avviso dell'udienza. Secondo Cass. pen., sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 42710 (rv. 251277), in *CED Cassazione*, 2011 «In tema di riesame di misure cautelari personali, la richiesta di traduzione da parte dell'indagato, detenuto in altra circoscrizione, va proposta nella ragionevole immediatezza della ricezione della notificazione dell'avviso della data fissata per l'udienza camerale dinanzi al Tribunale».

⁷ Cass. pen., sez. II, 30 aprile 2013, n. 20883 (rv. 255819), in *CED Cassazione*, 2013, «In tema di riesame di misure cautelari personali, la richiesta dell'indagato, detenuto in luogo esterno alla circoscrizione ove ha sede il tribunale competente a decidere, di essere sentito dal magistrato di sorveglianza deve essere avanzata tempestivamente, in maniera tale da non risultare pregiudicata la celerità del procedimento di riesame».

⁸ Cass., sez. IV, 29 maggio 2013, n. 26993, in *CED Cass.*, n. 255461, si pronuncia per la nullità dell'udienza camerale e del suo provvedimento conclusivo ribadendo la nullità assoluta dell'udienza e del suo provvedimento conclusivo; Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 48773, in *CED Cass.*, n. 254159, richiama una nullità a regime intermedio che deve essere dedotta prima del compimento dell'atto da parte di chi assista; Cass., sez. V, 30 settembre 2010, n. 42234, in *CED Cass.*, n. 248887, esclude, in forza del principio di tassatività, il ricorrere della massima sanzione invalidante.

⁹ Cass., sez. un., 24 giugno 2010, n. 35399, in *CED Cass.*, n. 247836.

¹⁰ FAMIGLIETTI, *Novità legislative interne*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 4, p. 10 ss.

¹¹ Cass., sez. VI, 11 febbraio 1999, n. 3501, in *CED Cass.*, n. 212702.

¹² Sul punto v. Cass., sez. VI, 15 ottobre 1999, n. 2443, in *Riv. pen.*, 2000, p. 397.

¹³ Cfr. Cass., sez. IV, 29 maggio 2013, n. 26993, in *CED Cass.*, n. 255461; Cass., sez. IV, 12 luglio 2007, n. 39834, in *CED Cass.*, n. 237886; Cass., sez. II, 20 settembre 2006, n. 32666, in *CED Cass.*, n. 235313.

¹⁴ La Corte Costituzionale con tale arresta ha statuito che il combinato disposto degli artt. 309, comma 8, e 127, comma 3, c.p.p. non vieta la comparizione del detenuto fuori circondario.

¹⁵ Cass., sez. V, 11 maggio 2004, n. 24376, in *CED Cass.*, n. 229653.

¹⁶ Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, n. 1099, in *CED Cass.*, n. 235621 «(richiamato, per quanto riguarda il riesame, dall'art. 309, comma ottavo, c.p.p. e, per quanto riguarda l'appello "de libertate", dall'art. 310, comma secondo, c.p.p.) deve ritenersi, alla stregua dei principi affermati dalla Corte costituzionale con la sentenza 31 gennaio 1991 n. 45, che, qualora l'interessato, detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, avanzi richiesta di essere sentito personalmente, il giudice sia vincolato, a pena di nullità, a disporre la traduzione davanti a sé, senza possibilità di alcuna valutazione discrezionale. Con la conseguenza che la mancata traduzione in udienza o comunque la mancata possibilità di presenziare all'udienza da parte dell'interessato, qualora lo abbia richiesto, eventualmente attraverso le modalità della videoconferenza, dà luogo a nullità assoluta ed insanabile». V. anche Cass. pen., sez. VI, 17 ottobre 2013, n. 44415 (rv. 256689), in *CED Cassazione*, 2013: «Nel procedimento camerale di riesame o di appello avverso le misure cautelari personali, la mancata traduzione in udienza dell'imputato o dell'indagato – detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice – che abbia fatto richiesta di presenziare alla sua celebrazione, determina la nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e del provvedimento conclusivo ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p., senza che ne consegua tuttavia l'inefficacia della misura cautelare adottata».

in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice – che abbia fatto richiesta di presenziare alla sua celebrazione, determina la nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e del provvedimento conclusivo ai sensi degli artt. 178 e 179 c.p.p., senza che ne consegua tuttavia l'inefficacia della misura cautelare adottata»¹⁷.

Ancora, «In tema di procedimento camerale di riesame, l'indagato detenuto o internato fuori del circondario del tribunale competente ha diritto di presenziare alla udienza per essere sentito personalmente solo se la richiesta di audizione è formalizzata in modo tale da rendere manifesta la volontà di rendere dichiarazioni su questioni di fatto concernenti la propria condotta»¹⁸.

2. Le novità introdotte dalla l. 47/2015

Il diritto di partecipare all'udienza è stato riconosciuto come corollario del principio ad un equo processo dalla Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Gli Stati membri devono assicurare che gli indagati o imputati, in ogni fase del procedimento, abbiano il diritto di presenziare, di partecipare in modo efficace, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale e di esercitare i diritti della difesa.

Al §.41 sono previste delle deroghe quando il procedimento si svolge in maniera semplificata ricorrendo, in tutto o in parte, a una procedura scritta o a una procedura in cui non è prevista alcuna udienza. A determinate condizioni, gli interessati dovrebbero avere la possibilità di rinunciare alla comparizione, esplicitamente o tacitamente, purché in modo inequivocabile.

Nel contesto appena delineato si inserisce la Legge 16 aprile 2015, n. 47, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persona affette da handicap in situazione di gravità». L'intervento legislativo si muove nel contesto di una serie di ulteriori riforme – per lo più frammentarie¹⁹ – di modifica del codice

di rito²⁰, e, nello specifico della materia cautelare, finalizzate ad ottemperare agli obblighi derivanti dalle censure europee e dai moniti della Consulta²¹.

Per quanto di interesse in questa sede va ricordato come l'art. 1 della legge summenzionata ha modificato il comma 6 dell'art. 309 c.p.p., prevedendo che con la richiesta di riesame, oltre a poter essere enunciati i motivi di gravame, «l'imputato può chiedere di comparire personalmente».

L'art. 11 della medesima legge ha aggiunto al comma 8-bis dell'art. 309 c.p.p. (dedicato alla legittimazione del p.m. richiedente la misura a partecipare all'udienza camerale) il seguente ulteriore periodo: «L'imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente».

Tale novità merita una riflessione. Si introduce, infatti, una deroga al contraddittorio meramente eventuale proprio del rito camerale e viene introdotto un nuovo diritto di partecipazione diretta dell'indagato all'udienza ex art. 309 c.p.p.

Il legislatore espressamente elimina la precedente disparità di trattamento esistente tra detenuti, prescindendo dal *locus detentionis* salvo²² i limiti tassativamente previsti dall'art. 54 bis norme att. c.p.p. in tema di esame a distanza²³.

base degli ultimi dati diffusi dal ministero della Giustizia, infatti, i detenuti attualmente nelle carceri italiane sono 53.498, dei quali solo 34.309 condannati definitivi (www.giustizia.it).

¹⁷ Cass. pen., sez. VI, 21 maggio, 2015, n. 21849 (rv. 263630), in *CED Cassazione*, 2015.
¹⁸ Cass. pen., sez. II, 5 novembre 2014, n. 6023 (rv. 262312), in *CED Cassazione*, 2015. La Corte ha ritenuto immune da vizi il provvedimento del Tribunale della libertà che aveva disatteso la richiesta di traduzione non specificatamente motivata.
¹⁹ SCALFATI, *Legislazione "a pioggia" sulle cautele ad personam: l'effervescente frammentarietà di un triennio*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 6, p. 1 ss. Per gli altri interventi v. il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, conv. con modif. nella legge 17 febbraio 2012, n. 9; il d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. con modif. nella legge 9 agosto 2013, n. 94; il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modif. nella legge 21 febbraio 2014, n. 10; il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. con modif. nella legge 11 agosto 2014, n. 117: tali provvedimenti sono stati adottati, ricorrendo addirittura alla decretazione d'urgenza, per trovare soluzioni all'attuale problema del sovraffollamento carcerario e contenere la carcerazione preventiva. Sulla

base degli ultimi dati diffusi dal ministero della Giustizia, infatti, i detenuti attualmente nelle carceri italiane sono 53.498, dei quali solo 34.309 condannati definitivi (www.giustizia.it).
²⁰ v. SPANGHER, *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 913 ss.; già nella Relazione al progetto preliminare al c.p.p. si trova qualche spunto in tal senso, v. *Relazione al progetto preliminare al c.p.p.*, in G. CONSO-V. NEPI MODONA (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, IV, Padova, 1990, p. 757; e ancora prima V. GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in V. GREVI (a cura di), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, 1987, p. 22; G. ILLUMINATI, *Modifiche, integrazioni e problemi non risolti nella normativa sul tribunale della libertà*, in V. GREVI (a cura di), *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova, 1985, p. 391.

²¹ Corte e.d.u., sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia e C. cost., sent. 9 ottobre 2013, n. 279; V. PAZIENZA-G. FIDELBO, *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione n. III/03/2015*, 6 maggio 2015, in www.cortedicassazione.it. Una prima risposta alle condanne per le sistematiche violazioni dell'art. 3 Cedu è stata data con il d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 94, che ha modificato gli artt. 280 e 274, lett. c), c.p.p., elevando ad anni cinque la soglia della pena massima fissata per i reati ai quali può conseguire l'applicazione della custodia cautelare in carcere, e introduce il comma 1-bis dell'art. 275 c.p.p., che ha escluso la custodia cautelare in carcere in caso di prognosi di condanna a una pena inferiore ad anni tre.

²² Sul diritto del detenuto fuori dal circondario a presenziare all'udienza di riesame cfr. Cass., sez. un., 25 marzo 1998, n. 9, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2874, che però esclude l'integrazione di una nullità; nonché Cass., sez. IV, 19 novembre 2004, n. 275, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1129.

²³ La partecipazione a distanza è prevista quando si procede per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3-bis, nonché nell'art. 407, comma 2, lett. a), n. 4, c.p.p., nei confronti di perso-

Le novità introdotte nel comma 8-*bis* hanno una sicura matrice garantistica²⁴, esplicitando il diritto, per colui che ne faccia richiesta, di assistere direttamente all'udienza di riesame²⁵.

Tuttavia, la portata innovatrice nasconde non poche insidie e problemi di coordinamento, in particolare con il comma 8, che, non essendo stato abrogato, continua a rinviare *tout court* alle disposizioni del rito camerale ex 127 c.p.p.

Né è stata modificato l'art. 101 norme att. c.p.p. che, con riferimento al procedimento di riesame, continua a richiamare l'art. 127 c.p.p. prevedendo per l'imputato ristretto fuori del circondario che «il magistrato di sorveglianza senza ritardo assume le dichiarazioni dell'imputato, previo tempestivo avviso al difensore e trasmette gli atti al tribunale con il mezzo più celere»²⁶.

Ciò ha comportato non pochi dubbi di effettività della modifica apportata al comma 8-*bis* dell'art. 309 c.p.p., con cui si pone in evidente contrasto²⁷.

Stando alle previsioni tuttora vigenti, infatti, in linea teorica non sarebbe esclusa l'applicabilità delle disposizioni generalmente dettate per i procedimenti in camera di consiglio.

Tuttavia, la modifica deve essere letta unitamente all'ulteriore novità apportata al comma 6 dello stesso articolo 309 c.p.p., che inserisce un termine entro cui la persona ristretta deve comunicare di voler comparire, ovvero con la «con la richiesta di riesame».

Il legislatore, quindi, sembra aver sancito un diritto assoluto alla partecipazione, diversamente da quanto avviene per il rito camerale²⁸.

Seppur lodevole l'intento legislativo, tuttavia, non può non evidenziarsi la compressione del diritto stesso

na che si trova, a qualsiasi titolo, in stato di detenzione in carcere, solo per gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico o qualora il dibattimento sia di particolare complessità e la partecipazione a distanza risulti necessaria ad evitare ritardi nel suo svolgimento (ad esempio se nei confronti dello stesso imputato siano contemporaneamente in corso distinti processi presso diverse sedi giudiziarie); oppure ancora quando si procede nei confronti di detenuto al quale sono state applicate le misure di cui all'art. 41 *bis*, comma 2, della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, nonché, ove possibile, quando si deve udire, in qualità di testimone, persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario, salvo, in quest'ultimo caso, diversa motivata disposizione del giudice.

²⁴ *Relazione di accompagnamento all'originaria proposta di legge n. 631/AC* (in www.senato.it).

²⁵ MARZADURI, *Linee di riforma delle impugnazioni de libertate*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, 2014, p. 372.

²⁶ SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, cit., p. 533, evidenzia il mancato coordinamento con l'art. 101 norme att. al c.p.p.

²⁷ MITTICA, *La partecipazione all'udienza di riesame dopo la legge n. 47 del 2015*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3/2016.

²⁸ BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2015, p. 23.

nella previsione di un termine anticipato della relativa richiesta con il deposito dell'impugnazione. Tale termine stringente, difatti, limita il libero intervento all'udienza di riesame.

Nella stessa *ratio* riformatrice si pone la modifica del comma 9-*bis* dell'art. 309 c.p.p., secondo cui, «su richiesta formulata personalmente dall'imputato entro due giorni dalla notificazione dell'avviso», il Tribunale differisce «la data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni se vi sono giustificati motivi». L'obiettivo è sempre quello di riconoscere al detenuto il diritto di presenziare all'udienza, configurando un'ipotesi di legittimo impedimento.

Va ricordato, infine, come le modifiche apportate ai commi 6 e 8-*bis* non apportano novità al procedimento di appello cautelare ex art. 310 c.p.p., ove, quindi, continuano a valere le regole generali dettate nell'articolo 127 c.p.p.

Esclusa dall'ambito della riforma la disciplina della partecipazione mediante collegamento audiovisivo prevista dall'articolo 146-*bis* norme att. c.p.p., per i detenuti indagati per i reati indicati dagli artt. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. e 407, comma 2, lett. a), c.p.p. o sottoposti al regime penitenziario particolare di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

3. L'orientamento giurisprudenziale all'indomani della riforma

La Corte di Cassazione²⁹, successivamente all'intervento riformatore, ha accolto con favore la scelta del legislatore, stabilendo la prevalenza della nuova disciplina dell'udienza di riesame sulle regole codificate per i riti camerali in generale, in quanto *lex specialis*.

Secondo la Suprema Corte «nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, per effetto della modifica dei commi 6 e 8-*bis* dell'art. 309 c.p.p., operata dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, il soggetto sottoposto a misura privativa o limitativa della libertà personale può esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale solo se ne ha fatto richiesta, anche per il tramite del difensore, nell'istanza di riesame, mentre non sono più applicabili le disposizioni di cui agli artt. 127, comma terzo, c.p.p. e 101 disp. att. c.p.p., che prevedono il diritto dell'interessato detenuto o internato fuori dal circondario ad essere sentito dal magistrato di sorveglianza».

Secondo tale interpretazione la domanda di traduzione, quindi, andrebbe avanzata contestualmente alla presentazione dell'istanza di riesame.

Non sfugge come un termine così ristretto inevitabilmente incide sul diritto di difesa, inscindibilmente legato alla possibilità di partecipare all'udienza. Tuttavia, nella sentenza n. 49882/2015, si tenta di colmare

²⁹ Cass. pen., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 49882, in <https://www.eius.it/giurisprudenza/2015/430.asp>.

tale lacuna ammettendo la possibilità che la richiesta di partecipare all'udienza possa essere presentata anche dal difensore d'ufficio³⁰.

L'avverbio «personalmente» di cui all'art. 309, comma 6, c.p.p., non sembra riferito alla presentazione dell'istanza di traduzione, bensì alla comparizione, ammettendosi così la possibilità che tale richiesta non debba provenire necessariamente dall'interessato.

Per la Suprema Corte le nuove norme non sarebbero lesive dei diritti della difesa, poiché nella fase cautelare la presenza dell'indagato assume un rilievo in chiave difensiva sicuramente minore, in quanto è rimessa alla volontà dello stesso ed anche perché la facoltà di rendere spontanee dichiarazioni è esercitabile, ancora prima del riesame, nell'interrogatorio di garanzia. Inoltre, secondo la Corte «nella stragrande maggioranza dei casi non possono che risolversi nella pedissequa ripetizione di quanto già dichiarato davanti al G.I.P. o in generiche proteste d'innocenza. (...) così da obbligare il giudice ad un controllo successivo della “tenuta” delle valutazioni operate *ex ante*, a fronte degli argomenti emersi in quella sede»³¹.

Tale interpretazione, restrittiva, è stata fatta propria dalla successiva giurisprudenza. In particolare, si segnala la Cass. pen., sez. II, 11/03/2016, n. 13707 secondo cui «nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, per effetto della modifica dei commi 6 e 8-bis dell'art. 309 c.p.p., operata dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, il soggetto sottoposto a misura privativa o limitativa della libertà personale può esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale solo se ne ha fatto richiesta, anche per il tramite del difensore, nell'istanza di riesame, mentre non sono più applicabili le disposizioni di cui agli artt. 127, comma terzo, c.p.p. e 101 disp. att. c.p.p., che prevedono il diritto dell'interessato detenuto o internato fuori dal circondario ad essere sentito dal magistrato di sorveglianza»³².

Ed ancora dello tenore Cass. pen., sez. IV, 23/02/2016, n. 12998 per la quale «nel procedimento di riesame avverso provvedimenti impositivi di misure cautelari personali, il soggetto sottoposto a misura privativa o limitativa della libertà personale che intende

esercitare il diritto di comparire personalmente all'udienza camerale ai sensi dell'art. 309, comma ottavo bis dell'art. 309 c.p.p., novellato dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, deve formulare tale richiesta con l'istanza di riesame»³³.

4. Il revirement della Corte di Cassazione, Sez. II, 3 aprile 2017, n. 36160

La sentenza in commento si pone in contrasto con il precedente orientamento, in un'ottica, ad avviso di chi scrive, maggiormente garantistica.

Nella specie, il detenuto aveva manifestato la volontà di “comparire” sin dal momento in cui, per la prima volta, aveva avuto notizia della fissazione della udienza *ex art.* 309 c.p.p., ossia contestualmente alla ricezione del relativo avviso. Tuttavia, il Tribunale del riesame, in applicazione (rigida) del combinato disposto dei commi 6 e 8-bis dell'art. 309 c.p.p., definiva tardiva la relativa istanza e, di conseguenza, rigettava la richiesta formulata.

Va brevemente ricordato come in tema di procedimento camerale partecipato *de libertate*, alla stregua dei principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 45/1991, qualora l'interessato avanzi richiesta a comparire, il Giudice sia vincolato a disporre la traduzione dinanzi a sé, senza possibilità alcuna di valutazione. Con la conseguenza che la mancata traduzione in udienza, o comunque, la mancata possibilità di presenziare da parte dell'interessato, qualora ne abbia fatto richiesta, dà luogo ad una nullità assoluta ed insanabile dell'udienza e del provvedimento conclusivo.

D'altro canto, la mancata traduzione dell'indagato da parte dell'Organo Giudicante non troverebbe giustificazione neanche nel novellato art. 309 comma 6 c.p.p., secondo il quale «con la richiesta di riesame possono essere enunciati anche i motivi e l'imputato può chiedere di comparire personalmente».

Il verbo “può”, utilizzato dalla novella, non preclude al detenuto la possibilità di chiedere, tempestivamente, di comparire, anche se in un momento successivo alla richiesta di riesame: il legislatore, infatti, non ha certo voluto ancorare la facoltà al presupposto meramente formale della richiesta di riesame; ha bensì concesso all'interessato la possibilità di manifestare la propria volontà di presenziare già nell'atto di impugnazione.

Laddove la riforma fosse stata preordinata a stabilire una limitazione di tal fatta, la disposizione avrebbe dovuto più propriamente essere corredata, anche indirettamente, da una sanzione conseguente alla sua eventuale violazione: si sarebbe quantomeno utilizzato l'avverbio “entro” (ad es. “l'imputato può chiedere di

³⁰ Va ricordato sul punto come la mancata citazione del difensore d'ufficio all'udienza camerale, salvi i casi di mancato reperimento o mancata comparizione o abbandono della difesa, è causa di nullità assoluta del procedimento, ai sensi dell'art. 179 c.p.p., cfr. Cass., sez. V, 19 febbraio 1996, n. 3058, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3406. Viceversa l'omessa notifica dell'avviso di udienza al difensore di fiducia dell'imputato determina nei procedimenti camerali partecipati determina una nullità generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., con conseguente sanatoria in difetto di mancata tempestiva eccezione ad opera della parte privata assistita o del difensore designato d'ufficio, cfr. Cass., sez. un., 20 settembre 1997, n. 2, in *CED Cass.*, n. 208269.

³¹ Cass. pen., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 49882, cit.

³² Cass. pen. sez. II, 11 marzo 2016, n. 13707 (rv. 266519), in *CED Cassazione*, 2016.

³³ Cass. pen. sez. IV, 23 febbraio 2016, n. 12998, in *CED Cassazione*, 2016. Nella fattispecie l'indagato aveva chiesto di presenziare all'udienza di riesame successivamente alla ricezione dell'avviso relativo alla sua fissazione.

comparire personalmente entro il termine per la presentazione della richiesta di riesame”) ovvero il verbo “deve” (ad es. “l'imputato che intenda comparire personalmente deve comunicarlo con la richiesta di riesame”).

Né appare possibile “creare” sanzioni, senza violare il principio di legalità a cui è ovviamente informato l'intero Ordinamento.

A ciò si aggiunga che la medesima legge n. 47/2015 non ha eliminato il rinvio operato dall'art. 309 comma 8 c.p.p. all'archetipo istituito con l'art. 127 c.p.p., né tantomeno ha modificato le disposizioni contenute, in via generale, nell'art. 101 disp. att. c.p.p.

D'altro canto, il nuovo art. 309 comma 6 c.p.p., quantunque diretto a consentire il regolare svolgimento dell'udienza camerale (anche tenuto conto dei ristrettissimi tempi imposti dalla legge per la sua fissazione e celebrazione), non può certo spingersi al punto di limitare, o addirittura cassare, le garanzie di partecipazione dell'indagato, le quali ultime, alla luce dei principi convenzionali e costituzionali, non solo andrebbero in qualsiasi modo salvaguardate – perché prevalenti, in un ipotetico ed astratto bilanciamento, rispetto ad altri valori parimenti tutelati – per quanto irrobustite.

Di tal che, se si escludesse indebitamente l'applicazione dell'art. 127 c.p.p. e si interpretasse l'art. 309 c.p.p. come un onere di comunicazione ancorato alla presentazione della richiesta di riesame, si finirebbe per consentire una inammissibile limitazione dell'inalienabile (e preponderante) diritto di chiunque di “partecipare per difendersi”, non solo al proprio giudizio ma anche e a fortiori all'udienza in cui si discute della richiesta di riesame del provvedimento che ha già privato il richiedente della libertà, per giunta inaudita altera parte e prim'ancora della condanna, *rectius* della instaurazione del contraddittorio sulle ipotesi accusatorie.

Orbene, per i giudici di legittimità nella sentenza in commento, una lettura testuale dell'art. 309, commi 6 e 8-*bis* c.p.p. può indurre a ritenere che l'interessato, detenuto, debba formulare la richiesta di partecipazione all'udienza esclusivamente con l'atto di ricorso.

La disposizione, tuttavia, non appare perentoria e non è configurata alcuna decadenza dall'esercizio di un diritto fondamentale, qualora l'interessato abbia formulato la richiesta di esercizio del diritto con atto diverso.

Tale interpretazione tutela maggiormente il diritto della persona *in vinculis* di comparire avanti al giudice ove si discute della propria condizione di detenzione e sanziona la sua violazione con ex art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.

L'unico limite imposta dalla Corte in commento è quello della tempestività. In un'interpretazione costituzionalmente orientata, «il diritto non può essere sottoposto a limitazioni o decadenze, quando la vo-

lontà di partecipare alla udienza sia stata comunque tempestivamente esercitata dalla persona interessata, cioè in modo tale da permettere, senza interruzioni, il regolare ed ordinato svolgimento dell'iter procedimentale descritto dall'art. 309 c.p.p.»³⁴.

Nel caso di specie, l'indagato aveva manifestato la propria intenzione nel momento stesso in cui aveva ricevuto l'avviso dell'udienza.

Il tenore letterale dell'art. 309 commi 6 e 8-*bis* c.p.p. non ricollega la legittimità e la tempestività della richiesta in via esclusiva al momento della proposizione del ricorso avanti il Tribunale del riesame. Logica conseguenza di tale affermazione è che la richiesta dell'indagato riportata nella relazione della notificazione dell'avviso della udienza, è da considerarsi tempestiva.

La violazione

In conclusione, la Corte ha annullato l'ordinanza impugnata senza rinvio attesa la violazione del diritto dell'imputato a partecipare all'udienza avanti il Tribunale del riesame integrando una nullità ex art. 178 comma 1 lett. c) c.p.p.

L'interpretazione data dalla Corte Costituzionale è sicuramente più aderente al dettato costituzionale e, in particolar modo all'art. 11, comma 2, Cost, assicurando sempre la più ampia tutela degli interessi contrapposti coinvolti nel processo penale, anche con riferimento alla procedura camerale.

³⁴ Cfr. sentenza in commento.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

Misure di prevenzione. Pregressa appartenenza ad associazione mafiosa

abstract

The united Sections, were called to settle an interpretative contrast to decide whether, in the application procedure of personal prevention measures against the suspects to belong to a mafia-type association, it is necessary to ascertain the requirement of the topicality of the proposed.

The search for the actuality of the danger in the hypothesis of application of a preventive measure, appears even more necessary than for it is required as an application, in place of the existence of serious indications of consummation of the crime, the assessment of elements on the appearance of the mafia, which constitute a minus with respect to the legitimacy of the application of the precautionary measure.

Therefore, in the light of the normative data and the development of the jurisprudence law, supported by the most recent constitutional judicial decisions and by the EDU Court in accordance with the provisions already adopted during the application of the precautionary measure, in the application procedure of personal prevention measures to suspected of “belonging” to a mafia-type association, it is necessary to ascertain the requirement of the “topicality” of the dangerousness of the proposed.

keywords

Prevention measures – Dangerousness – Current requirement.

abstract

Le Sezioni unite, sono state chiamate a dirimere un contrasto interpretativo per decidere se, nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali nei confronti degli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, sia necessario accertare il requisito della attualità della pericolosità del proposto.

La ricerca del requisito dell'attualità della pericolosità nell'ipotesi di applicazione di misura preventiva, appare ancora più doveroso posto, che per essa si richiede quale presupposto applicativo, in luogo dell'esistenza di gravi indizi di consumazione del reato, l'accertamento di elementi sull'appartenenza alla compagine mafiosa, che costituiscono un minus rispetto a quanto legittima l'applicazione della misura cautelare.

Pertanto, alla luce del dato normativo e dello sviluppo della giurisprudenza di legittimità, avvalorata dalle più recenti pronunce giurisdizionali costituzionali e della Corte EDU conformemente a quanto già statuito in sede di applicazione della misura cautelare, nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di “appartenere” ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della “attualità” della pericolosità del proposto.

parole chiave

Misure prevenzione – Pericolosità – Requisito attualità.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, sent. 30 novembre 2017, dep. 04 gennaio 2018, n. 111.

Misure di prevenzione personali – Condizioni di applicabilità – Pregressa appartenenza del preposto ad associazione mafiosa – Attualità della pericolosità – Sussistenza.

Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della attualità della pericolosità del proposto

Le Sezioni unite sono chiamate a risolvere la questione di diritto compendiata nel seguente quesito «Se, nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali nei confronti degli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, sia necessario accertare il requisito della attualità della pericolosità del proposto».

Il quesito posto all'attenzione delle Sezioni unite, involge uno degli elementi legittimanti l'applicazione della misura: il dato temporale strettamente connesso alla funzione preventiva della misura proposta, posto che la pericolosità può risolversi nel tempo o grandemente scemare, circostanza quest'ultima che priverebbe di causale la misura di prevenzione, in quanto applicata a soggetto non più socialmente pericoloso.

Schematizzando le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in argomento si distinguono tre linee interpretative:

- la prima, risulta nella fase temporale del suo insorgere fondata sulla differente previsione delle disposizioni in tema di pericolosità qualificata dall'appartenenza all'associazione mafiosa, di cui alla L. 31 maggio 1965, n. 575, art. 1, rispetto a quelle in tema di pericolosità generica richiamate dalla L. 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 3, comma 1, nei confronti dei quali ultimi esclusivamente era richiesto un giudizio di pericolosità; ciò aveva condotto a ritenere tale dato costitutivo desumibile *ex lege* per gli indiziati di appartenenza mafiosa. Tale linea interpretativa ha poi continuato ad essere espressa anche dopo il superamento delle differenze testuali, intervenuto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che al suo art. 6, comma 1, richiama quale elemento fondante l'applicazione della misura l'accertamento della pericolosità riferendolo a tutte le categorie di cui all'art. 4, comprendente anche gli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose.¹
- la seconda, ritenuta intermedia, anche precedente alle modifiche normative, che valuta come affievolita la presunzione, per effetto del passaggio del tempo.²

¹ Tra le altre, limitando l'indicazione a quelle successive alla modifica normativa, Sez. 5, sent. 18 marzo 2015, n. 43490, Nirra, Rv. 264927; Sez. 6, sent. 11 novembre 2016, n. 50129, Ferrara, Rv. 268937; Sez. 2, sent. 21 gennaio 2016, n. 8106, Piero, Rv. 266155; Sez. 6, sent. 10 novembre 2016, n. 52775 Fallace, Rv. 268622; Sez. 5, sent. 12 ottobre 2016, n. 51735, Prestifilippo, Rv. 268849; Sez. 2, sent. 31 gennaio 2017, n. 18756, Manti, Rv. 269742; Sez. 2, sent. 10 aprile 2017, n. 23446, Bellocchio, Rv. 270319; Sez. 2, sent. 24 marzo 2017, n. 17218, Maiolo, Rv. 270068; Sez. 2, sent. 10 maggio 2017, n.25778, Capobianco.

² Sez. 5, sent. 22 settembre 2006, n. 34150 Commisso, Rv. 235203; Sez. 1, sent. 07 maggio 2008, n. 20948 Longo, Rv. 240422; Sez. 2, sent. 03 giugno 2014, n. 39057 Gambino, Rv. 260781; Sez. 5, sent. 17 dicembre 2015, n. 1831 Mannina, Rv. 265863; Sez. 6, sent. 11 novembre 2016, n. 51666 Rindone, Rv. 268087; Sez. 6, sent. 30 novembre 2016, n. 52607 Emma, Rv. 269500; Sez. 6, sent. 06 luglio 2017, n. 43447 Agrò; Sez. 5, sent.

- la terza, anch'essa precedente a tali modifiche, che richiede una motivazione in positivo sull'attualità della pericolosità.³

Superata la diversa previsione normativa, l'attuale legislazione richiede quindi di verificare, superata la prima fase del mero inquadramento criminologico, la possibilità di formulare un autonomo giudizio di pericolosità soggettiva per porlo a giustificazione dell'applicazione della misura.

A fronte di tale modifica non può che concludersi che l'applicazione della massima di esperienza desumibile dalla tendenziale stabilità del vincolo possa applicarsi solo attraverso la previa analisi specifica dei suoi presupposti di validità nel caso oggetto della proposta e non può da sola genericamente sostenere l'accertamento di attualità.

L'essenzialità di un'analisi specifica in argomento risulta segnalata in materia – secondo i Supremi Giudici – anche in risalenti pronunce della Corte Costituzionale (n. 23 del 1964), con cui il Giudice delle Leggi ebbe a dichiarare infondate le numerosi questioni all'epoca sollevate dai giudici di merito sul testo della L. 27 dicembre 1956, n. 1423, e chiari che le misure di prevenzione non potevano essere adottate sulla base di “semplici sospetti”, richiedendosi per la loro applicazione, una “oggettiva valutazione dei fatti”, dalle quale risulti una condotta abituale ed il tenore di vita della persona. Tale profondità di analisi non può che valutarsi ancora più attuale sulla base del successivo sviluppo normativo ed ermeneutico nella materia.

E nell'oggettiva valutazione della pericolosità non può che rientrare – ad avviso del Supremo consesso – l'analisi della sua attualità, dato strettamente connesso al concetto stesso di prevenzione, che assume la sua valenza essenziale anche in relazione alla possibilità di applicare le misure reali, in riferimento alle quali deve previamente individuarsi il periodo nel quale la pericolosità è collocabile al fine di verificare l'imputazione del tempo di acquisizione dei beni sottoponibili ad apprensione a tale periodo, per giustificare la loro diretta connessione con le manifestazioni di pericolosità richiamate.

Ricordano i Giudici delle Sezioni unite che, per univoca interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, nell'ampio concetto di appartenenza, richiamato nell'art. 4 d.lgs. in esame, quale condizione legittimante l'applicazione della misura, si ritengono rilevanti anche condotte non connotate dal vincolo stabile, ma

19 gennaio 2017, Cammarata, n. 28624 Rv. 270554; Sez. 6, sent. 15 giugno 2017, n. 33923 Martorana, Rv. 270908.

³ Sez. 1, sent. 10 marzo 2010, n. 17932, De Carlo, Rv. 247053; Sez. 1, sent. 17 gennaio 2011, n. 5838, Pardo, Rv. 249392; Sez. 1, sent. 11 febbraio 2014, n. 23641 Mondini, Rv. 260104; Sez. 6, sent. 07 ottobre 2015, n. 43471 Chilà; Sez. 6, sent. 11 novembre 2016, n. 50128, Agui, Rv. 268215; Sez. 6, sent.14 gennaio 2016, n. 5267, Grande Aracri, Rv. 266184; Sez. 6, sent. 11 novembre 2016, n. 53157, Camerlingo, Rv. 268518; Sez. 2, sent. 31 gennaio 2017, n. 8921 Zagaria, Rv. 269555.

astrattamente inquadrabili nella figura del concorso esterno di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., per definizione caratterizzata da una collaborazione occasionale, espressa in unico o diluito contesto temporale, che si realizza con riferimento a circoscritte esigenze del gruppo, in correlazione con la loro insorgenza, ed è quindi ontologicamente priva della connotazione tipica della condotta partecipativa, costituita dallo stabile inserimento nell'organizzazione criminale con caratteristica di spiccata e persistente pericolosità, derivante dalla connotazione strutturale, mentre risulta estranea a tale concetto la mera collateralità che non si sostanzia in sintomi di un apporto individuabile alla vita della compagine.⁴

Una tale chiave interpretativa risulta avvalorata dalle modifiche normative intervenute medio tempore e contenute nella L. 17 ottobre 2017, n. 161, che, nell'innovare l'art. 4 del d.lgs. in esame, ha espressamente inserito quale specifica ipotesi di pericolosità, suscettibile di giustificare l'applicazione della misura, gli elementi indiziari sull'attività di fiancheggiamento del gruppo illecito prevista nell'art. 418 c.p. Dall'innovazione non può che desumersi conferma dell'impossibilità di qualificare come appartenenza la condotta che, nella consapevolezza dell'illecito, si muova in una indefinita area di contiguità o vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile ad un'azione, ancorché isolata, che si caratterizzi per essere funzionale agli scopi associativi.

Consegue, alla pacifica inclusione della fattispecie concorsuale richiamata nel concetto di appartenenza, che rispetto a tale ipotesi non possa ritenersi sistematicamente verificata la stabilità dell'apporto, per la connessione occasionale per definizione di tale attività rispetto agli scopi fondanti del gruppo.

Con riferimento al profilo del requisito dell'attuazione giova far riferimento anche alle pronunce di legittimità e della Corte costituzionale in tema di valutazione delle esigenze cautelari in ipotesi di gravi indizi di colpevolezza del reato di partecipazione associativa, atteso che i presupposti applicativi di tali provvedimenti condividono con le misure di prevenzione lo svolgimento di un'analisi di condotte pregresse ai fini della proiezione nel futuro della pericolosità e della previsione prognostica di stabilità.

In tale chiave ricostruttiva si pongono le pronunce della Corte costituzionale n. 265 del 2010, 164 e 231 del 2011, ove espressamente si ribadisce nel concreto quanto già chiarito in risalenti pronunce: le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza se sono arbitrarie o irrazionali e non rispondono a dati di esperienza generalizzati, quindi tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi al-

ternative a quelle generali su cui sono fondate. Tale linea interpretativa ha introdotto, in maniera ancora più stringente, la necessità di un'analisi riferita all'epoca di applicazione della misura, richiedendo che anche indicatori pregressi di pericolosità debbano essere attualizzati in forza delle condizioni accertate al momento applicativo, verifica che risulta logicamente essenziale, anche in ragione dell'immediata esecutività delle misure.⁵ Se tale presupposto è stato ritenuto essenziale, a fronte di una espressa previsione normativa che impone la valutazione di gravità indiziaria inerente alla consumazione di un fatto reato, a più forte ragione deve avvertirsi la necessità di spingersi a verificare l'attualità della pericolosità nell'ipotesi di applicazione di misura preventiva, posto che per essa si richiede quale presupposto applicativo, in luogo dell'esistenza di gravi indizi di consumazione del reato, l'accertamento di elementi sull'appartenenza alla compagine mafiosa, che costituiscono un *minus* rispetto a quanto legittima l'applicazione della misura cautelare, in quanto si attribuisce rilievo giuridico all'esistenza di un regime di vita non necessariamente connesso a fattispecie di reato attribuibile all'interessato, ma a fatti, anche privi di rilievo penale, che generino elementi indicativi di tale collegamento.

Il concetto di "appartenenza", evocato dalla norma, è più ampio di quello di "partecipazione", con il conseguente rilievo attribuito in tema di misure di prevenzione a condotte che non integrano neppure in ipotesi di accusa la presenza del vincolo stabile tra il proposto e la compagine, ma rivelano una attività di collaborazione, anche non continuativa.

La differente struttura risulta essenziale nel senso di impedire, anche sul piano logico ricostruttivo, la piena equiparazione tra situazioni radicalmente diverse.

Ne consegue che, nell'ipotesi in cui non siano apprezzati elementi indicativi di tale partecipazione, individuabile nella collaborazione strutturale con il gruppo illecito, nella consapevolezza della funzione del proprio apporto stabile e riconoscibile dai consociati, la collaborazione occasionalmente prestata, pur nel previo riconoscimento della funzione della stessa ai fini del raggiungimento degli scopi propri del gruppo, per la mancanza di stabilità connessa alla natura di tale cooperazione, non può legittimare l'applicazione di presunzioni semplici, la cui valenza è radicata nelle caratteristiche del patto sociale, la cui ideale sottoscrizione, secondo il criterio *dell'id quod plerumque acci-*

⁴ Per una specifica disamina sul punto cfr. Sez. 1, sent. 14 giugno 2017, n. 54119, Sortile.

⁵ Sullo specifico tema, assume rilievo la pronuncia Corte cost. n. 48 del 2015, che ha espressamente censurato di irragionevolezza la presunzione di adeguatezza della misura più gravosa, ove applicata in relazione al delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, malgrado la mancanza nel caso richiamato, di una connessione strutturale con il gruppo che consenta di presumere la stabilità del vincolo, concetto al quale solo può essere ancorata, sul piano empirico-sociologico la presunzione di pericolosità ed adeguatezza della più grave misura.

dit, costituisce il substrato giustificativo⁶ che l'apporto occasionale non possiede per definizione. In tal caso l'accertamento di attualità dovrà logicamente essere ancorato a valutazioni specifiche sulla ripetitività dell'apporto, sulla permanenza di determinate condizioni di vita ed interessi in comune.

Tale progressiva equiparazione procedimentale intervenuta tra applicazione delle sanzioni penali e delle misure di prevenzione⁷, in ragione del riconoscimento della natura affittiva di queste ultime che, sia pure incidenti sulla libertà di circolazione, in luogo che sulla libertà personale – secondo quanto stabilito con riferimento a casi di modalità esecutive che, valutate nel concreto, non appaiano eccessivamente restrittive –, ha progressivamente avvicinato le tutele previste in fase di applicazione della misura di prevenzione all'applicazione di misure cautelari o di sanzioni penali. Ciò è avvenuto riguardo alla previsione dell'udienza pubblica, ed alla necessità di una tipizzazione della previsione astratta per l'avvertita esigenza di connessione delle stesse al principio di legalità già ampiamente riconosciuto in pronunce risalenti della Corte cost. (n. 177 del 1980), e tale sviluppo risulta antitetico rispetto al ricorso a presunzioni valutative non più astrattamente legittimate dalla diversa previsione normativa. Si deve conclusivamente affermare – scrivono i Supremi Giudici – alla luce del dato normativo e dello sviluppo della giurisprudenza di legittimità, avvalorata dalle più recenti pronunce giurisdizionali costituzionali e della Corte EDU⁸, che il richiamo alle presunzioni semplici deve essere corroborato dalla valorizzazione di specifici elementi di fatto che le sostengano ed evidenzino la natura strutturale dell'apporto, per effetto delle ragioni di collegamento espressamente enucleate sulla base degli atti, onde sostenere la connessione con la fase di applicazione della misura.

Per contro, conformemente a quanto già statuito in sede di applicazione della misura cautelare, occorre confrontarsi – sottolineano i Giudici delle Sezioni unite – al fine della valutazione di persistente pericolosità, con qualsiasi elemento di fatto suscettibile, anche sul piano logico, di mutare la valutazione di partecipazio-

ne al gruppo associativo, al di là della dimostrazione di un dato formale di recesso dalla medesima – anche lì dove sia possibile evocare astrattamente un recesso, che si può connettere solo ad attività partecipativa – quale può ravvisarsi nel decorso di un rilevante periodo temporale o nel mutamento delle condizioni di vita, tali da renderle incompatibili con la persistenza del vincolo. Pertanto, risolvendo il quesito sottoposto i Supremi Giudici statuiscano il seguente principio di diritto: «Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di “appartenere” ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della “attualità” della pericolosità del proposto».

⁶ Sul punto Corte cost., n. 231 del 2010.

⁷ Si deve richiamare quanto in argomento quanto sottolineato dalla Corte di legittimità (sez. un., n. 4880 del 26 giugno 2014, dep. 2015, Spinelli, Rv. 262605) ove si è chiarito che «Volendo cogliere (...) le più significative linee di tendenza, può dirsi che le misure di prevenzione personale, ab origine concepite quali misure intese a limitare la libertà di soggetti ritenuti pericolosi al fine di renderne più agevole il controllo da parte delle autorità di pubblica sicurezza, sono state sottoposte ad un processo di costituzionalizzazione (...) interessando un bene di primaria valenza costituzionale come la libertà personale, presidiato dall'art.13 Cost.; e, quindi, ad un processo di “giurisdizionalizzazione”, allo scopo di assicurare, per quanto possibile - stante la peculiarità del procedimento di prevenzione rispetto a quello di cognizione - la tutela delle garanzie difensive, al fine del contemperamento, pur esso ineludibile, con i parametri convenzionali.»

⁸ Corte EDU (G.C. 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia).

a cura di
Andrea Alberico
 Dottore di Ricerca in Diritto Penale - Avvocato

Rassegna di legittimità

Impugnazioni - Appello - Cognizione del giudice d'appello - Divieto di "reformatio in peius" - Reato continuato - Applicazione - Criteri - Fattispecie

Non viola il divieto di "reformatio in peius" previsto dall'art. 597 c.p.p. il giudice dell'impugnazione che apporta per uno dei fatti unificati dall'identità del disegno criminoso un aumento maggiore rispetto a quello ritenuto dal primo giudice, pur non irrogando una pena complessivamente maggiore. (Fattispecie in cui la Corte di appello riqualificava il reato più grave contestato ex art. 416-bis c.p. ai sensi dell'art. 416, commi secondo e quinto, c.p., per poi procedere alla rideterminazione della pena per la continuazione, irrogando per i reati satellite aumenti superiori a quelli stabiliti dal primo giudice).

Cass., sez. 2, sentenza 10 ottobre 2017, n. 50949
 (dep. 08 novembre 2017) Rv. 271376
 Pres. Prestipino, Rel. De Santis, Imp. P.G. in proc. Bivol e altri, P.M. Zacco (Conf.)
 (Dichiara inammissibile, App. Venezia, 30 maggio 2016)

Misure cautelari - Personali - Impugnazioni - Riesame - Procedimento - Deducibilità di vizi inerenti l'interrogatorio di garanzia - Esclusione - Rilevanza dei contenuti dichiarativi dell'esame - Sussistenza

In tema di impugnazione davanti al tribunale del riesame, non è deducibile l'inefficacia della misura cautelare personale correlata all'irregolarità dello svolgimento dell'interrogatorio di garanzia in quanto eventuali vizi della procedura che regola la fase dell'esame successivo all'emissione ed all'applicazione del vincolo cautelare non attengono né alla legittimità del titolo cautelare, né a quella della procedura di riesame, la cui regolarità non può non essere valutata dal tribunale adito. (In motivazione la Corte ha precisato che l'interrogatorio di garanzia ha efficacia nel procedimento di riesame limitatamente alla rilevanza dei contenuti dichiarativi, che rappresentano "elementi sopravvenuti" dei quali è necessario l'apprezzamento).

Cass., sez. 2, sentenza 12 ottobre 2017, n. 54267
 (dep. 01 dicembre 2017) Rv. 271366
 Pres. Fumu, Rel. Recchione, Imp. Cirino e altro, P.M. Filippi (Conf.)
 (Dichiara inammissibile, Trib. lib. Napoli, 23 marzo 2017)

Nullità - Nullità di ordine generale - Nullità assolute - Anticipazione dell'orario di celebrazione del dibattimento rispetto all'ora prefissata - Omessa comparizione dell'imputato e del difensore - Equivalenza all'omessa citazione - Fattispecie

L'anticipazione dell'udienza rispetto all'ora prefissata integra una nullità assoluta, in quanto, impedendo l'intervento dell'imputato e l'esercizio del diritto di difesa, equivale ad omessa citazione. (Nella fattispecie, in cui l'udienza era stata fissata per le ore 11, il dibattimento prendeva avvio, con la nomina di un difensore di ufficio, alle ore 9,18 per concludersi alle ore 10,30).

Cass., sez. 3, sentenza 2 marzo 2017, n. 51578
 (dep. 13 novembre 2017) Rv. 271343
 Pres. Rosi, Rel. Gentili, Imp. Scremin, P.M. Corasaniti (Diff.)
 (Annulla con rinvio, App. Genova, 17 giugno 2015)

Pena - Sospensione condizionale - Subordinazione al risarcimento del danno - Presupposti - Incensuratezza dell'imputato - Rilevanza - Esclusione - Ragioni

In tema di sospensione condizionale della pena, la subordinazione del beneficio all'adempimento dell'obbligo di risarcimento del danno prescinde dall'incensuratezza del condannato, atteso che tale specifico provvedimento non è diretto a favorire la posizione di quest'ultimo sulla base della prognosi favorevole di futura astensione dalla commissione di reati, quanto piuttosto a salvaguardare la posizione di coloro che sono stati pregiudicati dal fatto reato, inducendo l'autore a rimuoverne gli effetti più immediati.

Cass., sez. 3, sentenza 2 marzo 2017, n. 52040
 (dep. 15 novembre 2017) Rv. 271357
 Pres. Rosi, Rel. Gentili, Imp. S., P.M. Corasaniti (Conf.)
 (Rigetta, App. Firenze, 02 ottobre 2014)

Reati contro il patrimonio - Delitti - Appropriazione indebita - In genere - Oggetto della condotta - Appropriazione di denaro - Violazione della destinazione di scopo - Necessità - Fattispecie

Ai fini della configurabilità del delitto di appropriazione indebita, qualora oggetto della condotta sia il denaro, è necessario che l'agente violi, attraverso l'utilizzo personale o altro tipo di distrazione non autorizzata, la specifica destinazione di scopo che esso può avere, non essendo sufficiente il solo mancato versamento del denaro a chi è in astratto legittimato a riceverlo. (Nella specie la S.C. ha ritenuto corretta l'assoluzione dell'imputato, comproprietario di un immobile locato, che aveva omesso di versare la quota parte del canone di locazione all'altro comproprietario, il quale non aveva mai sottoscritto il contratto di locazione né incaricato l'imputato di ritirare la propria quota di denaro con obbligo di successivo versamento ad esso).

Cass., sez. 2, sentenza 24 ottobre 2017, n. 50672
 (dep. 07 novembre 2017) Rv. 271385
 Pres. Iasillo, Rel. Pardo, Imp. P.G., P.C. in proc. Colaianni, P.M. Zacco (Conf.)
 (Dichiara inammissibile, App. Lecce s.d. Taranto, 12 gennaio 2017)

Reati contro il patrimonio - Delitti - Truffa - In genere - Apparecchi da intrattenimento del tipo "slot - Machine" - Blocco od alterazione della comunicazione delle giocate - Frode informatica - Sussistenza

Integra il reato di frode informatica l'utilizzazione di sistemi di blocco od alterazione della comunicazione telematica tra apparecchi da gioco del tipo "slot-machine" e l'amministrazione finanziaria, trattandosi di alterazione dell'altrui sistema telematico, finalizzato all'indebito trattenimento della quota di imposta sulle giocate.

Cass., sez. 6, sentenza 20 giugno 2017, n. 41767
 (dep. 13 settembre 2017) Rv. 271393
 Pres. Paoloni, Rel. Di Stefano, Imp. Boschi e altri, P.M. Angelillis (Diff.)
 (Annulla in parte con rinvio, App. Bologna, 15 aprile 2016)

Reati contro il patrimonio - Delitti - Truffa - In genere - Apparecchi per intrattenimento - Inserimento della "doppia scheda" - Frode informatica - Esclusione - Truffa ai danni dello Stato - Sussistenza

Integra il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato anziché quello di frode informatica, previsto dall'art. 640-ter c.p. l'inserimento negli apparecchi elettronici da gioco di una scheda informatica, attivabile a distanza, mediante la quale la quota di spettanza dell'erario non viene comunicata e, conseguentemente, versata all'amministrazione finanziaria, senza che ciò comporti alcuna alterazione del sistema informatico o telematico altrui. (In motivazione, la Corte ha precisato che l'inserimento di una seconda scheda all'interno del medesimo apparecchio da gioco, non incide sul sistema informativo lecito, bensì funziona autonomamente, condividendo esclusivamente le periferiche di ingresso ed uscita).

Cass., sez. 6, sentenza 20 giugno 2017, n. 41767
 (dep. 13 settembre 2017) Rv. 271392
 Pres. Paoloni, Rel. Di Stefano, Imp. Boschi e altri, P.M. Angelillis (Diff.)
 (Annulla in parte con rinvio, App. Bologna, 15 aprile 2016)

Reati contro la pubblica amministrazione - Delitti - Dei pubblici ufficiali - Corruzione - In genere - Stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi privati - Atti formalmente legittimi ma conformi all'interesse del privato - Reato previsto dall'art. 319 c.p. - Sussistenza - Fattispecie

Configura il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio - e non il più lieve reato di corruzione per l'esercizio della funzione, di cui all'art. 318 c.p. - lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, che si traduca in atti, che, pur formalmente legittimi, in quanto discrezionali e non rigorosamente predeterminati, si conformano all'obiettivo di realizzare l'interesse del privato nel contesto di una logica globalmente orientata alla realizzazione di interessi diversi da quelli istituzionali. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto legittima la qualificazione ai sensi degli artt. 319 e 321 c.p. della condotta di un rappresentante farmaceutico che aveva corrisposto denaro ad un primario ospedaliero in cambio dell'impegno di quest'ultimo a prescrivere a tutti i pazienti un determinato farmaco antitumorale, rilevando che la relativa prescrizione doveva essere frutto di un meditato apprezzamento del quadro clinico del paziente nonché di una valutazione comparativa tra i benefici perseguiti ed i rischi connessi alla terapia farmacologica).

Cass., sez. 6, sentenza 15 settembre 2017, n. 46492

(dep. 10 ottobre 2017) Rv. 271383
 Pres. Conti, Rel. Calvanese, Imp. Argenziano, P.M. Cardia (Conf.)
 (Annulla in parte con rinvio, Trib. lib. Napoli, 28 marzo 2017)

Reati contro l'ordine pubblico – Delitti – Associazione per delinquere – In genere – Reato associativo comune – Circostanza aggravante del metodo mafioso di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 con riferimento ad alcuni reati – Scopo – Conseguenze – Prova del carattere mafioso dell'associazione – Esclusione – Fattispecie

La ritenuta sussistenza della circostanza aggravante dell'utilizzo del metodo mafioso, ai sensi dell'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203, in relazione a taluni reati-fine di un reato associativo comune, non determina di per sé il carattere mafioso dell'associazione finalizzata alla commissione degli stessi. (In applicazione di tale principio la Corte ha ritenuto immune da vizi l'ordinanza del tribunale del riesame che aveva sostituito la misura della custodia cautelare, disposta in relazione al reato di cui all'art. 416-bis c.p., con quella degli arresti domiciliari, riqualificando la condotta ai sensi dell'art. 416 c.p. ed escludendo il carattere mafioso dell'associazione nonostante alcuni reati-fine fossero stati commessi con metodo mafioso).

Cass., sez. 6, sentenza 13 giugno 2017, n. 40548
 (dep. 06 settembre 2017) Rv. 271390
 Pres. Paoloni, Rel. D'Arcangelo, Imp. P.M. in proc. , P.M. Birritteri (Diff.)
 (Rigetta, Trib. lib. Salerno, 05 gennaio 2017)

Reato – Cause di giustificazione – Adempimento di un dovere – Delitto colposo – Inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline – Applicabilità della scriminante – Limiti – Indicazione – Fattispecie

In tema di delitti colposi, la scriminante relativa all'adempimento di un dovere, prevista dall'art. 51 c.p., è configurabile nel caso in cui la condotta dell'agente derivi dall'inosservanza di leggi, regolamenti, ordini e discipline imposta da direttive o disposizioni superiori, mentre la stessa non può essere riconosciuta, quando la condotta sia caratterizzata da un atteggiamento di negligenza o imprudenza. (Fattispecie in tema di condotta negligente ed imprudente del medico nel trattamento sanitario del detenuto).

Cass., sez. 4, sentenza 28 settembre 2017, n. 53150
 (dep. 22 novembre 2017) Rv. 271364
 Pres. Romis, Rel. Ranaldi, Imp. P.C. in proc. Bellisario e altro, P.M. Mazzotta (Diff.)
 (Annulla con rinvio, App. Napoli, 16 novembre 2016)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Procedimento – Impugnazione proposta dal pubblico ministero – Termine impugnatorio di dieci giorni – Decorrenza – Effettiva conoscenza dell'atto – Rilevanza – Condizioni – Fattispecie

Il termine di dieci giorni per l'impugnazione da parte del pubblico ministero del decreto che rigetta la richiesta di applicazione della misura di prevenzione personale, decorre dalla conoscenza legale del provvedimento impugnabile e del suo contenuto – conseguente alla sua comunicazione effettuata dalla cancelleria nella forma dell'avviso di deposito, ai sensi dell'art. 128 c.p.p., o integralmente ai sensi dell'art. 153 c.p.p. – ovvero dalla effettiva conoscenza del provvedimento e del suo contenuto risultante dalla relativa attestazione apposta sull'atto, sottoscritta dal rappresentante dell'accusa. (Fattispecie in cui l'invio del decreto di rigetto, come allegato ad una mail diretta a più indirizzi di posta elettronica, seguito dalla restituzione della prima pagina della mail, datata e sottoscritta dal pubblico ministero, è stato ritenuto insufficiente a dimostrare l'effettiva conoscenza del provvedimento).

Cass., sez. 6, sentenza 19 luglio 2017, n. 45111
 (dep. 29 settembre 2017) Rv. 271394
 Pres. Paoloni, Rel. Ganesini, Imp. Occhiuto, P.M. Filippi (Conf.)
 (Rigetta, App. Torino, 17 novembre 2016)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Procedimento – Impugnazione – Riforma “in peius” – Necessità di rinnovare l'istruzione – Esclusione

Nel procedimento di prevenzione, il giudice d'appello che intenda riformare “in peius” la decisione di rigetto della proposta adottata in primo grado non è tenuto a procedere alla rinnovazione dell'istruttoria, ai sensi dell'art. 603 c.p.p., né ad una motivazione rafforzata del decreto di appello.

Cass., sez. 6, sentenza 19 luglio 2017, n. 45111
 (dep. 29 settembre 2017) Rv. 271395
 Pres. Paoloni, Rel. Ganesini, Imp. Occhiuto, P.M. Filippi (Conf.)
 (Rigetta, App. Torino, 17 novembre 2016)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Causa di giustificazione: atto arbitrario del p.u. – Caratteristiche – Limiti di applicabilità

(art. 393-bis c.p.)

Presupposto per il riconoscimento della causa di giustificazione prevista dall'art. 4 del d.lgs. 14/9/1944 n. 288, è un'attività ingiustamente persecutoria del pubblico ufficiale, il cui comportamento fuoriesca del tutto dalle ordinarie modalità di esplicazione dell'azione di controllo e prevenzione demandatagli nei confronti del privato destinatario. Va rimarcato che presupposto necessario per l'applicazione della causa di giustificazione ex art. 393-bis c.p., non è la mera irregolarità o illegittimità dell'atto amministrativo che si porta in esecuzione – contro cui sono esperibili gli ordinari rimedi amministrativi e giurisdizionali forniti dall'ordinamento – ma è un'attività ingiustamente persecutoria del p.u., il cui comportamento fuoriesca del tutto dalle ordinarie modalità di esplicazione dell'azione di controllo e prevenzione demandatagli nei confronti del privato destinatario. Anche ove si fosse accertata la presenza di un vizio dell'atto amministrativo cui si dava esecuzione, si verserebbe fuori dalla nozione di atto arbitrario ai fini dell'applicabilità dell'esimente, che deve ricondursi non in qualsiasi profilo di illegittimità del comportamento tenuto dal p.u. ma un comportamento, in genere, che obiettivamente manifesti o riveli un carattere di prepotenza o di sopruso determinati non da colpa ma dalla consapevole volontà del p.u. di perseguire fini o usare messi che non sono compatibili, in senso largo, col nostro ordinamento giuridico. Pertanto ai fini della detta scriminata non basta un comportamento illegittimo del p.u. perché la nozione di arbitrarità implica capriccio, vessazione, sopruso e simili sentimenti onde nel comportamento del p.u. deve rinvenirsi anche un atteggiamento soggettivo che si concreti nella deliberata intenzione di eccedere dai limiti delle proprie attribuzioni.

Corte Appello Napoli, sez. VI, sentenza 4 ottobre 2017, n. 8609, Pres. Gallo, Est. Polizzi

Falsa testimonianza: causa di non punibilità – Applicazione – Criteri

(art. 372 - 348 c.p.)

Il legislatore si è premurato di prevedere una speciale causa di non punibilità per chi abbia commesso alcuno dei delitti indicati dalla norma (tra i quali rientra l'art. 372 c.p.) laddove il dichiarante non avrebbe dovuto essere assunto come testimone o non avrebbe potuto essere obbligato a deporre o comunque a rispondere o, ancora, avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni o testimonianza. Si tratta evidentemente di una valutazione di politica criminale, in forza della quale va esclusa l'applicazione della sanzione penale, anche in presenza di un fatto antiggiuridico e colpevole, per l'esigenza di salvaguardare interessi prevalenti che risulterebbero irrimediabilmente lesi qualora venisse inflitta in concreto la predetta sanzione.

Tribunale Napoli, G.M. Mendia, sentenza 17 ottobre 2017, n. 10586

Omicidio colposo: nesso di causalità – Presupposti

(art. 589 c.p.)

Ai fini della sussistenza del nesso di causalità tra la condotta e l'evento mortale, in primis, occorre accertare che, ipotizzandosi come realizzata la condotta doverosa, idonea e possibile, impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva; in secondo luogo, il giudice deve verificare l'effettiva applicabilità della legge scientifica di copertura o della massima di esperienza utilizzata al caso concreto sottoposto al suo vaglio, tenendo conto delle evidenze disponibili e di tutte le circostanze del fatto, sì da raggiungere la certezza processuale che la condotta omissiva dell'imputato sia stata condizione necessaria dell'evento con "alto o elevato grado di credibilità razionale" o di "probabilità logica" (Cass. sez.un., 10 luglio - 11 settembre 2002, n. 30328, francese). Invero, è stato ancora affermato "nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di casualità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del

fatto storico e sulle particolarità del caso concreto.

Tribunale Nola, G.M. Tirone, sentenza 7 novembre 2017, n. 2839

Omicidio colposo: causalità omissiva – Accertamento – Criteri

(art. 589 c.p.)

In tema di causalità omissiva, occorre effettuare una prognosi controfattuale per accertare che, in concreto, il “comportamento alternativo lecito” avrebbe scongiurato il verificarsi dell’evento lesivo. Tale giudizio deve tener conto tanto delle probabilità di salvezza sancite per i casi simili dalle leggi scientifiche, quanto all’effettiva possibilità che i sanitari intervengano tempestivamente ed in modo efficace. Rileva ancora che “in tema di responsabilità del sanitario, la sussistenza del nesso di causalità può essere affermata o negata, oltre che sulla base di dati empirici o documentali di immediata evidenza, anche con ragionamento di deduzione logica, purché fondato su immediata evidenza, anche con ragionamento di deduzione logica, purché fondato su elementi di innegabile spessore correttamente esaminati secondo le legis artis, e, in proposito, può ritenersi sussistente quando, considerate tutte le circostanze del caso concreto, possano escludersi processi casuali alternativi e si possa sostenere in termini di certezza processuale, ossia di alta credibilità razionale o probabilità logica, che sia stata proprio la condotta omissiva contestata al sanitario a determinare l’evento lesivo per il paziente, facendo riferimento sia a dati statistici sia ad altro materiale probatorio e interpretando le perizie medico-legali dei vari consulenti tecnici.

Tribunale Nola, G.M. Tirone, sentenza 7 novembre 2017, n. 2839

Ricettazione: elemento psicologico – Dolo eventuale – Accertamento – Criteri

(art. 648 c.p.)

L’elemento psicologico della ricettazione può essere integrato anche dal dolo eventuale, che è configurabile in presenza della rappresentazione, da parte dell’agente, della concreta possibilità e non del mero sospetto della provenienza della cosa da delitto e della relativa accettazione del rischio; e ai fini della configurabilità del reato di ricettazione la prova poi dell’elemento soggettivo può essere raggiunta anche sulla base dell’omessa – o non attendibile – indicazione della provenienza della cosa ricevuta, la quale è sicuramente rivelatrice della volontà di occultamento, logicamente spiegabile con un acquisito in mala fede. (Cass., sez. 2, 27.2.97, savic, 207313); in tal caso, la ricorrenza dell’elemento indicativo del dolo non viene affermata sulla base della stigmatizzazione negativa della legittima scelta dell’imputato di tacere, ma sulla base del fatto oggettivo che lo stesso non ha ritenuto di dare alcuna spiegazione in ordine alle circostanze e alle modalità nelle quali e con le quali ebbe ricevere la cosa provento di delitto.

Tribunale Nola, G.O.T. Sabato, sentenza 27 ottobre 2017, n. 2708

Truffa – Esercizio abusivo di professione: differenze e caratteristiche

(art. 640 c.p. – 348 c.p.)

È opportuno precisare, che più volte la giurisprudenza di legittimità, nel chiarire la differenza sostanziale tra il delitto di truffa di cui all’art. 640 c.p., e quello di esercizio abusivo di una professione, previsto e punito all’art. 640 c.p., ha affermato che, nel sanzionare penalmente l’esercizio abusivo di una professione (art. 348 c.p.) l’ordinamento tutela l’interesse pubblico a che determinate professioni, richiedenti particolari requisiti di probità e competenza tecnica, vengano esercitate soltanto da chi, avendo conseguito una speciale abilitazione amministrativa, sia in possesso delle qualità morali e culturali richieste dalla legge; pertanto la tutela si estende soltanto agli atti “propri” o “tipici” delle diverse professioni “in quanto alle stesse riservati in via esclusiva e non anche agli atti che, pur essendo in qualche modo connessi all’esercizio professionale difettano di tipicità nel senso sopra indicato, perché suscettibili di essere posti in essere da qualsiasi interessato”.

L’esercizio abusivo di una professione rientra nella categoria dei reati dei privati contro la pubblica amministrazione, che tutelano l’interesse pubblico a che determinate attività socialmente rilevanti non vengano svolte senza un controllo, compiuto dagli organi competenti e volto a verificare l’idoneità morale, fisica e tecnica del candidato; invece, nella truffa, che rientra tra i reati contro la pubblica amministrazione, viene leso il patrimonio di un soggetto, che viene tratto in inganno attraverso artifici e raggiri.

Tribunale Nola, G.O.T. Sabato, sentenza 27 ottobre 2017, n. 2708

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: omesso versamento dell’importo per il mantenimento dei figli minori – Condotta punibile

(art. 570 c.p.)

Integra il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare il genitore separato che non adempie agli obblighi di versamento imposti dal giudice civile in favore dei figli minori, essendo escluso ogni accertamento in sede penale sulla effettiva capacità proporzionale di ciascun coniuge di concorrere al soddisfacimento dei bisogni dei minori, e spettando al solo giudice civile tale verifica, in quanto la disposizione incriminatrice si limita a sanzionare la condotta

di inadempimento” Tale principio consegue alla parificazione operata dal legislatore tra la condotta prevista dall’art. 3 della legge 8 febbraio 2006, n. 54, e quella 898, relativa alla violazione degli obblighi gravanti sul genitore divorziato, in linea con l’esigenza rilevata da Corte cost., sent. n. 472 del 1989; nello stesso senso Cass. pen., sez. VI, n. 16458 del 2011.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 17 ottobre 2017, n. 2546

PROCEDURA PENALE

Correlazione: riqualificazione del reato di cui all’art. 570 in quello di cui all’art. 3 l. 54/06 – Violazione del contraddittorio – Esclusione

(art. 521 c.p.p.)

La riqualificazione del reato di cui all’art. 570 c.p. in quello previsto e punito dall’art. 3 l. 54/06, non lede i diritti difensivi, come conformemente statuito dalla Suprema Corte (cfr. sul punto, Cass. pen., sez. III, n.2341 del 2012, secondo cui “l’osservanza del diritto al contraddittorio in ordine alla natura e alla qualificazione giuridica dei fatti di cui l’imputato è chiamato a rispondere, sancito dall’articolo 111, comma terzo, cost. dell’articolo 6 CEDU, comma primo e terzo, lett. a) e b), così come interpretato nella sentenza della corte EDU nel proc. drassich c. Italia, è assicurata anche quando il giudice di primo grado provveda alla riqualificazione dei fatti direttamente in sentenza, senza preventiva interlocuzione sul punto, in quanto l’imputato può comunque pienamente esercitare il diritto di difesa proponendo impugnazione”).

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 17 ottobre 2017, n. 2546

Esecuzione penale: sospensione della pena – Condanna inferiore a quattro anni – Applicazione

(art. 656 c. 5 c.p.p.)

Con riferimento alla questione relativa alla sospensione dell’esecuzione della pena in caso di condanne superiori a tre anni, ma inferiori a quattro, si è sviluppato un contrasto giurisprudenziale di merito, che vede contrapposto a un orientamento tendente ad una interpretazione letterale dell’art.656 comma 5 ed uno opposto che, sviluppando l’interpretazione sistematico evolutiva degli artt. 656 c.p.p. e 47 ord. Pen., amplia la sospensione dell’esecuzione di tutte le condanne non superiori a quattro anni. Il secondo orientamento ha trovato di recente avallo nella giurisprudenza consolidata della Suprema Corte (Cass. pen., sez. feriale, 04-09-2017, n. 39889; Cass., sez. 1, n. 37848 del 04/03/2016; sez.1 n. 51864 del 31/5/2016,; sez.1 n. 21667 del 18/1/2016,) secondo la qual e l’entità della sanzione prevista in astratto per la sospensione della esecuzione, ai sensi dell’art. 656 c.p.p., comma 5, deve essere quella pena, deve essere quella della pena, anche residua, non superiore ad anni 4 quando la sospensione sia richiesta ai sensi dell’art. 47, comma 3-bis, ord. pen.. Tale soluzione resta avvalorata dal richiamo dall’art. 656 c.p.p., comma 5, secondo periodo, dall’art.47 ord. Pen. Nella sua interezza, il che offre sul piano sistematico e tecnologico argomenti per superare l’assenza di una espressa previsione normativa che allinei la regolamentazione della sospensione dell’esecuzione alla disposizione che disciplina i requisiti di accesso alla predetta misura alternativa. In altri termini, il perseguimento da parte delle due norme della stessa finalità di ridurre in forme controllate la popolazione carceraria e di evitare l’ingresso negli istituti penitenziari di soggetti che possano usufruire di misure alternative, autorizza un’interpretazione adeguatrice dell’art. 656 e consente di mantenere il parallelismo con i più ampi limiti di pena previsti dal richiamato art. 47, comma 3-bis. AL PM – e dopo di lui al giudice dell’esecuzione – non è rimesso alcun giudizio di merito se il condannato “meriti o meno” la misura dell’affidamento in prova cd. “allargato” di cui all’art. 47 comma 3-bis, giudizio che tale norma rimette esclusivamente alla magistratura di sorveglianza. È quindi del tutto evidente che in tal modo il PM o il GE al suo posto finiranno per sospendere l’esecuzione della condanna in carcere anche nei casi in cui successivamente il Tribunale di Sorveglianza dovesse poi ritenere il condannato non meritevole di detto beneficio.

Tribunale Nola, G.M. Minauro, ordinanza 16 novembre 2017, n. 270

Impugnazioni: intervenuta abrogazione del reato – Effetto sulle statuizioni civili – Intervento delle sez.un.

(art. 9 d.lgs. 8/2016)

Ai sensi dell’art. 4 del citato decreto, le condotte riducibili all’abrogato delitto di ingiuria vanno qualificate come illeciti civili e sottoposte a sanzioni pecuniarie che saranno irrogate dal “giudice competente a conoscere dell’azione di risarcimento del danno” (art. 8 del d.lgs). Con il “gemello” d.lgs. n. 8/2016, è stata, inoltre, prevista la depenalizzazione di una serie di reati puniti con la sola pena pecuniaria e la loro trasformazione in illeciti amministrativi. Nei casi in cui sia stata pronunciata sentenza di condanna di primo grado e risulti pendente appello, mentre il d.lgs. n. 7 non fa riferimento specifico alla competenza in ordine alle situazioni civilistiche da parte del giudice dell’impugnazione, ai sensi dell’art. 9 del d.lgs. n. 8/2016, è invece espressamente previsto che “quando è stata pronunciata sentenza di condanna, il giudice dell’impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato,

decide sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili". Ciò considerato, allo stato attuale due sono le possibili interpretazioni da dare in ordine alla destinazione delle situazioni civili da parte del giudice dell'impugnazione in caso di reati abrogati. La prima è quella di ritenere che, non essendo stata riprodotta la specifica norma transitoria prevista all'art. 9 del d.lgs. n.8 nel testo del d.lgs. n. 7, da ciò emergerebbe una precisa scelta legislativa in virtù del canone "ubi lex voluit dixit, ubi noluit lacuit" e, quindi, non spetterebbe al giudice dell'impugnazione di statuire in ordine agli interessi civili in assenza di specifica indicazione in tal senso. La seconda interpretazione è quella di ritenere che la mancata riproduzione di una disposizione analoga a quella contenuta nel terzo comma dell'art. 9 del d.lgs. n. 8 costituisca una lacuna involontaria del legislatore. Essendo, infatti, previsto all'art. 8 del decreto in analisi che le sanzioni pecuniarie civili siano irrogate dal "giudice competente a conoscere dell'azione e in risarcimento del danno", sarebbe risultato superfluo specificare che nel regime transitorio questo sia il giudice penale davanti al quale la suddetta azione è stata esercitata. La questione è stata rimessa alle sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione che con Sentenza n. 46688 del 29/09/2016 ud. (dep.07/11/2016) ha stabilito che "in caso di sentenza condanna relativa a un reato successivamente abrogato e qualificato come illecito civile ai sensi del d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7, il giudice dell'impugnazione, nel dichiarare che il fatto non è più previsto dalla legge come reato, deve revocare anche i capi della sentenza che concernono gli interessi civili, fermo restando il diritto della parte civile di agire "ex novo" nella sede naturale, per il risarcimento del danno e l'eventuale irrogazione della sanzione pecuniaria civile.

Tribunale Nola, G.M. Capasso, sentenza 3 novembre 2017, n. 56

LEGGI PENALI SPECIALI

Misure prevenzione: violazione della prescrizione della presentazione alla p.g. – Rilevanza penale – Esclusione

(art. 75 d.lgs. 159/11)

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 75 d.lgs. 159/2011 il sorvegliato deve porre in essere condotte eloquenti in quanto espressive di una effettiva volontà di ribellione all'obbligo o al divieto di soggiorno, vale a dire alle significative misure che detto obbligo o divieto accompagnano, caratterizzano e connotano, prescrizioni la cui elusione comporterebbe una sostanziale vanificazione della misura imposta. La prescrizione della mancata presentazione ad apporre la firma, benché condotta doverosa, non costituisce un obbligo nel senso di cui all'art. 9 c. 2 l. 1423/56 come successivamente modificata. L'obbligo vero e proprio è infatti quello di soggiornare o non soggiornare in un determinato luogo. Ne consegue, che trattandosi di una condotta omissiva certamente bagatellare, sarebbe del tutto sproporzionato punire detta omissione con una pena detentiva.

Tribunale Nola, G.M. Minauro, sentenza 16 novembre 2017, n. 2470

Reati tributari: prova – Accertamento – Criteri e limiti

(art. 5 d.lgs. 74/2000)

Giova evidenziare che se da un lato in tema di reati tributari il giudice può legittimamente fondare il proprio convincimento in tema di responsabilità dell'imputato per omessa annotazione di ricavi, il Giudice non può limitarsi a constatarne l'esistenza facendo apodittico richiamo agli elementi evidenziati nella informativa della G.D.F., dovendo procedere a specifica, autonoma valutazione degli elementi descritti comparandoli con quelli eventualmente acquisiti aliunde. Si impone in particolare la necessità di corroborare le presunzioni legittimamente utilizzabili in sede tributaria con elementi oggettivi di riscontro rispetto alle emergenze dei dati bancari.

Tribunale Avellino, G.M. Argenio, sentenza 6 novembre 2017, n. 1947

Giudice pace: ricorso immediato – Declaratoria improcedibilità – Assenza della p.o. – Previsione

(art. 30 l. 274/2000)

L'art. 30 l. 274/2000 prevede la declaratoria di improcedibilità del ricorso immediato, in considerazione della particolarità della procedura così azionata diretta ad una tutela immediata della p.o., la cui assenza ingiustificata al processo e quella del suo difensore costituisce un atto di disinteresse al processo e relativa pronuncia nei confronti dell'imputato, sancita, tale condotta con la declaratoria di improcedibilità e condanna della p.o. alle spese processuali e di giustizia.

Tribunale Nola, G.d.P. Turco, sentenza 16 novembre 2017, n. 206

Circolazione stradale: guida in stato di alterazione psicofisica – Assunzione di sostanze stupefacenti – Ebbrezza – Conseguenze – Differenze

(art. 186 c. 2 c.d.s. – 187 c.d.s.)

La condotta tipica del reato non è quella di chi guida dopo aver assunto stupefacenti, bensì quella di colui che guida nello stato di alterazione psico-fisica determinato da tale assunzione. Ciò significa che per poter affermare la penale responsabilità dell'agente non è sufficiente accertare l'avvenuta assunzione, da parte sua, di una o più sostanze stupefacenti, ma occorre provare, altresì che lo stesso abbia guidato nello stato di alterazione causato da tale assunzione. Mentre quindi per affermare la sussistenza della guida in stato di ebbrezza alcolica è sufficiente che vi sia una prova sintomatica dell'ebbrezza o che il conducente del veicolo abbia superato uno dei tassi alcoolemici indicati nell'art. 186 c.d.s. c. 2, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 187 c.d.s. non basta l'esito positivo dell'accertamento tossicologico, occorrendo acquisire altri elementi probatori dai quali possa desumersi l'esistenza di un'alterazione psico-fisica nella persona del conducente. E ciò in quanto, a differenza dell'alcool, che viene velocemente assorbito dall'organismo, le tracce degli stupefacenti permangono nel tempo, ragion per cui l'esame tecnico potrebbe avere un esito positivo anche in relazione ad un soggetto che abbia assunto la sostanza giorni addietro e che non si trova quindi alò momento del fatto, in stato di alterazione.

Tribunale Nola, G.M. Tirone, sentenza 26 settembre 2017, n. 2170

Diritto amministrativo

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI,
SERVIZI E FORNITURE (*d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50*) 1080
a cura di Almerina Bove



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)

Annullamento di affidamento diretto illegittimo – Limiti alla tutela risarcitoria

Quando viene giudicato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto (e, quindi, la gara non è stata proprio indetta), l'impresa che, come operatrice del settore, lo ha impugnato, lamentando la sottrazione al mercato di quel contratto, riceve, in via generale, una tutela risarcitoria integralmente soddisfacente per mezzo dell'effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto (ed alla quale potrà partecipare, conservando, perciò, integre le possibilità di aggiudicazione del contratto). Nelle ipotesi, tuttavia, in cui tale forma di tutela (in forma specifica) non sia più possibile perché l'Amministrazione abbia deciso di gestire direttamente il servizio, internalizzandone l'esercizio, la tutela risarcitoria per equivalente da perdita di chance resta, in ogni caso, preclusa dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può dimostrare di aver perduto una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o che se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe con elevata probabilità aggiudicato.

Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2017, n. 5303, Pres. Realfonzo, Est. Cogliani

Appalto – Principio di rotazione – Obbligatorietà – L'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale

L'applicazione del principio di rotazione, previsto dall'art. 36, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, è obbligatorio per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia" e trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Il principio in questione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale. Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo, deve puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854, Pres. Caringella, Est. Perrotti

Avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria – Modalità della dichiarazione

Per l'avvalimento dei requisiti di capacità economica e finanziaria ed in particolare del fatturato globale o specifico non è richiesta l'indicazione dei mezzi e delle risorse aziendali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione dell'appalto, perché l'impegno assunto da quest'ultima riguarda la complessiva solidità patrimoniale e finanziaria, la quale è riferibile all'azienda nel suo complesso.

Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973, Pres. Saltelli, Est. Franconiero

Avvalimento dei requisiti di capacità tecnica e professionale – L'indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione è necessaria a pena di esclusione

Allorché l'avvalimento riguardi requisiti di capacità tecnica e professionale di cui il partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici sia privo, l'indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto è necessaria a pena di esclusione del concorrente dalla gara. Più precisamente, l'indicazione contrattuale degli elementi in questione è necessaria per definire l'oggetto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile da parte dell'aggiudicatario, oltre che dalla stazione appaltante.

Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973, Pres. Saltelli, Est. Franconiero

Bando di gara – Richieste di chiarimento – Ove tempestive e volte ad acquisire informazioni supplementari significative impongono la proroga del termine di presentazione delle offerte

Quando le richieste di chiarimento sono tempestive ed impongono informazioni supplementari significative, la proroga del termine di presentazione delle offerte è atto doveroso, non necessitante di valutazioni comparative fra gli interessi pubblici e privati coinvolti. È pur vero che il presupposto fattuale, ossia la significatività della questione oggetto di quesito, implica apprezzamenti soggettivi, ma ciò è comune a tutti i provvedimenti vincolati che abbiano a presupposto un fatto, al ricorrere del quale il legislatore riconnette il doveroso esercizio del potere.

Cons. Stato, sez. III, 22 novembre 2017, n. 5424, Pres. Balucani, Est. Veltri

Bando di gara – Differenza tra requisiti di ammissione stabiliti dalla stazione appaltante e requisiti specifici relativi alle modalità di esecuzione della prestazione

Non è ammissibile un'interpretazione della lex specialis diretta a ricavare dalle norme relative all'esecuzione della prestazione ulteriori requisiti di ammissione "nascosti" o "impliciti", facendo leva sul concetto di "essenzialità". Spetta, infatti, alla sola stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale, delineare in modo palese (facendolo seguire dall'indicazione specifica "a pena di inammissibilità dell'offerta") ciò che riveste natura "essenziale" per lo svolgimento del servizio, tenuto conto delle sue specifiche esigenze: non possono ricavarsi ex post, attraverso la lettura congiunta delle clausole del capitolato speciale, presunti requisiti ritenuti "essenziali" per lo svolgimento del servizio (ma non qualificati come tali dalla stazione appaltante), facendo leva - per di più - sulle particolari modalità di esecuzione della prestazione indicate dal concorrente nella sua offerta tecnica. In questo modo, infatti, si confondono i due piani nettamente separati, costituiti dall'individuazione dei requisiti di ammissione (potere che spetta alla sola stazione appaltante) che riguarda elementi oggettivi valevoli per tutti i concorrenti, nel rispetto del principio della par condicio, e requisiti specifici attinenti alle particolari modalità di esecuzione della prestazione oggetto del successivo contratto prescelti dal singolo concorrente in sede di offerta tecnica, che come tali sono stati individuati dall'impresa partecipante alla gara e che valgono solo per essa.

Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5965, Pres. Balucani, Est. Veltri

Offerta tecnica ed offerta economica – Principio di separazione tra offerta economica ed offerta tecnica – Limiti

L'art. 95, comma 9, dell'attuale Codice dei contratti pubblici riconosce il potere della stazione appaltante, avente natura di discrezionalità tecnica, nella scelta delle modalità di attribuzione dei punteggi. Uno dei limiti a tale potere è certamente rappresentato dalla violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica, in virtù del quale le offerte economiche devono restare segrete per tutta la fase procedimentale in cui la commissione compie le sue valutazioni sugli aspetti tecnici delle offerte, al fine di evitare che gli elementi di valutazione di carattere automatico possano influenzare la valutazione degli elementi discrezionali, con la conseguenza che la componente tecnica dell'offerta e la componente economica della stessa devono essere inserite in buste separate. Peraltro, si deve altresì rilevare che nell'offerta tecnica possono essere comunque inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché gli stessi non facciano parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5392, Pres. Caringella, Est. Lotti

Offerta – Sistema misto di formulazione dell'offerta – La determinazione dei punteggi connessi ai prezzi necessita di un ulteriore giudizio di natura tecnica da compiere in seduta riservata

Nel caso in cui la lex specialis preveda un sistema misto di formulazione dell'offerta mediante la combinazione di elementi di natura tecnica e di natura economica, non è operante la regola imposta dall'art. 283 del d.P.R. n. 207 del 2010, secondo cui si procede, in seduta pubblica, prima alla lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche e successivamente -aperte le buste contenenti le offerte economiche- si rendono noti i ribassi offerti. La norma regolamentare presuppone, infatti, che nella stessa seduta pubblica, dopo la lettura dei ribassi e delle riduzioni, si possano determinare automaticamente i punteggi connessi ai prezzi, e rinviene la sua ratio nell'esigenza di rendere noto ai partecipanti, nella stessa seduta, l'esito finale e congiunto delle valutazioni delle offerte tecniche e di quelle economiche; questo risultato non è invece possibile nel caso di gara svolta secondo il sistema misto nella quale la determinazione dei punteggi connessi ai prezzi non è (solo) matematica, ma si ha all'esito dell'ulteriore giudizio di natura tecnica, che resta ancora da compiere in seduta riservata.

Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2017, n. 5240, Pres. Severini, Est. Barreca

Requisito di idoneità professionale consistente nella iscrizione alla Camera di Commercio – Ratio e criteri di verifica

Nel nuovo codice appalti, l'iscrizione camerale assurge a requisito di idoneità professionale anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara. Utilità sostanziale della certificazione camerale è di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento. Da tale ratio si desume la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nel certificato, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni previste. Tuttavia, detta corrispondenza contenutistica non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma va appurata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto.

Cons. Stato, sez. III, 08 novembre 2017, n. 5170, Pres. Frattini, Est. Pescatore

Responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione – Presupposti

I presupposti della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione consistono nell'affidamento ingenerato dal comportamento della stazione appaltante sull'esito positivo della gara e nell'assenza di una giusta causa per l'inattesa interruzione delle trattative (ibidem). Affinché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale è necessario che: i) le trattative siano giunte ad uno stadio avanzato ed idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; ii) la controparte pubblica, cui si addebita la responsabilità, le abbia interrotte senza un giustificato motivo e infine iii) pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

Cons. Stato, sez. V, 08 novembre 2017, n. 5146, Pres. Saltelli, Est. Contessa

Suddivisione in lotti – Valutazioni di carattere tecnico-economico – Bilanciamento degli interessi pubblici e privati

La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, che deve essere specificamente motivata, costituisce una decisione normalmente ancorata a valutazioni di carattere tecnico-economico. Il concreto esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione circa la ripartizione dei lotti da conferire mediante gara pubblica deve essere funzionalmente coerente con il bilanciato complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e resta delimitato, oltre che dalle norme del Codice dei contratti, anche dai principi di proporzionalità e di ragionevolezza. L'intero impianto dei lotti di una gara non deve dar luogo a violazioni sostanziali dei principi di libera concorrenza, di "par condicio", di non-discriminazione e di trasparenza di cui all'art. 2 co. 1 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i.

Cons. Stato, sez. III, 13 novembre 2017, n. 5224, Pres. Frattini, Est. Realfonzo

Diritto tributario

INTRODUZIONE AL TRATTAMENTO FISCALE DEI PROVENTI DA DIRITTO D'AUTORE 1184
di Giovanna Carugno, Maria Russo

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 1193
a cura di Maria Pia Nastri



Introduzione al trattamento fiscale dei proventi da diritto d'autore

abstract

This paper aims at providing a general overview of the fiscal regulation of the proceeds arising out of the economic exploitation of copyrighted works, transferred to a third party or earned according to a license agreement. More in detail, it will be analyzed how to classify these returns within the existing categories of income and how to define the meaning and the scope of the notion of "royalties".

This survey will be carried out adopting a comparative perspective and methodology, considering not only national legal acts, but also the EU secondary legislation and the international Conventions related to tax law.

keywords

Copyright – Royalties – Income taxes – VAT – Customs duties.

abstract

Il presente contributo si propone di offrire un quadro introduttivo sulla disciplina fiscale dei proventi derivanti dallo sfruttamento economico delle opere protette dal diritto d'autore, a seguito di cessione dei diritti patrimoniali da parte del titolare o di rilascio di una licenza di uso dell'opera creativa. In particolare, sarà dato conto dell'inquadramento di tali proventi nell'ambito delle diverse tipologie di reddito, oltre che della nozione di royalties, come delineata dal legislatore tributario non solo nazionale, ma anche internazionale ed europeo, attraverso un'indagine che assumerà profili eminentemente comparatistici.

parole chiave

Diritto d'autore – Royalties – Imposte sui redditi – IVA – Imposte doganali.

sommario

1. Lo sfruttamento economico delle opere tutelate dal diritto d'autore. – **2.** I redditi generati dall'utilizzazione economica del diritto d'autore. – **3.** Il regime IVA applicato ai diritti di utilizzazione delle opere d'ingegno. – **4.** Approfondimento: la nozione e la disciplina delle *royalties* nella normativa fiscale. – **4.1.** Il trattamento delle *royalties* ai fini delle imposte doganali. – **5.** Considerazioni conclusive.

1. Lo sfruttamento economico delle opere tutelate dal diritto d'autore

Il diritto d'autore tutela i risultati creativi dell'attività intellettuale, attraverso il riconoscimento di diritti di carattere morale e di natura patrimoniale sull'opera che ne deriva.

Tali diritti sorgono in capo all'autore per il solo fatto della creazione dell'opera¹, senza che occorran ulteriori adempimenti, come la pubblicazione o la registrazione della stessa.

Pur se lo sfruttamento economico delle opere dell'ingegno ha origini risalenti, solo recentemente è emersa una più compiuta consapevolezza della funzione strategica che la proprietà intellettuale riveste; ciò che rileva non è più confinato esclusivamente in una prospettiva di protezione e tutela, ma si espande e assume significato anche e soprattutto quando s'introducono concetti più sfumati e ambiti d'indagine ancora da esplorare. Si pensi, per esempio, alla cosiddetta "economia della conoscenza"². I portati creativi rappresentano nel loro insieme un *asset* immateriale in grado di garantire la competitività tra le imprese financo determinando il successo e la resilienza alle fluttuazioni del mercato.

Concentrandosi su di una delle potenziali opzioni a disposizione, l'autore, infatti, può decidere di

¹ * Pur essendo il presente contributo frutto di una riflessione comune, sono da attribuirsi alla Dott.ssa Giovanna Carugno i paragrafi 1, 4 e 5 e alla Dott.ssa Maria Russo i paragrafi 2, 3 e 4.1. L'art. 2576 del Codice civile e l'art. 6 della Legge sul diritto d'autore (l. n. 633/1941) dispongono che il titolo originario dell'acquisto del diritto d'autore è costituito dalla «creazione dell'opera, quale particolare espressione del lavoro intellettuale». Oggetto di tutela possono essere opere di vario tipo (letterarie, musicali, figurative, coreografiche, fotografiche, cinematografiche, e così via), ma anche programmi per elaboratore e banche dati, purché presentino carattere creativo e il requisito della novità.

² La *knowledge economy* è basata sulla produzione, la distribuzione e l'utilizzo della conoscenza e dell'informazione. Essa è al centro dell'Agenda di Lisbona, come enunciato in occasione della sessione straordinaria del Consiglio europeo del 23 e 24 marzo 2000, che vede l'Europa proiettata a diventare «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo». Quanto all'incidenza del sistema del *copyright* sulla nuova economia della conoscenza, si veda il Libro Verde *Il diritto d'autore nell'economia della conoscenza*, Bruxelles, 16 luglio 2008, in COM(2008) 466 def.

sfruttare economicamente la propria opera attraverso la cessione dei diritti patrimoniali a un terzo soggetto – differentemente dai diritti morali, che risultano irrinunciabili e intrasferibili, in quanto posti a presidio della personalità dell'autore, espressa attraverso l'atto creativo³ – per *atto inter vivos*⁴ o *mortis causa*⁵. Con il contratto di cessione, l'autore trasferisce, normalmente dietro corrispettivo, la titolarità dei diritti patrimoniali dedotti in oggetto e corrispondenti a quelli tipizzati *ex artt.* 13 ss. della l. n. 633/1941.⁶

Si tratta di un contratto consensuale a effetti rea-

³ Tali diritti, regolamentati dagli artt. 20-24 della l. n. 633/1941, sono costituiti dal diritto all'integrità dell'opera – ossia a opporsi a modifiche e alterazioni realizzate senza il consenso dell'autore –, dal diritto di paternità – essere riconosciuto creatore dell'opera – e dal diritto all'onore e alla reputazione dell'opera, che si concreta nella facoltà per il titolare di opporsi a qualunque danno alla stessa arrecata. A questi si aggiunge anche il diritto di non pubblicare l'opera o di "fissare un termine per la pubblicazione" (cd. diritto di inedito, di cui all'art. 24 l. n. 633/1941).

⁴ Cessioni e licenze non formano oggetto di una normativa speciale e costituiscono, conseguentemente, atti di autonomia negoziale disciplinati secondo le regole generali sulle obbligazioni. Il regime della cessione del diritto d'autore s'ispira al principio della libera disponibilità da parte del titolare (sul quale, cfr. *ex multis* P. SPADA, *Il diritto d'autore nella circolazione giuridica*, in particolare il par. 1, *Introduzione: il principio della libera disponibilità del diritto d'autore e le ragioni che lo giustificano*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 693-694), per cui il legislatore ha lasciato ampi margini di scelta all'autonomia privata, richiedendo tuttavia che il trasferimento debba riguardare specifiche facoltà (art. 19 l. 633/1941) e venga provato per iscritto (art. 2581 c.c., letto in combinato disposto con l'art. 110 l. n. 633/1941; nello stesso senso si è espressa anche costante giurisprudenza: si veda, da ultimo, Trib. Milano, sez. spec. Impr., del 12 febbraio 2014, n. 2053. In dottrina, è stato tuttavia osservato che la cessione dei diritti patrimoniali non può sottrarsi a talune disposizioni di cui alla l. n. 633/1941 e, segnatamente, a quelle "previste per i contratti tipici di diritto d'autore", come gli artt. 119, 120 e 121 della suddetta legge, in tema di contratto di edizione (V. M. DE SANCTIS, M. FABIANI, *I contratti di diritto d'autore*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 31).

⁵ La trasmissione *mortis causa* dei diritti patrimoniali d'autore è disciplinata dagli artt. 115, 116 e 117 della l. n. 633/1941, e si realizza a mezzo di testamento o legato, in assenza del quale s'instaura un regime di comunione tra gli eredi, ferma restando la possibilità di intervento di una successiva divisione ereditaria, dopo che siano trascorsi almeno tre anni dalla morte dell'autore, «salvo che l'autorità giudiziaria, sopra istanza di uno o più coeredi, consenta, per gravi ragioni, che la divisione si effettui senza indugio» (art. 115).

Secondo quanto stabilito dall'art. 25 della l. n. 633/1941, la titolarità dei diritti patrimoniali resta in capo agli eredi ovvero ai cessionari nel limite di settanta anni dalla morte dell'autore, superato il quale l'opera cade in pubblico dominio e potrà essere liberamente utilizzata da chiunque, senza necessità di ottenere alcuna autorizzazione al riguardo.

⁶ In particolare, i diritti alla: pubblicazione (art. 12); riproduzione in esemplari (art. 13); trascrizione dell'opera orale (art. 14); rappresentazione, esecuzione o recitazione in pubblico (art. 15); comunicazione al pubblico (art. 16); distribuzione (art. 17); elaborazione, traduzione e pubblicazione in raccolta (art. 18); noleggio o prestito (art. 18-bis).

li che può trovare tipizzazione in una serie di schemi negoziali (*in primis*, quello del contratto di edizione), anche se, dal punto di vista causale, la sua funzione concreta risulta ben più articolata dalla semplice finalità traslativa, in quanto orientata a soddisfare obiettivi di cooperazione tra le parti in vista del soddisfacimento d'interessi comuni⁷.

A *latere* del contratto di cessione dei diritti patrimoniali si colloca quello di licenza, attraverso il quale il titolare dei diritti patrimoniali d'autore (licenziante) attribuisce al licenziatario il diritto di utilizzare l'opera creativa. Trattasi di un contratto atipico a effetti obbligatori e a titolo oneroso che, a differenza della cessione, determina una scissione tra la titolarità e l'utilizzazione dell'opera, atteso che l'autore trasferisce solo il mero esercizio dei diritti patrimoniali su quest'ultima, di cui rimane comunque titolare⁸. Invero, in corrispettivo del godimento, il licenziatario riceverà una somma *una tantum* (*lump-sum royalty*) ovvero un compenso determinato in percentuale fissa (minimo garantito o *fixed per-license royalty*) o variabile in relazione a criteri pattuiti dalle parti (*running royalty*)⁹, per esempio in ragione del numero dei prodotti distribuiti su licenza¹⁰.

Dal punto di vista operativo, la licenza può essere concessa con o senza esclusiva.

L'assenza di esclusiva legittima il co-utilizzo dell'o-

⁷ Entrambe le parti, cedente e cessionario, hanno interesse alla circolazione dell'opera. In particolare, con riguardo al contratto di edizione, è stato sostenuto che lo "scambio cooperativo" tra il potere di sfruttamento economico dell'opera e l'assunzione dell'obbligazione di pubblicarla, rappresenta «il più tipico tra i modelli di governo delle relazioni tra l'autore che crea l'opera e l'imprenditore che assume il rischio (per lucrare il profitto) della sua disseminazione nella società» (M. BERTANI, *La disciplina del contratto di edizione nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto d'autore nell'università*, disponibile all'indirizzo www.dirittoautore.cab.unipd.it/progetti).

⁸ Sulla distinzione tra licenza (esclusiva) e cessione, in un'ottica di comparazione con il sistema americano, cfr. A. M. NEWMAN, *An Exclusive License Is Not An Assignment: Disentangling Divisibility And Transferability Of Ownership In Copyright*, in *Louisiana Law Review*, vol. 74, n. 1, 2013, pp. 59-115.

⁹ Solitamente, la scelta a favore delle *royalties* è operata dagli artisti di maggiore fama, che si aspettano un alto tasso di esecuzione, riproduzione, distribuzione – a seconda del diritto ceduto – della propria opera (R. NATOLI, *L'armonizzazione UE dei diritti patrimoniali degli artisti*, in *Aida. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 5).

¹⁰ Cfr. H. TACK, *An Overview Of Commonly Used Royalty Rate Methodologies*, Gunn & Twynmore, gennaio 2015, pp. 9-11, disponibile all'indirizzo <http://www.gunntwynmore.com>. Particolari tipologie di *royalties* sono poi riconosciute agli autori di opere delle arti figurative sul prezzo della vendita successiva alla prima. Si vedano diffusamente H. HANSMANN, M. SANTILLI, *Royalties For Artists Versus Royalties For Authors And Composers*, in *Journal of cultural economics*, novembre 2001, vol. 25, n. 4, pp. 259-281; A. ROBINSON, *Resale Royalties For Visual Artists: Promoting Equity And Expression*, in *Cybaris. An Intellectual Property Law Review*, vol. 6, n. 1, 2015, pp. 97-111; N. F. SIEGEL, *The Resale Royalty Provisions Of The Visual Artists Rights Act: Their History And Theory*, in *Dickinson Law Review*, 1988, p. 1 ss.

pera, per cui più soggetti potranno esercitare gli stessi diritti di sfruttamento sulla stessa, pur se nell'ambito di applicazione e nei limiti delle rispettive licenze. L'esclusiva, invece, consente a un solo licenziatario di sfruttare l'opera (cd. esclusiva totale) o a più licenziatari di operare nello stesso mercato, ma ciascuno per la parte di prodotto o servizio per cui è stata autorizzato (cd. esclusiva parziale).

La flessibilità che deriva da tale ultima soluzione consente al licenziante, titolare del diritto d'autore, di sfruttare al meglio la portata attrattiva dell'opera creativa, potendo trarre beneficio dal ricorso a licenziatari specializzati che, dal canto loro, potrebbero considerare più efficiente investire solo su alcuni prodotti e concentrarsi su nicchie di mercato più circoscritte e raggiungibili con un investimento economico ancor più mirato.¹¹

2. I redditi generati dall'utilizzazione economica del diritto d'autore

Ai fini tributari, i corrispettivi riconosciuti per lo sfruttamento del diritto d'autore possono essere configurati diversamente. A tal proposito, giova ricordare quanto precisato nella Circolare Ministeriale n. 108/E del 03 maggio 1996 la quale, al punto 7.1¹², chiarisce

¹¹ In tema di uso distorto di questi meccanismi negoziali anche in tema di brevetti, il T.A.R. Roma, sez. I, del 2 dicembre 2014, n. 12168, sostiene che «va confermato il provvedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, constatata la sostituibilità di un farmaco (Avastin) nella cura di patologie della vista rispetto ad altro medicinale (Lucentis) di costo decisamente superiore, abbia accertato, sulla base di ampia documentazione e di significativi riscontri probatori, la sussistenza di un'intesa fra i produttori dei due farmaci volta a suffragarne artificialmente la differenziazione, allo scopo di favorire l'impiego di quello più costoso mediante l'enfatizzazione dei rischi suppostamente connessi all'uso intravitale di quello meno costoso (nella consapevolezza che la società produttrice di quest'ultimo derivava, in forza delle royalties ad essa spettanti sulle vendite dell'altro, profitti maggiori di quelli che si sarebbero potuti conseguire dalla commercializzazione ad uso oftalmico del proprio prodotto)», in *Foro italiano*, n. 1, III, 2015, p. 29 ss., con nota di R. Parolesi, e in *Rivista di Diritto Industriale*, n. 2, II, 2016, p. 200 ss., con nota di G. Colangelo.

¹² In particolare alla domanda se i compensi pagati dai quotidiani e dalle riviste agli autori di articoli (quindi di opere protette dal diritto d'autore) dovessero essere trattati come proventi da collaborazioni coordinate e continuative (art. 49, comma 2, lett. a), del TUIR) o come proventi per l'utilizzo dell'opera dell'ingegno (art. 49, comma 2, lett. b), del TUIR) il Ministero chiariva che «occorre distinguere l'ipotesi in cui viene ceduta un'opera dell'ingegno, la cui riproduzione sia tutelata dalle norme sul diritto d'autore (art. 2575 del codice civile e legge n. 633 del 1941), da quella in cui si instaura un rapporto di collaborazione a giornali e riviste in relazione al quale l'oggetto complessivo dell'prestazione esula dalla disciplina relativa alla tutela del diritto d'autore, quale è, ad esempio, l'ipotesi dei correttori di bozze o delle persone che si limitano a fornire alla redazione del giornale notizie utili per la redazione dell'articolo. È soltanto nella prima ipotesi che il reddito derivante dalla redazione di articoli elaborati dall'autore può essere considerato rientrante tra i redditi di cui all'art. 49, comma 2, lett. b), del TUIR, mentre gli altri casi rientrano tra i redditi di

che la qualificazione del reddito prodotto è in funzione dell'attività effettivamente esercitata.

In particolare, il compenso per lo sfruttamento economico del diritto di autore può generare:

- a) redditi di lavoro autonomo;
- b) redditi diversi;
- c) redditi d'impresa.

Redditi di lavoro autonomo:

I proventi in questione sono considerati redditi assimilati di lavoro autonomo secondo quanto previsto dall'art. 53, comma 2, lett. b) del d.P.R. n. 917/1986¹³ quando l'utilizzazione economica:

- a) consiste nella cessione o concessione di diritti su opere dell'ingegno;
- b) avviene da parte dell'autore;
- c) non viene conseguita nell'esercizio di imprese commerciali.

Per quanto riguarda la determinazione di questi tipi di reddito, l'art. 54, comma 8 del d.P.R. n. 917/1986 dispone che i redditi di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) del TUIR¹⁴ derivanti dall'utilizzazione economica da parte dell'autore di opere dell'ingegno sono costituiti dall'ammontare dei proventi percepiti nel periodo d'imposta, ridotto del 25% a titolo di deduzione forfettaria delle spese (per contribuenti con età superiore a 35 anni) ovvero del 40% (per contribuenti con età pari o inferiore a 35 anni)¹⁵.

La *ratio* della "deducibilità forfettaria", secondo la Risoluzione del 23 dicembre 1977 (prot. n. 8/1207), è rappresentata dalla difficoltà di determinazione analitica delle spese sostenute per realizzare l'opera¹⁶.

Ai fini IRAP, la Circolare Ministeriale n. 141/E del 04 giugno 1998, al punto 2.2, ha confermato l'esclusione dall'ambito soggettivo di applicazione del tributo dei redditi derivanti dallo sfruttamento economico, da parte dell'autore, a condizione che questi redditi non siano conseguiti nello svolgimento di attività commerciali.

Sui redditi da lavoro autonomo derivanti dall'utilizzazione economica dei diritti d'autore, i soggetti indicati nel primo comma dell'art. 23 del d.P.R. n. 600/1973¹⁷, che corrispondono compensi a soggetti

cui all'art. 49, comma 2, lett. a)».

¹³ L'art. 53, comma 2, lett. b) del d.P.R. n. 917/1986 dispone che: «Sono inoltre redditi di lavoro autonomo: b) i redditi derivanti dalla utilizzazione economica, da parte dell'autore o inventore, di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di processi, formule o informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico, se non conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali; [...]».

¹⁴ Testo Unico delle Imposte sui Redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

¹⁵ Nell'ambito del Modello UNICO PF i redditi conseguiti devono essere dichiarati nel quadro RL.

¹⁶ La deduzione analitica delle spese non è ammessa anche quando i costi individuabili sono superiori alla deduzione forfettaria.

¹⁷ Sono obbligati a operare la ritenuta gli enti e le società indicati nell'art. 73, comma 1 del TUIR, le società e le associazioni indicate nell'art. 5 del TUIR, le persone che esercitano arti e pro-

residenti nel territorio dello Stato, dovranno operare all'atto del pagamento¹⁸ una ritenuta del 20% a titolo di acconto.

Redditi diversi:

I proventi in esame sono considerati redditi diversi nel caso in cui le opere siano utilizzate, a titolo gratuito o oneroso, da persone diverse dall'autore (eredi o cessionari), e a condizione che non siano conseguiti nello svolgimento di un'attività d'impresa¹⁹.

Secondo l'art. 71, comma 1 del TUIR il reddito da assoggettare a tassazione è costituito dai proventi percepiti nel periodo d'imposta meno un coefficiente forfettario del 25% se i diritti da cui derivano sono stati acquisiti a titolo oneroso; viceversa, se sono stati acquisiti a titolo gratuito, saranno imponibili per l'intero ammontare percepito.

Su tali compensi, così come già evidenziato per i redditi di lavoro autonomo, sarà applicata una ritenuta del 20% sull'imponibile, a norma dell'art. 23 del d.P.R. n. 600/1973.

Redditi d'impresa:

I compensi derivanti dall'utilizzazione economica di opere dell'ingegno rientrano nel reddito d'impresa se conseguiti nell'esercizio di un'impresa commerciale.

I ricavi relativi allo sfruttamento dei beni immateriali possono essere *diretti e indiretti*.

Sono ricavi diretti quelli connessi alla commercializzazione dell'opera derivante da un contratto di edizione, dalla sua rappresentazione o dalla sua esecuzione diretta a un pubblico identificato che paga un corrispettivo specifico direttamente per fruire di quell'opera, mentre sono ricavi indiretti quelli connessi alla rappresentazione attraverso radio, televisione e altri mezzi di diffusione sonora e visiva, quando il pubblico non versa per tali rappresentazioni alcuna somma specifica.

La fruibilità dei diritti di utilizzazione economica dell'opera in più anni giustifica l'iscrizione del costo sostenuto per la realizzazione del diritto d'autore tra le immobilizzazioni immateriali.

In particolare, tali diritti rientrano, contabilmente, tra le "immobilizzazioni immateriali", quando:

- a) i costi sostenuti per acquisire i diritti sono determinabili;
- b) i costi non esauriscono la propria utilità in un unico esercizio, ma in più esercizi;

fessioni o che esercitano imprese agricole o commerciali ai sensi dell'art. 55 del TUIR, nonché i condomini.

¹⁸ L'art. 25, comma 1 del d.P.R. n. 600/1973 stabilisce che la ritenuta deve essere applicata al momento del pagamento delle somme corrisposte per l'utilizzazione economica di opere dell'ingegno e che va effettuata sulla parte imponibile.

¹⁹ L'art. 67, comma 1, lett. g) del d.P.R. n. 917/1986 dispone che sono redditi diversi quelli «derivanti dall'utilizzazione economica di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di processi, formule e informazioni relative ad esperienze acquisite in campo industriale, commerciale o scientifico, salvo il disposto della lett. b) del comma 2 dell'art. 53».

c) l'autore è titolare di un diritto esclusivo di edizione, rappresentazione ed esecuzione come prerogativa insita nella titolarità del diritto patrimoniale d'autore²⁰.

Dal punto di vista civilistico i diritti di utilizzazione delle opere di ingegno riclassificati tra le immobilizzazioni immateriali saranno ammortizzati in base alla residua possibilità di utilizzazione (durata economica) del diritto²¹. Fiscalmente, invece, l'ammortamento è limitato a metà del costo²²: il periodo minimo è fissato in due esercizi, mentre non è stabilito un limite massimo²³.

3. Il regime IVA applicato ai diritti di utilizzazione delle opere dell'ingegno

Il d.P.R. n. 633/1972 individua all'art. 1 le cessioni di beni e le prestazioni di servizi come requisito oggettivo ai fini dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto. Tra le prestazioni di servizi il legislatore ha ricompreso anche le cessioni, concessioni, licenze e simili relative a diritti d'autore²⁴.

Viceversa, ai sensi dell'art. 3, comma 4, lett. a) del d.P.R. n. 633/1972, non sono considerate prestazioni di servizi le cessioni, concessioni, licenze e simili relative a diritti di autore effettuate dagli autori.

In pratica, la norma esclude dal campo di applicazione dell'imposta le operazioni connesse al diritto d'autore o diritti simili se effettuate dall'autore stesso, dai suoi eredi o dagli eventuali legatari²⁵. Tuttavia l'esclusione non si applica alle cessioni dei diritti d'autore qualora riguardino disegni e opere dell'architettura o opere dell'arte cinematografica, muta o sonora²⁶, op-

²⁰ Cfr. Documento n. 24 della Commissione per la statuizione dei Principi contabili del Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti.

²¹ Cfr. Principio contabile n. 24.

²² L'art. 103, comma 1, del TUIR dispone che: «Le quote di ammortamento del costo dei diritti di utilizzazione di opere dell'ingegno, [...] sono deducibili in misura non superiore al 50 per cento del costo».

²³ La Risoluzione Ministeriale n. 35/E del 2003 ha chiarito che le quote di ammortamento possono essere imputate anche per quote non costanti, entro i limiti di deducibilità previsti dalla norma.

²⁴ L'art. 3, comma 2, n. 2) del d.P.R. n. 633/1972 dispone che: «Costituiscono inoltre prestazioni di servizi, se effettuate verso corrispettivo: [...] 2) le cessioni, concessioni, licenze e simili relative a diritti d'autore, quelle relative ad invenzioni industriali, modelli, disegni, processi, formule e simili e quelle relative a marchi e insegne, nonché le cessioni, concessioni, licenze e simili relative a beni similari ai precedenti».

²⁵ L'esclusione opera anche se l'autore è artista o professionista. Essa si applica, inoltre, ai contributi corrisposti alla SIAE per l'apposizione del contrassegno ai sensi di quanto previsto dal comma 8 dell'art. 181-*bis* della L. 633/1941, secondo il quale il contrassegno stesso è considerato segno distintivo di opere dell'ingegno (cfr. Risoluzione Ministeriale n. 381/E del 2002).

²⁶ La *ratio* dell'esclusione dall'IVA dei diritti d'autore va ricercata nella estrema incertezza nell'individuare l'esercizio concreto di un'attività professionale nel campo delle opere dell'ingegno, riaffermando invece la piena imponibilità quando può ragionevolmente presumersi che questa difficoltà non sussista (come, ap-

pure opere di ogni genere utilizzate da imprese per la pubblicità commerciale; tali cessioni, pertanto, sono da considerarsi operazioni imponibili IVA.

Peraltro, secondo quanto affermato nel 2007²⁷ dall'Agenzia delle Entrate, nonostante siano escluse dal campo di applicazione dell'IVA le cessioni, concessioni, licenze, e simili effettuate dagli autori e loro eredi che abbiano per oggetto i diritti d'autore, i diritti connessi, riconosciuti all'artista per l'utilizzazione e lo sfruttamento da parte di terzi della sua opera, poiché non indicati da un'esplicita previsione normativa, non sono equiparabili, sotto il profilo fiscale, al diritto d'autore e, pertanto, non sono esclusi dall'IVA²⁸.

Anche secondo la Norma di comportamento n. 137 della Commissione per le norme di comportamento in materia tributaria dell'Associazione dei Dottori commercialisti di Milano, la speciale disciplina IVA non può essere applicata in via analogica ed estensiva alle operazioni relative ai diritti connessi. L'associazione precisa che l'esclusione dal campo di applicazione dell'IVA ha efficacia esclusivamente per le transazioni aventi ad oggetto i diritti esclusivi insistenti sulle opere dell'ingegno protette ai sensi della Legge sul diritto d'autore.

Questo perché, come già sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, la disposizione prevista dall'art. 3, comma 4, lett. a) del d.P.R. n. 633/1972 riveste carattere derogatorio e non può, pertanto, applicarsi a fattispecie non espressamente contemplate.

4. Approfondimento. La nozione e la disciplina delle *royalties* nella normativa fiscale

Il compenso dovuto a fronte dello sfruttamento economico di un'opera creativa, come determinato in base agli indici rinvenibili in un contratto di licenza, è denominato *royalty*²⁹.

L'attuale realtà dei mercati internazionali e la crescente rilevanza economica hanno imposto una particolare attenzione alla gestione delle *royalties*. Del resto, la peculiarità delle questioni che tali compensi pongono in ordine alla corretta imposizione fiscale, esacer-

punto, per i diritti d'autore sui disegni e opere di architettura e sulle opere cinematografiche).

²⁷ Cfr. Risoluzione Ministeriale n. 145/E del 2007.

²⁸ La Risoluzione Ministeriale n. 143/E del 1997, esaminando la posizione degli artisti interpreti ed esecutori di opere musicali, ha specificato la distinzione tra il diritto di esecuzione e il diritto d'autore in senso stretto. Il diritto di esecuzione, che ha comunque qualche connotazione di creatività e originalità e, per questo, anch'esso tutelato, rappresenta la divulgazione dell'opera di ingegno di altri ed è considerato "diritto connesso al diritto d'autore". Al riguardo, la Risoluzione ha precisato che la normativa di esclusione non è applicabile alle prestazioni inerenti ai diritti connessi.

²⁹ In origine, la *royalty* rappresentava un "canone" dovuto dal suddito al sovrano a fronte della concessione di sfruttare un bene immobile, come del resto suggerisce anche l'etimologia del termine. Si veda M. GREGGI, *Profili fiscali della proprietà intellettuale. Le royalties nelle imposte dirette*, in *Dirittotributario.eu*, 2008, p. 7 ss.

bata talvolta dalla carenza di procedure nazionali uniformi e conformi alle regole europee, risulta superabile solo alla luce di una accurata e puntuale analisi dell'assetto negoziale che le parti hanno posto in essere.

A occuparsi specificamente delle *royalties* è intervenuto l'art. 12, par. 2, del Modello Ocse di Convenzione contro le doppie imposizioni, che le definisce come «*i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, comprese le pellicole cinematografiche, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o procedimenti segreti, o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico*».

Analoga nozione si rinviene a livello municipale nel TUIR³⁰, mentre la normativa comunitaria³¹ la estende anche ai compensi per «l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche»³².

Questa scelta è stata, poi, confermata dal legislatore nazionale in sede di attuazione di tale normativa, essendo la richiamata disposizione confluita tal quale nell'art. 26-*quater*, comma 3, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, in tema di accertamento delle imposte sui redditi.

Ai fini contabili, i compensi – incluse le *royalties* – generate dallo sfruttamento di un bene immateriale rientrano nelle immobilizzazioni da iscrivere in bilancio nella sezione relativa all'attivo patrimoniale (voce BI), ai sensi dell'OIC 24)³³, sempre che tale bene sia individualmente identificabile e abbia un costo che possa essere stimato «con sufficiente attendibilità»³⁴.

Tuttavia, prima di arrivare a delineare i contorni della nozione di *royalties*, la definizione giuridico-fiscale di tali proventi aveva dato luogo ad ampie discussioni.

³⁰ Il riferimento è all'art. 23, comma 2, lett. c), all'art. 53, comma 2, lett. b), nonché all'art. 67, comma 1, lett. g).

³¹ Direttiva 2003/49/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 concernente il regime fiscale applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi

³² Una simile estensione del concetto di *royalties* era presente anche nella versione del 1977 del Modello di Convenzione Ocse contro le doppie imposizioni, poi espunta dai successivi aggiornamenti.

³³ Quanto al *copyright*, il par. 59 di questo Principio contabile nazionale stabilisce che «i diritti di autore s'iscrivono nell'attivo dello stato patrimoniale quando sono soddisfatte le seguenti condizioni: - titolarità di un diritto esclusivo di edizione, rappresentazione ed esecuzione derivante da un diritto d'autore o da un contratto che attui la traslazione dei diritti stessi (contratto di edizione, di rappresentazione, di esecuzione, ecc.); - possibilità di determinazione attendibile del costo di acquisizione dei diritti; - recuperabilità negli esercizi successivi dei costi iscritti tramite benefici economici che si svilupperanno dallo sfruttamento dei diritti stessi».

³⁴ Par. 48 OIC 24, che precisa: «un bene immateriale è individualmente identificabile quando è separabile, ossia può essere separato o scorporato dalla società e pertanto può essere venduto, trasferito, dato in licenza o in affitto, scambiato, sia individualmente sia insieme al relativo contratto, attività o passività».

L'originaria formulazione dell'art. 19 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, non conteneva alcuna disposizione in materia. La Corte di Cassazione³⁵ aveva inizialmente affermato che i compensi corrisposti a soggetti non residenti e derivanti dall'utilizzazione di opere dell'ingegno dovessero essere qualificati, in assenza di un collegamento di essi con il reddito d'impresa e – segnatamente, in assenza del cd. fattore unificante della commercialità ex art. 81 TUIR, per cui «il reddito complessivo delle società e degli enti commerciali [...] da qualsiasi fonte provenga, è considerato reddito d'impresa» – come redditi diversi e, in quanto tali, imponibili nel nostro Paese.

Successivamente, le Sezioni unite civili della stessa Corte, con sentenza del 30 novembre 1983, n. 7184, intervenivano a qualificare le *royalties* come redditi d'impresa, aggiungendo, altresì, che, al fine di evitare che le imprese straniere non aventi stabile organizzazione in Italia potessero sottrarsi alla tassazione, «il reddito d'impresa, normalmente considerato in modo unitario, ai fini dell'imponibilità» potesse «essere scisso nelle sue componenti, perché possa essere considerata tassabile quella di esse che è sicuramente prodotta in Italia».

Nel frattempo, il d.P.R. 30 dicembre 1980, n. 897, aveva modificato il predetto art. 19 del d.P.R. 597/73, stabilendo che si considerano, in ogni caso, reddito prodotto in Italia le *royalties* corrisposte da soggetti residenti nello Stato e da stabili organizzazioni di soggetti non residenti.

Di conseguenza, come veniva precisato nella Circolare Ministeriale illustrativa del 12 dicembre 1981, n. 42³⁶, i compensi in questione erano attratti a tassazione nel nostro Paese non già in base alla qualificazione degli stessi come redditi d'impresa, di lavoro autonomo o diversi (e quindi con riferimento alle qualità del beneficiario residente), bensì per il solo fatto di essere stati erogati da soggetti residenti, con assoggettamento a ritenuta a titolo di imposta del 30% sulla parte imponibile del loro ammontare (art. 25, ultimo comma, d. P. R. n. 600 del 1973).

In tal senso si esprime anche la vigente normativa contenuta nel richiamato art. 23, comma 2, lett. c), del TUIR, in base alla quale, appunto, ciò che rileva, ai fini dell'attrazione delle *royalties* corrisposte a soggetti non residenti nella potestà impositiva dello Stato, è la residenza fiscale del soggetto erogante.³⁷

³⁵ Cass. civ., sez. I, del 19 giugno 1981, n. 3931.

³⁶ Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 2 gennaio 1982, n. 1.

³⁷ C. GARBARINO, *Regime impositivo delle "royalties" corrisposte a soggetti non residenti* (nota a sent. Comm.trib.cent., sez. II, 24 marzo 1987, n. 2500; Cass., sez. II, 26 maggio 1987, n. 4704, soc. Glaxo laboratories LZA c. Amministrazione finanze; Comm. trib. centr., sez. VIII, 20 gennaio 1988, n. 559, Ufficio imposte dirette Roma c. Soc. Chris Croft; Cass., sez. I, 7 novembre 1988 n. 5996, Soc. Ashland Oil incl. C. Amministrazione finanze; Comm. trib. centr., sez. XXVII, 6 luglio 1988 n. 5414), in *Diritto e pratica tributaria*, 1991, p. 316 ss., e C. Garbarino, *Ancora sulla*

Non sono, invece, classificabili come *royalties* i compensi corrisposti per ottenere il diritto esclusivo alla distribuzione di determinati prodotti o servizi in una specifica area geografica, non essendo direttamente collegati all'uso o alla concessione in uso di alcuno dei diritti immateriali che generano *royalties*. Tali compensi devono essere, pertanto, qualificati come redditi d'impresa³⁸.

Diversamente, costituiscono *royalties* i corrispettivi per l'uso del *know how*, inteso come insieme di conoscenze tecniche connotate dal requisito della segretezza e originalità; infatti, esse non devono essere generalmente note né facilmente accessibili, cosicché una parte del loro valore consiste proprio nel vantaggio temporale che il licenziatario acquisisce quando gli vengono trasmesse³⁹.

Per completare la sistematica, sotto il profilo del diritto d'autore, rileva invece la qualificazione dei compensi relativi a contratti aventi a oggetto lo sfruttamento economico di un *software*, considerato un'opera artistico-letteraria ex art. 10 del TRIPs⁴⁰ e alla luce dei Considerando della Direttiva 91/250/CE sulla protezione dei programmi per elaboratore⁴¹.

tassazione delle "royalties" percepite da soggetti non residenti (nota a sent. Corte cost. 28 maggio 1987, n. 211, Amministrazione finanze c. International A.A.F. e altri; Cass., sez. I, 27 gennaio 1986, n. 513, soc. Nestlé' c. Amministrazione finanze; Cass., sez. I, 7 gennaio 1987, n. 3, Union Corbide Europe c. Amministrazione finanze), in *Diritto e pratica tributaria*, 1988, p. 48 ss.

³⁸ In tal senso, cfr. il Commentario all'art. 12 del Modello 2010 di Convenzione Ocse contro le doppie imposizioni.

³⁹ Tale accezione del requisito della segretezza delle informazioni che formano oggetto del *know-how* si rinviene nel Regolamento (CE) 556/89 della Commissione del 30 novembre 1988, relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3 del Trattato CE a categorie di accordi di licenza di *know how*, all'art. 1 par. 7, n. 2, confermato sostanzialmente dal nuovo Regolamento (CE) 240/96 della Commissione, del 31 gennaio 1996, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3 del trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia.

Questi regolamenti hanno avuto il pregio di riconoscere il ruolo e l'autonomia del *know-how*, nonché la funzione economica del monopolio di fatto vantato su di esso ai fini del progresso economico, essendo considerato di forte stimolo per le ricerche nei settori in cui l'evoluzione tecnica è più rapida.

⁴⁰ Accordo internazionale relativo agli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale, firmato a Marrakech nell'ambito delle negoziazioni del GATT (Uruguay Round, 1994) per assicurare a suddetti diritti uno spazio adeguato in di interesse in seno all'Organizzazione mondiale del Commercio (OMC).

Esso è stato concluso quale *annex* all'Accordo istitutivo della stessa OMC, accanto ad altri tredici trattati multilaterali in materia di commercio di beni e servizi, nonché di risoluzione delle controversie in ambito commerciale.

Per una trattazione esaustiva concernente il TRIPs si veda: M. BLAKENEY, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: a concise guide to the TRIPs Agreement*, Sweet and Maxwell, Londra, 1996.

⁴¹ Si consideri, tra gli altri, il sesto Considerando, ai sensi del quale «la disciplina giuridica comunitaria della tutela dei programmi per elaboratore può quindi limitarsi, in una prima fase, a stabilire che gli Stati membri sono tenuti ad attribuire ai programmi per

In tal senso, la definizione del compenso in termini di *royalty* dipende dalla natura dei diritti che il beneficiario acquista per l'utilizzo e lo sviluppo del programma.⁴²

In *primis*, si osserva che i diritti la cui negoziazione può generare *royalties* possono ormai aderire anche a supporti "non convenzionali" (cd, dvd, dati, testi, immagini, suoni) resi disponibili on-line, attraverso un server. Tuttavia, la natura di *royalty* è sostenibile solo quando venga trasferita una parte dei diritti relativi all'uso del *software* a mezzo di una licenza e non nel caso di cessione del diritto di proprietà o di tutti i diritti collegati a esso.

Così, possono essere considerate *royalties* i compensi relativi al diritto di sfruttare commercialmente il *software*, compreso il diritto di riprodurlo e distribuirlo al pubblico, anche con modifiche, ferma restando la proprietà di esso in capo al licenziante.

Sono riportati, invece, alla categoria degli utili d'impresa le remunerazioni per la cessione definitiva del bene o per l'acquisto del *software* per "*personal or business use*"⁴³.

Un simile discrimine si apprezza anche relativamente alla qualificazione delle somme dovute al licenziante per l'uso di opere fotografiche. Infatti, se queste opere sono destinate a uso personale o per funzionamento interno dell'impresa – escludendosi quindi ogni forma di sfruttamento economico –, il corrispettivo pagato non si configura come *royalty*, parimenti al prezzo versato in caso di acquisto della proprietà, in via definitiva, delle fotografie.

Alla luce di quanto illustrato, emerge come il problema del regime giuridico applicabile inevitabilmente si pone quando le *royalties* siano corrisposte da un soggetto residente in uno Stato-fonte a un altro soggetto residente in uno Stato differente (cd. *royalties in uscita*).⁴⁴

elaboratore la tutela riconosciuta dalle leggi sul diritto d'autore alle opere letterarie". Tuttavia, non rientrano nella protezione del diritto d'autore "le idee e i principi che sono alla base della logica, degli algoritmi, dei linguaggi di programmazione" (quattordicesimo Considerando).

L'art. 2 della Direttiva in esame specifica poi che l'ambito di applicazione delle garanzie in materia di *copyright* si estende a qualsiasi forma di espressione del programma per elaboratore e copre anche il materiale preparatorio per la progettazione del programma stesso.

⁴² Corte app. Milano, sez. lav., del 18 novembre 2016, n. 1394, ha statuito: «Secondo l'ormai costante orientamento giurisprudenziale di merito e di legittimità, le royalties corrisposte a titolo di compensi per lo sfruttamento del diritto d'autore, d'immagine e di replica di registrazioni di manifestazioni musicali o artistiche sono soggette a contribuzione previdenziale, ex art. 43 l. 27 dicembre 2002 n. 289, limitatamente alla percentuale eccedente il 40% dell'importo complessivamente percepito».

⁴³ Ministero delle Finanze, risoluzione n. 169 del 30/07/1997.

⁴⁴ G. SOZZA, E. VIAL, *Livello di ritenuta applicabile alle "royalties" in uscita in assenza di Convenzione*, in *Il Fisco. Giornale tributario di legislazione e attualità*, 2001, vol. 25, n. 27, p. 9242, e G. ZOPPINI, *Note critiche sull'imposizione delle "royalties" fluenti verso*

Come già osservato in precedenza, tali *royalties* con "fonte" in Italia – quali sono, ad esempio, i compensi per diritti d'autore corrisposti al licenziante non residente – si considerano prodotte nel territorio dello Stato [art. 23, comma 2, lettera c), TUIR], e, come tali, assoggettate alla ritenuta a titolo d'imposta del 30% sulla parte imponibile del loro ammontare (art. 25, comma 3, d.P.R. 600/73), con esenzione, tuttavia, nel caso di pagamenti effettuati tra società consociate residenti nel territorio dell'Unione europea (art. 26-*quater*, d.P.R. 600/73), che saranno tassati nello Stato del beneficiario. La scelta del legislatore nazionale di riservare la potestà impositiva allo Stato-fonte è stata messa in discussione dal modello di Convenzione Ocse contro le doppie imposizioni che assegna, invece, tale potestà al Paese di residenza del soggetto percipiente, il quale non sconterà così la ritenuta del 30%. Ciò comporta che, in tali casi, sarà necessario, anzitutto, fare riferimento alla presenza o meno di una Convenzione contro le doppie imposizioni tra gli Stati interessati.⁴⁵

Infatti, alcune Convenzioni⁴⁶, prevedono una potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del soggetto percettore, e altre, invece, prevedono una potestà concorrente tra i due Stati, con aliquote massime di tassazione⁴⁷. Sarà essenziale, pertanto, verificare caso per caso la presenza o meno di una Convenzione con lo Stato di residenza del percipiente; solo in mancanza di Convenzione contro le doppie imposizioni, i proventi saranno considerati «prodotti nel territorio dello Stato», e ivi sottoposti a tassazione secondo le richiamate norme interne.

La giurisprudenza della Suprema Corte, chiamata ad esprimersi sul tema ha osservato che «in tema di *royalties*, alla luce di un'interpretazione del diritto interno orientata in termini eurocomunitari ed in presenza di un regime convenzionale contro la doppia imposizione, è da escludere che i soggetti (anche persone giuridiche) residenti di uno Stato siano assoggettati al pagamento dell'ILOR nel Paese della fonte in aggiunta all'ordinaria imposizione fiscale diretta nel Paese d'origine. In particolare deve essere riaffermato che in caso di soggezione di un soggetto residente nel Regno Unito alla potestà impositiva dello Stato di residenza sulla

l'estero, in *Bollettino tributario*, 1993, p. 967.

⁴⁵ P. DELL'ORSO, *L'applicazione dell'art. 12 della Convenzione Italia-U.S.A. contro le doppie imposizioni con riguardo alle "royalties" maturate dai produttori fonografici* (nota a Cass., sez. trib., 29 settembre 2006, n. 21220), in *Il Diritto di autore*, fasc. 4, 2007, p. 615 ss; M. NICODEMO, *Ilor su royalties corrisposte a soggetti residenti in Paesi con cui vigono convenzioni per evitare le doppie imposizioni* (nota a sent. Comm.trib.cent., sez. XVI, 7 luglio 1994, n. 2524), in *Rassegna tributaria*, fasc. 42, 1994, p. 2002 ss.

⁴⁶ Come quella stipulata con l'Ungheria il 16 maggio 1977, approvata con legge di ratifica 23 luglio 1980, n. 509 (in *Gazzetta Ufficiale* del 3 settembre 1980, n. 241).

⁴⁷ Si veda, per esempio, l'art. 12, comma 2, della Convenzione stipulata con il Lussemburgo il 3 giugno 1981, approvata con legge di ratifica 14 luglio 1982, n. 747 (in *Gazzetta Ufficiale* del 14 ottobre 1982, n. 284).

percezione di royalties, tale percezione non può essere contemporaneamente soggetta a ILOR in Italia». ⁴⁸

Invece, le *royalties* percepite da un soggetto residente in Italia (cd. *royalties in entrata*) sono assoggettate, secondo l'impostazione data dal modello di Convenzione Ocse⁴⁹, alla regola della tassazione esclusiva dei canoni nello Stato di residenza dell'effettivo beneficiario dei medesimi, con conseguente esenzione nel Paese-fonte.

Il regime dell'esenzione nel Paese-fonte non opera, tuttavia, se l'effettivo beneficiario delle *royalties*, residente in un altro Paese, effettua nello stesso Paese-fonte un'attività commerciale o industriale attraverso una stabile organizzazione e i diritti o i beni dai quali originano le *royalties* siano effettivamente connessi a tale stabile organizzazione.⁵⁰

4.1. Il trattamento delle royalties ai fini delle imposte doganali

Le *royalties* costituiscono un particolare valore da prendere in considerazione ai fini della corretta imposizione dei diritti doganali⁵¹. L'attuale realtà dei mercati internazionali ha imposto, infatti, una particolare attenzione alla gestione dei corrispettivi per lo sfruttamento dei diritti patrimoniali d'autore, che, molto spesso, risultano avere un valore indubbiamente più significativo rispetto a quello del bene o del prodotto importato, cui si accompagnano.

Trattandosi di corrispettivi dovuti per beni tipicamente immateriali, il pagamento di *royalties*, in sé, non ne comporta l'automatica tassazione ai fini della fiscalità doganale, giacché esse rappresentano componenti del valore in dogana soltanto se integrano una "condizione della vendita" del bene dal fornitore estero all'importatore.

Ciò premesso, occorre valutare quando e a quali condizioni i diritti di licenza, sempre più spesso acquisiti separatamente rispetto alla fornitura del bene ma-

teriali cui accedono, debbano essere inclusi nel valore in dogana, secondo la normativa unionale.

Il Codice Doganale dell'Unione⁵² stabilisce che la tassazione in dogana delle *royalties* possa avvenire soltanto quando:

- a) non sono già incluse nel prezzo pagato dall'importatore;
- b) si riferiscono alle merci da valutare;
- c) rappresentano una condizione per la vendita delle merci (art. 71, par. 1, lett. c) del CDU).

Una prima rilevante novità è rappresentata dal fatto che tali presupposti sono autonomi e, dunque, non devono sussistere congiuntamente, pertanto è sufficiente che se ne verifichi uno soltanto perché le *royalties* siano incluse nel valore doganale della merce.

Quindi, se i corrispettivi e i diritti di licenza sono già compresi nel prezzo di acquisto della merce extracomunitaria, essi automaticamente concorrono alla base imponibile dei diritti doganali.

Qualora, invece, essi non siano inclusi nel prezzo effettivamente pagato, le *royalties* devono sommarsi al prezzo indicato in fattura soltanto se ricorrono gli ulteriori requisiti⁵³.

In pratica, per determinare il valore in dogana, bisogna aggiungere al prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci importate i corrispettivi e i diritti di licenza relativi alle merci da valutare che il compratore è tenuto a pagare, direttamente o indirettamente, come condizione della vendita delle merci stesse.

Affinché tale disposizione possa operare occorre che il corrispettivo o il diritto di licenza si riferisca alle merci oggetto di valutazione e, soprattutto, costituisca condizione di vendita di tali merci. Tali diritti di licenza sono, dunque, daziabili solo ove le due condizioni si verifichino contestualmente.

Al fine di verificare la sussistenza della condizione di cui al punto sub b), occorre stabilire se i corrispettivi e i diritti di licenza si riferiscano alle merci oggetto di valutazione in dogana, ossia alle merci importate. Per comprendere se un corrispettivo sia correlato o meno alla merce oggetto della valutazione, prima cosa da fare è determinare cosa il licenziatario riceve a fronte del versamento. Per esempio, il *know-how* ricevuto ai sensi di un contratto di licenza spesso comporta la fornitura di disegni, ricette, formule e istruzioni basilari relativamente all'utilizzo della merce oggetto della licenza.

Laddove tale *know-how* si applichi alle merci importate, il versamento di qualsivoglia *royalty* o diritto di licenza dovrà essere considerato come parte del valore in dogana della merce in questione.

Invece, per valutare la condizione sub c), il nuovo impianto normativo, modificando la previgente disciplina, individua espressamente i casi in cui i corrispet-

⁴⁸ Sul punto, cfr. Cassazione civile, sez. VI, del 25 gennaio 2016, n. 1310.

⁴⁹ Si veda art. 12, comma 1, del Modello di Convenzione Ocse contro le doppie imposizioni.

⁵⁰ *Ex multis*, si veda P. VALENTE, L. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta. Profili applicativi nelle verifiche*, Ipsoa, Milano, 2013, e C. GARBARINO, *Tassazione delle royalties nel caso in cui la stabile organizzazione sia "sostituita" da partecipazione da parte di soggetto estero* (nota a sent. Cass., sez. I, 24 maggio 1988, n. 3610, OFIC c. Amministrazione finanze), in *Diritto e pratica tributaria*, 1989, p. 547 ss.

⁵¹ La determinazione del valore in dogana delle merci dichiarate per l'importazione è disciplinata dagli artt. 28-36 del Codice Doganale Comunitario (CDC) approvato con Regolamento CE 12 ottobre 1992, n. 2913 del Consiglio, e dagli artt. 141-181bis delle Disposizioni di Applicazioni del predetto Codice approvate con Regolamento CE 2 luglio 1993, n. 2454, della Commissione. In particolare, ai sensi dell'art. 29 del Codice «il valore in dogana delle merci è il valore di transazione, cioè il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci quando siano vendute per l'esportazione a destinazione del territorio doganale della Comunità».

⁵² Cfr. art. 71 del Codice Doganale dell'Unione e art. 136 del Regolamento di esecuzione della Commissione.

⁵³ S. ARMELLA, *Diritto doganale dell'Unione Europea*, Egea, Milano, 2017.

tivi e i diritti di licenza integrano una “condizione di vendita”, prevedendo che tale circostanza si realizza in una delle seguenti ipotesi:

- a) il venditore o una persona a esso legata chiede all’acquirente di effettuare il pagamento;
- b) il pagamento da parte dell’acquirente è effettuato per soddisfare un dovere del venditore, conformemente agli obblighi contrattuali;
- c) le merci non possono essere vendute all’acquirente o da questo acquistate senza versamento dei corrispettivi o dei diritti di licenza a un licenziante.

Sarà dunque necessario accertare se il venditore possa o meno vendere o se il compratore possa o meno comprare le merci senza pagare *royalties* o diritti di licenza.

Si tratta, in entrambi i casi, di una condizione che può essere esplicita o implicita.

Di regola, viene specificato nell’accordo di licenza se la vendita delle merci importate sia subordinata o meno al pagamento di un corrispettivo o di un diritto di licenza.

In questo caso, risulta agevole l’accertamento della presenza della condizione richiesta.

Tuttavia, quando manchi una precisazione nel senso sopra indicato⁵⁴, l’accertamento è sicuramente più difficoltoso⁵⁵ in quanto la condizione implicita deve essere ricavata dal complesso dell’atto o, comunque, presupposta dal tipo di negoziazione conclusa, la quale non potrebbe non investire anche le questioni connesse allo sfruttamento del diritto d’autore, pena l’illiceità dell’atto stesso⁵⁶.

Ancora una volta, dunque, la valutazione del modo di esplicitarsi dell’autonomia privata risulta decisiva ai fini della corretta applicazione della potestà impositiva.

5. Considerazioni conclusive

Come è emerso nelle pagine che precedono, il tema dello sfruttamento economico delle opere creative rap-

presenta per l’interprete un’occasione per realizzare una compiuta analisi interdisciplinare. Il dialogo tra le categorie del diritto civile e quelle del diritto tributario è sempre stato collocato su una strada impervia, fatta da chiusure e difficoltà applicative.

Tale barriera dovrà necessariamente venire meno alla luce del fatto che l’economia assumerà profili sempre più transazionali. Invero, le multinazionali si muovono ormai da tempo su economie di scala e il fenomeno del *forum shopping*, di natura procedurale, inevitabilmente s’intreccia e si sovrappone alla ricerca di un regime fiscale che sia il più favorevole possibile tanto per gli autori, quanto per i soggetti che ne gestiscono e amministrano i diritti.

La questione del trattamento fiscale dei proventi da diritto d’autore, primi tra tutti le *royalties*, s’inquadra perfettamente in questa cornice, rappresentando solo uno dei molti settori in cui il fiscalista e il civilista sono chiamati a individuare soluzioni comuni, per garantire la certezza del diritto e una *transnational fairness* non solo sul piano astratto, ma anche (e soprattutto) a livello applicativo.

⁵⁴ M. FABIO, *Manuale di diritto e pratica doganale*, Ipsoa, Milano, 2016, p. 201.

⁵⁵ Anche se il Comitato tecnico sul valore in dogana dell’OMD fornisce importanti linee guida. In particolare, il Commentario n. 25.1 dell’OMD mette a disposizione una lista (non-esaustiva) di fattori che possono essere presi in considerazione nel determinare se il pagamento di un qualsivoglia importo per *royalties* o per diritti di licenza costituisca o meno la condizione di vendita delle merci importate.

⁵⁶ Non assume, invece, rilievo, ai fini dell’applicazione del richiamato art. 32, par. 1, lett. c), il Paese di residenza del beneficiario del pagamento del corrispettivo o del diritto di licenza (art. 162 Reg. CE 2454/93). Comm. trib. prov.le Milano, sez. XLVI, del 28 maggio 2015, n. 4871, ha ritenuto che «per far sì che rientrino nel valore doganale anche le royalties è necessario che ci siano tre condizioni fondamentali, ossia il rapporto tra il fornitore estero e la casa madre con cui l’azienda in considerazione abbia stipulato un accordo infragruppo, il pagamento delle royalties riferibile alle merci oggetto di valutazione ed infine il pagamento di esse come condizione di vendita delle merci dai fornitori».

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

Associazione religiosa – Cessione di beni – Vendita porta a porta – Pubblicazioni

È soggetto a tassazione il reddito prodotto da un'associazione religiosa con la vendita di pubblicazioni e pacchetti di corsi a prezzi scontati, nell'ambito dell'attività di ricerca "porta a porta" di nuovi associati. In tema di imposte sui redditi, ai sensi dell'art. 20 del DPR n. 598/1973, le pubblicazioni di un'associazione religiosa, se prodotte per la vendita, costituiscono attività commerciale con una sola eccezione: che la loro cessione avvenga prevalentemente nei confronti degli associati. In sostanza, le cessioni di beni, effettuate agli associati verso pagamento di corrispettivi specifici in conformità alle finalità istituzionali, non si considerano fatte nell'esercizio di attività commerciale (e quindi non concorrono alla formazione del reddito complessivo imponibile) a meno che non si tratti di cessione di beni nuovi prodotti per la vendita, la quale "in ogni caso" e, quindi, anche se fatta in conformità alle finalità istituzionali dell'ente, è considerata attività commerciale.

Cass., sez. V, 13 dicembre 2017, ord. n. 29886, Pres. Cappabianca, rel. Terrusi

Denaro in cassa – Contabilità – Accertamento induttivo – Ricavi non contabilizzati – Onere della prova

Se il conto "denaro in cassa" presenta un valore negativo, anche per solo un giorno nel corso dell'anno, tale elemento può essere assunto quale indice di una contabilità inattendibile e giustificare un accertamento induttivo, essendo lecito presumere l'esistenza di ricavi non contabilizzati in misura almeno pari al disavanzo.

Infatti, secondo i giudici di legittimità, il conto "denaro in cassa" in negativo ritrae una situazione contabile impossibile da realizzarsi e ciò rappresenta un'anomalia necessariamente indicativa di una contabilità inattendibile. Il saldo di cassa "in rosso" si può verificare soltanto se una parte dei denari entrati non sia stata registrata in contabilità e quindi sottratta all'imposizione. Di contro, se la situazione è spiegabile con errori o inesattezze nella registrazione dei dati contabili, è onere del contribuente fornire tale dimostrazione, al fine di scongiurare il recupero fiscale.

Cass., sez. V, 15 novembre 2017, ord. n. 27045, Pres. Cappabianca, rel. Locatelli

Giurisdizione tributaria – Art. 2 D. Lgs n. 546/1992 – Art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992 – Beneficio del 5 per mille – Esclusione natura tributaria – Giurisdizione del giudice ordinario

Il beneficio del 5 per mille non ha natura fiscale e non rientra ratione materiae nella competenza del giudice tributario ex art. 2, D.lgs. n. 546/1992. Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ricostruito il meccanismo del beneficio di cui alla L. 266/2005, sottolineando come il titolo di acquisto della quota del 5 per mille dell'Irpef subisca una trasformazione nel momento in cui il contribuente manifesti la volontà di avvalersi della facoltà di finanziare specifici soggetti operanti in settori socialmente meritevoli. Gli Ermellini, riprendendo le motivazioni rese anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 202/2007, spiegano come il relativo importo venga trattenuto dall'Erario non a titolo di tributo erariale, bensì come "provvista", ovvero come somma che lo Stato è obbligato in qualità di mandatario ex lege a corrispondere ai soggetti indicati dal contribuente stesso. Dunque, trattandosi, in sostanza, di un finanziamento pubblico di enti ritenuti meritevoli di sostegno economico, e non di una agevolazione fiscale o di un rapporto giuridico di imposizione, deve escludersi la competenza del giudice tributario.

Cass., sez. un., 23 ottobre 2017, sent. n. 24964, Pres. Rordorf, rel. Chindemi

Indagini bancarie – Onere della prova – Efficacia retroattiva della pronuncia di illegittimità

L'onere di provare che i prelievi ingiustificati dal conto corrente siano stati utilizzati dal professionista o dal piccolo artigiano per acquisti inerenti alla produzione del reddito, conseguendone dei ricavi, è a carico dell'Amministrazione Finanziaria. In conseguenza della pronuncia della Corte Cost. n. 228/2014, infatti, non è più proponibile l'equiparazione logica fra attività d'impresa e attività professionale fatta in precedenza, ai fini della presunzione posta dall'articolo 32 del D.P.R. n. 600/1973, dalla giurisprudenza. La Consulta ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale del predetto art. 32, qualificando la presunzione posta da questa disposizione, ai sensi della quale si

presume che dai prelievi bancari ingiustificati siano desumibili dei ricavi, come lesiva del principio della capacità di ragionevolezza nonché della capacità contributiva. Così la Cassazione nella sentenza n. 23162/2017, con la quale è stato rigettato il ricorso promosso dall'Agenzia delle Entrate avverso la decisione della CTR di parziale accoglimento delle ragioni del contribuente, un lavoratore autonomo. In particolare i giudici di merito, nell'ambito del giudizio di opposizione ad un avviso di accertamento basato su indagini bancarie in assenza di documentazione contabile, avevano ridotto il maggior reddito accertato in capo al contribuente, ai fini delle imposte Iva, Irpef e Irap, escludendo i prelievi bancari dai ricavi di esercizio. L'accertamento di fatto operato, nella specie, dalla Commissione tributaria regionale non era censurabile in sede di legittimità. Difatti, il contribuente era stato qualificato, in base alle caratteristiche della sua attività, come lavoratore autonomo e pertanto le censure dell'Amministrazione Finanziaria erano da ritenere infondate alla luce della sentenza della Corte Costituzionale sopra richiamata. Gli effetti della decisione di incostituzionalità, infatti, andavano estesi anche al caso in esame, in quanto, come si evince dalla sentenza di cui trattasi, l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituisce principio generale che trova un unico limite nei rapporti esauriti in modo definitivo.

Cass. sez. V, 4 ottobre 2017, sent. n. 23162, Pres. Cappabianca, rel. La Torre

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Dir. 77/388/CEE – Esenzione delle cessioni di fabbricati, e del suolo ad essi attiguo, diversi da quelli di cui all'articolo 4, paragrafo 3, lettera a) – Principio del divieto di pratiche abusive – Applicabilità in assenza di disposizioni nazionali che recepiscono tale principio – Principi della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento.

Il principio del divieto di pratiche abusive deve essere applicato indipendentemente da una misura nazionale che gli dia attuazione nell'ordinamento giuridico interno rispetto ad operazioni il cui scopo essenziale sia quello di ottenere un vantaggio fiscale altrimenti indebito anche se siano state realizzate prima della pronuncia della sentenza Halifax del 21 febbraio 2006 (C-255/02) e senza che ciò contrasti con i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento. L'interpretazione che la Corte di Giustizia dà del diritto dell'Unione, definisce difatti la portata chiara e precisa di tale diritto e di come avrebbe dovuto essere inteso ed applicato dalla data della sua entrata in vigore per cui, salvo casi eccezionali, deve essere applicata anche a rapporti giuridici sorti e costituiti anteriormente alle pronunce della stessa. Inoltre, la sussistenza di un vantaggio fiscale indebito poiché abusivo, deve essere verificato in maniera isolata rispetto allo scopo essenziale delle operazioni prese in considerazione, senza esaminare le prestazioni successive che rispettano le condizioni per ottenere un vantaggio fiscale. La sesta direttiva 77/388/CEE del 17 maggio 1977 deve essere infatti interpretata nel senso che, ove sia necessario applicare il principio del divieto di pratiche abusive a talune operazioni e sia necessario ridefinire in applicazione di detto principio, il trattamento fiscale applicabile alle stesse, le operazioni che non costituiscono pratica abusiva saranno soggette alle pertinenti normative nazionali.

Sentenza della CGUE, 22 novembre 2017, C-251/1, *Edward Cussens e a. contro T. G. Brosman*

Rinvio pregiudiziale – Imposta sul valore aggiunto – Sesta direttiva 77/388/CEE – Articolo 11, parte C, paragrafo 1, secondo comma – Riduzione della base imponibile in caso di procedura concorsuale Proporzionalità limiti temporali durata dell'anticipo d'imposta da parte dell'imprenditore – Detrazione – Principio di neutralità.

In caso di operazioni IVA totalmente o parzialmente non pagate a causa di procedure concorsuali o di procedure esecutive rimaste infruttuose la Corte di Giustizia ha chiarito che, sulla base della base degli articoli 11, parte C, paragrafo 1, e 20, paragrafo 1, lettera b), secondo periodo della direttiva 77/388/CEE (cd. Sesta direttiva), il recupero dell'imposta relativa alla controprestazione non incassata debba essere conforme ai principi comunitari di proporzionalità e di effettività e al principio di neutralità. Pertanto, se la normativa nazionale, anche in termini di tempo, renda la detrazione dell'imposta relativa alla controprestazione non incassata troppo onerosa uno Stato membro non può subordinare la riduzione della base imponibile dell'imposta sul valore aggiunto all'infruttuosità di una procedura concorsuale qualora una tale procedura possa durare più di dieci anni. Inoltre, ammettere la possibilità per gli Stati membri di escludere qualsiasi riduzione della base imponibile dell'IVA sarebbe contrario al principio di neutralità dell'IVA.

Sentenza della CGUE del 23 novembre 2017, C-246/2016, *Di Maura contro Agenzia delle Entrate*

Diritto internazionale

UNA SVOLTA STORICA NEL PANORAMA EUROPEO: L'EPPO È DIVENUTA REALTÀ 1196
di Claudia Luglio

SANZIONI STATALI IN MATERIA IVA TRA STATUZIONI CEDU, CORTE DI GIUSTIZIA E PRINCIPIO
DEL *NE BIS IN IDEM*.
Nota a Corte di Giustizia, 5 aprile 2017, Cause riunite C217/15 e C-350/15, Orsi e Baldetti .. 1206
di Luigi Valentino

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA 1216
di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli

Claudia Luglio

Cultore di Diritto dell'Unione europea, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUM Jean Monnet, Casamassima-Bari

Una svolta storica nel panorama europeo: l'EPPO è divenuta realtà

abstract

This paper aims to analyze the main traits of the Regulation No. 1939/2017/EU focusing on the implementation of enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) which specializes in the fight against financial crime in Europe. The adoption of this act aims to create a European entity capable of fighting the transnational crimes.

keywords

Regulation No. 1939/2017/EU – European Public Prosecutor's Office – EPPO – Enhanced cooperation in penal matters.

abstract

Il presente contributo mira ad analizzare i tratti salienti del regolamento n. 1939/2017/UE relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO), specializzata nella lotta alla criminalità finanziaria in Europa.

L'adozione di tale atto risponde all'esigenza di creare un'entità europea in grado di contrastare i reati, soprattutto transnazionali, che ledono gli interessi finanziari dell'UE.

parole chiave

Regolamento n. 1939/2017/UE – Procura europea – EPPO – Cooperazione rafforzata in materia penale.

sommario

1. Premessa. – **2.** La genesi della Procura europea. – **3.** Il regolamento n. 1939/2017/UE istitutivo dell'EPPO. – **4.** La struttura, l'indipendenza e la competenza dell'EPPO. – **5.** Segue: Indagini, azione penale e archiviazione. – **6.** Segue: Garanzie procedurali. – **7.** I rapporti con Eurojust, OLAF e Stati membri non partecipanti. – **8.** Considerazioni finali.

1. Premessa

Il 20 novembre scorso è entrato in vigore il regolamento n. 1939/2017/UE¹ relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (*European Public Prosecutor's Office*, da

cui l'acronimo EPPO), specializzata nella lotta alla criminalità finanziaria in Europa.

Come è noto, la tutela degli interessi eurofinanziari gode da sempre di una particolare attenzione da parte dell'UE; d'altronde proteggere e garantire le proprie entrate da ogni forma di aggressione fraudolenta è fondamentale per realizzare gli obiettivi previsti dai trattati. Ciononostante, come emerge dai dati diffusi dalla Commissione², sono numerose le frodi, la corruzione e gli altri reati a danno del bilancio dell'Unione che non sono perseguiti. Infatti, soprattutto nella sua dimensione transfrontaliera, questa tipologia di reato sfugge all'indagine e all'azione penale delle autorità nazionali, le cui competenze si arrestano ai confini degli Stati membri. In particolare, l'azione repressiva, lasciata alle autorità nazionali, risulta inadeguata non solo per la diversità dei sistemi penali, ma anche per la complessità dei casi, che spesso coinvolgono diversi soggetti o sistemi di frode sofisticati e diverse giurisdizioni; per la mancanza di risorse; e, soprattutto, per la frequente necessità di raccogliere prove fuori dal territorio nazionale.

Appare chiaro, dunque, che gli interventi nazionali di contrasto in questo settore non garantiscono una sufficiente protezione degli interessi eurofinanziari. Invero, spesso i reati finanziari restano impuniti a causa dell'assenza di un sistema di repressione sovranazionale ed equivalente in tutta l'Unione, di un'autorità europea preposta al loro perseguimento e a causa della rimessione di tale compito alla competenza esclusiva degli Stati membri. La creazione di una Procura comune rappresenta, quindi, un passo importante per dar vita ad un sistema europeo di indagine e azione penale coerente, efficace ed efficiente, diretto a tutelare il bilancio dell'Unione.

La Procura europea, che diverrà effettivamente operativa non prima di tre anni dall'entrata in vigore del regolamento³, è un organismo specializzato nella lotta alla criminalità finanziaria nell'UE e dotato dei poteri di indagare e perseguire i reati a danno del bi-

¹ Reg. 1939/2017/UE del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), GUUE L. 283, p.1.

² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. - Tutelare meglio gli interessi finanziari dell'Unione: una Procura europea e un nuovo Eurojust, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 532 def.

³ V. art. 120, par. 2, del regolamento 1939/2017/UE cit.

lancio dell'Unione innanzi alle giurisdizioni nazionali, secondo le regole proprie di queste ultime. Essa si aggiunge ai mezzi di cui l'Unione già dispone per proteggere il denaro dei contribuenti europei, ovvero l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), le cui competenze sono limitate alle indagini amministrative sulle frodi e attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'UE, *Eurojust* ed *Europol*, ai quali è affidato il compito di agevolare lo scambio di informazioni e coordinare indagini e azioni penali nazionali, senza poterle però svolgere direttamente. Il regolamento 1939/2017/UE istitutivo dell'EPPO, pertanto, oltre a rafforzare la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, rappresenta una tappa fondamentale nel processo di realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di rafforzamento della fiducia e del sentimento di appartenenza dei cittadini europei.

2. La genesi della Procura europea

È utile ricordare che la volontà di istituire un vero e proprio organo inquirente sovranazionale a tutela degli interessi finanziari dell'Unione si è manifestata, oltre vent'anni fa, con il noto progetto di studio *Corpus Juris*⁴, che ha dato vita ad un prolifico dibattito su funzione, struttura e finalità della Procura europea. Tuttavia, la mancanza di una base giuridica idonea ha determinato una lunga paralisi nel processo di creazione di tale organo, non essendovi i presupposti per presentare una valida proposta legislativa in materia.

Con il Trattato di Lisbona, le importanti novità apportate alle competenze dell'Unione in materia penale hanno segnato una svolta decisiva nel percorso per la realizzazione della Procura europea. In particolare, l'attuale art. 86 TFUE autorizza il Consiglio ad istituirla, mediante regolamenti adottati all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo, a partire da *Eurojust* al fine di contrastare i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. A ciò si aggiunge che, in assenza del consenso unanime del Consiglio, è possibile ricorrere alla procedura di cooperazione rafforzata⁵, come poi di fatto è accaduto, a patto che vi partecipino almeno nove Stati membri.

L'innovativa (e lungimirante) previsione del Trattato ha conferito nuovo vigore alle idee affermatesi già negli anni novanta e ha stimolato ulteriori approfondimenti cui la Commissione ha dato seguito, il 17 luglio

2013, con la presentazione di una proposta⁶ di regolamento che istituisce la Procura europea⁷, adottata proprio sulla base dell'art. 86 TFUE. Questa s'inscrive in un pacchetto di misure volte a proteggere efficacemente gli interessi dell'Unione, di cui fa parte anche una proposta⁸ di regolamento di riforma di *Eurojust*.

Nonostante, come di consueto accade, l'elaborazione della proposta legislativa ufficiale sia stata preceduta da una lunga fase di studio e da ampie consultazioni delle parti interessate, essa ha incontrato sin da subito la resistenza di un notevole numero di parlamenti nazionali⁹. Questi, infatti, attraverso il deposito di pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà, hanno attivato la c.d. procedura di allarme preventivo, imponendo così alla Commissione di procedere ad un riesame del progetto. L'istituzione, come emerge dalla Comunicazione¹⁰ indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio e ai parlamenti nazionali, ha indicato tutte le ragioni per cui ritiene, invece, la proposta di regolamento conforme al principio di sussidiarietà e l'ha mantenuta, affermando di tenere comunque in debita considerazione i suddetti pareri.

Il percorso per giungere all'approvazione del testo definitivo, obiettivo che in alcuni momenti è apparso irrealizzabile, è stato scandito da una serie di ostacoli. Invero, nel corso dei negoziati ha preso sempre più piede lo spirito nazionalistico di alcuni Stati membri che, pur di preservare la propria sovranità in materia giudiziaria, hanno tentato di ridimensionare il ruolo della nuova figura sovranazionale.

Benché assecondare i capricci dei governi più conservatori in fase di negoziazioni avrebbe potuto compromettere il funzionamento della Procura Europea, per raggiungere un accordo e, dunque, per non rinunciare all'EPPO, alcune parti della proposta originaria sono state riviste. E per scongiurare ulteriori arresti della procedura legislativa speciale, nella fase dei negoziati anche il Parlamento europeo, la cui approvazione

⁶ Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, *Bruxelles*, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 def.

⁷ Sul punto cfr. ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Idee di ieri, chances di oggi, prospettive di domani*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 ottobre 2013; SQUILLACI, *In margine alla proposta di istituzione della Procura europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, in www.archiviopenale.it, 1, 2014.

⁸ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (*Eurojust*), *Bruxelles*, 17 luglio 2013, COM (2013) 535 def.

⁹ Per ulteriori approfondimenti consultare SCIARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, cit. e SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in www.archiviopenale.it, 3, 2017.

¹⁰ Comunicazione della Commissione al PE, al Consiglio e ai parlamenti nazionali, sul riesame della proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, a norma del protocollo n. 2, *Bruxelles*, 27 novembre 2013, COM (2013) 851 def.

⁴ DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Parigi, Economica, 1997.

⁵ Per ulteriori approfondimenti cfr. L. VILLANI, *La cooperazione rafforzata "orientata" per l'istituzione della Procura europea: possibili scenari e problematiche applicative*, in www.eurojus.it, 19 settembre 2015; FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della Procura europea. Scenari futuri di un dibattito ancora in evoluzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2016; SCIARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive?*, in www.europeanrights.eu, 31 maggio 2017.

è necessaria per l'adozione del regolamento, ha presentato tre importanti risoluzioni¹¹ che offrono una serie di soluzioni a questioni ancora dibattute e invitano ad apportare ulteriori modifiche del testo.

Eppure ciò non è bastato a trovare un punto d'incontro con i governi più riluttanti. Invero, nella sessione del 7 febbraio 2017, il Consiglio non ha registrato l'unanimità (richiesta dall'art. 86 TFUE) a sostegno della proposta di regolamento¹². Una simile constatazione non ha però determinato la dissoluzione del progetto EPPO che, conformemente a quanto previsto dall'art. 86, par. 1, TFUE, è stato realizzato grazie al meccanismo della cooperazione rafforzata. La possibilità di procedere in tale direzione, è stata sin da subito accolta con favore da sedici Stati ai quali, pochi mesi dopo, se ne sono aggiunti altri quattro. Ergo, attualmente il testo del regolamento, approvato lo scorso 12 ottobre, è condiviso da venti¹³ Stati membri. Restano esclusi, oltre a Regno Unito, Danimarca e Irlanda¹⁴, Malta, Polonia, Svezia, Olanda e Ungheria.

Va osservato, però, che percorrere la strada della cooperazione rafforzata comporta senza dubbio l'abbandono (temporaneo si spera) dell'idea di una Procura europea la cui azione sia in grado di abbracciare tutto il territorio dell'Unione e, dunque, in grado di contrastare gli autori di reati eurofinanziari a prescindere dal luogo in cui questi siano stati commessi.

Ad ogni buon conto, con spirito di ottimismo, non può escludersi che gli Stati membri non partecipanti alla cooperazione, quando i tempi saranno maturi, decidano di aderire al progetto.

3. Il regolamento 1939/2017/UE istitutivo dell'EPPO

Come ricordato con il regolamento 1939/2017/UE, frutto di un difficile compromesso¹⁵, è stata istituita la Procura europea e sono state dettate le norme relative al suo funzionamento.

Il testo normativo si presenta estremamente arti-

colato e complesso e si compone di 121 considerando e 120 articoli. In particolare, le disposizioni sono raggruppate in sezioni e capi, i quali consentono di tracciare uno schema delle aree che il regolamento intende disciplinare. Il Capo I illustra l'oggetto del regolamento; il Capo II disciplina istituzione, compiti e principi di base della Procura europea; il Capo III è dedicato a *status*, struttura e organizzazione dell'EPPO; il Capo IV ne circoscrive competenza ed esercizio della competenza; il Capo V contiene norme procedurali applicabili alle indagini, alle misure investigative, all'azione penale e alle alternative all'azione penale; il Capo VI prescrive le garanzie procedurali; il Capo VII si occupa del trattamento delle informazioni; il Capo VIII disciplina la protezione dei dati; nel Capo IX vi sono disposizioni finanziarie e disposizioni relative al personale; il Capo X fornisce disposizioni relative alle relazioni dell'EPPO con i *partner*; il CAPO XI, infine, detta disposizioni generali.

La struttura del testo così esposta, probabilmente, rende meglio l'idea della sua complessità e delle implicazioni, delle accortezze, che sono state necessarie per istituire una Procura europea in armonia con i diritti e le norme esistenti in altri settori.

La molteplicità dei profili presi in considerazione dal regolamento 1939/2017/UE non consente di procedere, in questa sede, ad una trattazione a tutto tondo delle norme contenute nel testo in esame; pertanto, appare opportuno, oltre che più vantaggioso, tracciarne solo le linee essenziali.

4. La struttura, l'indipendenza e la competenza dell'EPPO

Il regolamento¹⁶ istituisce la Procura europea definendola un organo dell'Unione indivisibile e indipendente, dotato di personalità giuridica, che agisce come un unico ufficio articolato su due livelli: uno centrale e uno decentrato. Infatti, ai sensi dell'articolo 8, il livello centrale è composto da un Procuratore capo europeo, e due suoi vice, dal Collegio dei procuratori europei, dalle Camere permanenti, dai procuratori europei, dal direttore amministrativo e dal personale¹⁷; mentre il livello decentrato è costituito dai procuratori europei delegati (PED) con sede negli Stati membri.

In particolare, il Procuratore capo europeo¹⁸, nominato¹⁹ di comune accordo da Parlamento europeo e Consiglio, è al vertice dell'EPPO e svolge funzioni di

¹¹ Risoluzione del Parlamento europeo, del 12 marzo 2014, sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea COM(2013)0534; Risoluzione del Parlamento europeo, del 29 aprile 2015, sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea COM(2013)0534; Risoluzione del Parlamento europeo, del 5 ottobre 2016, sulla Procura europea ed *Eurojust*, 2016/2750(RSP).

¹² V. considerando n. 4 del regolamento 1939/2017/UE cit.

¹³ Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Spagna e Slovenia.

¹⁴ Regno Unito, Danimarca e Irlanda, infatti, a norma dei Protocolli 19 e 22 si trovano in situazione di *opt-out* rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia di cui al Titolo V del TFUE. Pertanto, sin dall'inizio, non erano computati ai fini del raggiungimento dell'unanimità.

¹⁵ Per ulteriori approfondimenti cfr. FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della procura europea*, cit.; VENEGONI E MINÌ, *I nodi irrisolti della nuova Procura Europea*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 12, 2017.

¹⁶ V. artt. 3 e 8 del regolamento 1939/2017/UE cit.

¹⁷ L'art. 2 del regolamento 1939/2017/UE con l'espressione personale dell'EPPO indica «il personale a livello centrale che assiste il collegio, le camere permanenti, il procuratore capo europeo, i procuratori europei, i procuratori europei delegati e il direttore amministrativo nelle attività quotidiane di espletamento dei compiti dell'EPPO previsti dal presente regolamento».

¹⁸ V. art. 11 del regolamento 1939/2017/UE cit.

¹⁹ Nomina e rimozione del Procuratore capo europeo sono dettatamente disciplinate all'art. 14 del regolamento 1939/2017/UE cit.

rappresentanza, di organizzazione e direzione dei lavori assistito da due vice procuratori capo europei²⁰ che lo sostituiscono in caso di assenza o impedimento. Al Collegio²¹, composto dal Procuratore capo (che lo presiede) e da un procuratore europeo per ciascun Stato membro, sono attribuite importanti funzioni di controllo generale sull'attività di indagine e di indirizzo, in quanto stabilisce le priorità e la politica dell'EPPO in materia di indagini e azione penale e approva il regolamento interno che ne disciplina l'organizzazione.

La coerenza dell'attività della nuova Procura è affidata alle Camere permanenti²², istituite dal Collegio e presiedute di regola dal Procuratore capo, oppure da uno dei sostituti del procuratore capo europeo o da un procuratore europeo nominato presidente. Queste svolgono funzioni di monitoraggio e di indirizzo delle singole attività di indagine e azioni penali condotte dai procuratori delegati nazionali, adottando, su richiesta di questi ultimi, ogni decisione procedurale rilevante, come ad esempio quelle relative al rinvio a giudizio, all'archiviazione o alla conclusione di transazioni.

I procuratori europei²³ supervisionano le indagini e le azioni penali affidate ai procuratori europei delegati appartenenti al medesimo Stato membro. Si tratta di un'attività di controllo più stringente rispetto a quella affidata alle Camere permanenti. Tali figure collegano il livello centrale e quello decentrato, agevolando il funzionamento dell'EPPO. Infatti, il regolamento, all'art. 12, li definisce «canali d'informazione tra le Camere permanenti e i procuratori europei delegati nei rispettivi Stati membri di origine»²⁴ in grado di garantire, attraverso uno scambio reciproco di informazioni, la corretta esecuzione dei compiti affidati alla Procura europea.

Tra le figure previste dal nuovo regolamento²⁵, il procuratore europeo delegato è probabilmente la più interessante. I PED, aventi sede negli Stati membri, costituiscono il livello decentrato dell'EPPO che, in realtà, non fa altro che avvalersi dei sistemi giudiziari nazionali e dei rispettivi organi per perseguire i propri obiettivi. I PED agiscono sia come pubblici ministeri europei sia come organi titolari della funzione di accusa all'interno dei singoli sistemi nazionali. In altre parole, questi sono dotati di un doppio cappello in quanto, pur essendo e restando procuratori o membri della magistratura incardinati nei sistemi dello Stato membro di appartenenza, sono parte integrante della Procura europea.

²⁰ Nomina e rimozione dei sostituti del procuratore capo europeo sono illustrate all'art. 15 del regolamento 1939/2017/UE cit.

²¹ V. considerando n. 24 e art. 9 del regolamento 1939/2017/UE cit.

²² V. considerando n. 25 e art. 10 del regolamento 1939/2017/UE cit.

²³ V. considerando n. 28 e art. 12 del regolamento 1939/2017/UE cit.

²⁴ Cfr. art. 12, par. 5, del regolamento 1939/2017/UE cit.

²⁵ V. artt. 13 e 17 del regolamento 1939/2017/UE cit.

Proprio per evitare di incidere sull'organizzazione di ciascun sistema nazionale, lo svolgimento delle indagini e l'esercizio dell'azione penale sono affidati, in linea di principio, ai PED, i quali già conoscono il proprio ordinamento giuridico. Soltanto se necessario dette attività possono essere oggetto di avocazione da parte del Procuratore capo europeo, anche su sollecitazione delle autorità nazionali, tenuto conto della gravità del reato e delle circostanze particolari del caso. Nonostante la doppia investitura, durante lo svolgimento delle attività di competenza dell'EPPO i procuratori europei delegati devono operare sul loro territorio nazionale esclusivamente in nome e per conto di questa sotto l'autorità del procuratore europeo e devono attenersi alle sue istruzioni, linee guida e decisioni.

La struttura del nuovo ente, caratterizzata da una marcata gerarchizzazione interna, dovrebbe dunque garantire da un lato un'azione europea uniforme efficiente e celere dall'altro che tutti gli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri siano rappresentati e rispettati all'interno dell'EPPO, nell'ottica di un'integrazione graduale.

Passando all'ambito delle competenze, in linea con quanto sancito dal TFUE²⁶, la Procura europea nasce per individuare e perseguire gli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE. Il nuovo regolamento, operando all'art. 22 un rinvio espresso alla recente direttiva 1371/2017/UE²⁷ sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione (direttiva PIF), circoscrive la sua competenza alla c.d. Area PIF, anche quando il diritto nazionale qualifica la stessa condotta criminosa in modo diverso.

In particolare, la nuova Procura è competente nei casi transfrontalieri di frode all'IVA che comportano un danno superiore ai 10 milioni di euro; nei reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale²⁸ incentrata sulla commissione dei reati PIF e, più in generale, in qualsiasi altro reato indissolubilmente legato ad un reato PIF sempre che sussistano alcune specifiche condizioni, tra le quali, ad esempio, la maggior gravità del reato PIF rispetto a quello connesso. Sono invece esclusi dalla sua competenza i reati in materia di imposte dirette nazionali e i reati ad essi indissolubilmente legati. Ne deriva un sistema di competenze concorrenti tra la Procura europea e le autorità nazionali nella lotta ai reati eurofinanziari, fondato sul diritto di avocazione dell'EPPO. Tuttavia, in conformità al principio di sussidiarietà e quello di proporzionalità, il testo in esame si limita a quanto è necessario per

²⁶ Art. 86, par. 1, TFUE.

²⁷ Dir. 1371/2017/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, GUUE L 198, p.29.

²⁸ Così come definita nella decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, GUUE L 300, p. 42.

conseguire gli obiettivi fissati e s'impegna ad incidere il meno possibile sugli ordinamenti giuridici e sulle strutture istituzionali degli Stati membri.

In considerazione dei poteri d'indagine e d'azione conferiti al nuovo organo, poi, il regolamento²⁹ sancisce, con una formula lapidaria, la sua indipendenza, riferita sia all'Ufficio sia a ciascun soggetto che lo compone. Essendo un elemento essenziale dell'EPPO, l'indipendenza deve essere tutelata e rispettata sia dalle istituzioni dell'Unione sia dagli Stati membri. L'art. 6, a tal fine, invita tutti i componenti del nuovo organo, nell'esercizio delle loro funzioni, a non richiedere né accettare istruzioni da soggetti esterni all'EPPO³⁰, indipendentemente che si tratti di Stati membri istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione. Questi ultimi, a loro volta, devono astenersi dal porre in essere condotte o azioni in grado di influenzare l'attività della Procura nell'assolvimento dei suoi compiti. Anche nelle procedure di nomina e revoca di ciascun soggetto, il regolamento prevede una disciplina³¹ dotata delle necessarie garanzie istituzionali per assicurarne l'indipendenza.

Sul punto, inoltre, va evidenziato che, nella sezione dedicata alle disposizioni finanziarie³², si prevede di dotare l'EPPO di un bilancio autonomo, derivante essenzialmente da un contributo del bilancio dell'Unione, per garantire l'esercizio delle sue funzioni in piena autonomia.

Va detto pure che, a fare da contrappeso a tale indipendenza e ai poteri conferiti, il regolamento pone a carico del Procuratore capo europeo l'obbligo di rendere conto alle istituzioni dell'Unione³³, ovvero Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, dell'esercizio delle sue funzioni di capo dell'EPPO. Ne deriva che, ciascuna di queste istituzioni può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per ottenerne la revoca dall'incarico in determinate circostanze, incluso il caso di colpa grave.

5. Segue: indagini, azione penale e archiviazione

In linea con il principio di leale cooperazione, le autorità nazionali competenti o, in determinati casi, fonti private devono comunicare all'EPPO, senza ritardo, i fatti di cui vengono a conoscenza e suscettibili di arrecare danni al bilancio dell'Unione. Nello specifico, le indagini sono avviate da un procuratore europeo delegato e iscritte in un apposito sistema informatico di gestione dei fascicoli *ex art.* 26 quando, a seguito di una segnalazione³⁴, sussistono ragionevoli motivi per

ritenere che sia stato commesso un reato di competenza dell'EPPO. Di regola³⁵ è titolare del caso il PED dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa o, in caso di più reati, quello dello Stato membro ove è stata commessa la maggior parte di essi. Tuttavia, nei casi indicati dal legislatore europeo è possibile derogare a tale previsione e, dunque, affidare il caso al PED di un altro Stato membro, quando in detto Stato si trova il luogo di residenza abituale dell'indagato o dell'imputato, o il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale oppure quando l'indagato o l'imputato è suo cittadino.

Per assicurare, poi, l'efficienza delle indagini penali e il rispetto del principio del *ne bis in idem*, è prevista, in alcuni casi, la possibilità di estendere le indagini ad altri reati, definiti tali dal diritto nazionale, qualora questi ultimi siano indissolubilmente connessi³⁶ a un reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione. Occorre precisare che per garantire un'omogenea e coerente direzione delle indagini e azioni penali a livello europeo, la competenza dell'EPPO nel perseguimento delle fattispecie criminose lesive degli interessi euro-finanziari deve considerarsi prevalente, in ogni caso, rispetto ad eventuali rivendicazioni delle competenze nazionali; pertanto, gli Stati membri devono astenersi da ogni azione, fatta salva la necessità di adottare misure urgenti, fino a che la Procura europea non abbia deciso di svolgere o meno le opportune indagini. Qualora vi sia disaccordo sulle questioni relative all'esercizio di competenza, il regolamento affida alle autorità nazionali competenti il compito di decidere in merito all'attribuzione della stessa.

Per consentire, poi, all'EPPO di svolgere le indagini e raccogliere le prove nei reati di sua competenza, è indispensabile che esso si avvalga di un pacchetto minimo di misure investigative (perquisizioni, confisca, intercettazioni, etc.), almeno nei casi in cui i reati sono punibili con una pena massima non inferiore a quattro anni di reclusione³⁷. A queste misure andranno ad aggiungersene altre, ovvero quelle di cui ciascun procuratore, in casi nazionali analoghi, già dispone ai sensi del diritto nazionale. Ad esempio, in materia di libertà personale, l'art. 33 stabilisce che i PED com-

segnalazione deve contenere minimo un'esposizione dei fatti, una possibile qualificazione giuridica e deve essere accompagnata da una valutazione del danno reale o potenziale. Inoltre, è opportuno che essa contenga qualsiasi informazione utile ai fini dell'identificazione di potenziali vittime, dell'indagato e di qualsiasi altra persona coinvolta.

²⁹ V. art. 6 del regolamento 1939/2017/UE cit.

³⁰ V. considerando n. 17 del regolamento 1939/2017/UE cit.

³¹ V. Capo III, sez. II, artt. 14 e ss. del regolamento 1939/2017/UE cit. Per approfondimenti cfr. CARRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura europea*, in *www.eurojus.it*, 21 ottobre 2017.

³² V. Capo IX, Sez. I, del regolamento 1939/2017/UE cit.

³³ V. art. 7 del regolamento 1939/2017/UE cit.

³⁴ Ai sensi dell'art. 24, par. 4, del regolamento 1939/2017/UE, la

³⁵ V. art. 26, par. 4, del regolamento 1939/2017/UE cit.

³⁶ Cfr. considerando n. 50 del regolamento 1939/2017/UE. La nozione di reati indissolubilmente connessi dovrebbe essere considerata alla luce della relativa giurisprudenza che, per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, adotta come criterio l'identità dei fatti materiali (o fatti sostanzialmente identici), intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio.

³⁷ V. art. 30 del regolamento 1939/2017/UE cit.

petenti potranno richiedere l'applicazione di misure cautelari personali, previste dal diritto nazionale applicabile. Emerge chiaramente da tali disposizioni, che il legislatore europeo ha preferito dettare una disciplina generica, e non dettagliata, in punto di misure investigative, che, di volta in volta, dovrà essere integrata da quella prevista dal diritto nazionale, perdendo una buona occasione per dettare una disciplina anche solo parzialmente uniforme.

Ai sensi dell'art. 35, una volta conclusa la fase delle indagini, il PED incaricato del caso deve presentare una relazione, contenente una sintesi del fatto, un progetto di decisione e le proprie determinazioni, al procuratore europeo incaricato della supervisione che, a sua volta, la trasmette alla competente Camera permanente, insieme ad eventuali osservazioni.

La relazione dell'inquirente europeo può avere ad oggetto richieste ben diverse, ovvero l'esercizio dell'azione penale dinanzi a un giudice nazionale, l'esercizio di una procedura semplificata di azione penale (c.d. compromesso), il rinvio del caso o l'archiviazione.

In particolare, l'art. 36 del regolamento disciplina le modalità di esercizio dell'azione penale di competenza dell'EPPO. Quando il PED intende proporre l'esercizio dell'azione penale alla Camera permanente competente formula il capo di imputazione nei confronti dell'indagato e sceglie lo Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere. Se la Camera condivide la richiesta del PED, quest'ultimo procede di conseguenza, diversamente la Camera prima di decidere definitivamente può procedere ad un riesame del fascicolo, purché ciò avvenga, a pena di decadenza, nei tempi prescritti dalla norma (21 giorni dalla presentazione del progetto). La Camera permanente non può decidere, invece, per l'archiviazione di un caso se il progetto di decisione del PED propone il rinvio a giudizio.

Appare chiaro allora che, di regola, la decisione finale deve essere adottata dalla Camera permanente competente, seppur sulla base del progetto presentato dal PED, onde garantire una politica comune in materia di azione penale. Tale previsione fa da contrappeso alla frammentazione dell'azione repressiva, data dal fatto che i poteri dell'EPPO potranno essere esercitati solo davanti alle autorità giurisdizionali degli Stati e solo nel caso in cui la condotta oggetto di indagine sia stata posta in essere nel territorio di detti Stati oppure da un loro cittadino. D'altro canto, è vero anche che, grazie al nuovo regolamento, le indagini penali sono condotte da un unico Ufficio con un ampio raggio di azione, che dispone di una visione dei fatti più completa e dei poteri necessari per raccogliere le prove utili a perseguire efficacemente i reati di sua competenza in tutti gli Stati membri (compresi quelli esclusi dalla cooperazione rafforzata in materia) e con maggior facilità rispetto alle autorità nazionali. Invero, in tema di

prove, ad esempio, il regolamento³⁸ prevede che queste non possono essere escluse dal giudice per il solo motivo di essere state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro, anche se ciò non pregiudica la facoltà dell'organo giurisdizionale di merito di valutare liberamente le prove presentate dall'imputato o dai procuratori dell'EPPO.

Ai sensi dell'art. 40, se la disciplina nazionale lo prevede, al termine delle indagini il procuratore europeo incaricato può proporre alla Camera permanente competente di procedere attraverso una procedura semplificata di azione penale per l'adozione del provvedimento definitivo (cd. compromesso). Il legislatore sotto tale denominazione ricomprende tutte quelle procedure eventualmente previste dal diritto nazionale volte alla pronuncia di un provvedimento definitivo basato su un'intesa raggiunta con l'indagato o imputato. In tal caso, la Camera deve decidere tenendo in considerazione la gravità del fatto e del danno arrecato, la volontà dell'indagato di riparare il danno e la conformità dell'uso della procedura ai principi generali e agli obiettivi dell'EPPO. Sul punto occorre precisare che la disciplina è limitata ai soli Stati membri che già prevedono procedure di questo tipo; pertanto, il legislatore ha rinunciato in materia ad un ravvicinamento processuale aperto a tutti gli Stati membri partecipanti, prediligendo un'armonizzazione circoscritta solo ad alcuni di essi.

L'art. 34 elenca, poi, una serie di ipotesi di rinvio e trasferimento³⁹ dei procedimenti da parte dell'EPPO in favore delle autorità nazionali. Tra queste, ad esempio, vi è il caso in cui, a seguito di un'indagine svolta dalla Procura europea, emerga che i fatti oggetto dell'attività non costituiscano reato di sua competenza a norma degli articoli 22 e 23, oppure quello in cui l'EPPO decida per l'archiviazione del caso (ex art. 39, par. 3) e l'autorità nazionale richieda il rinvio.

Qualora il PED, invece, non ravvisi la sussistenza degli elementi per esercitare l'azione penale in alternativa può richiedere l'archiviazione del caso ex art. 39. Il legislatore europeo, per limitare la discrezionalità dei soggetti chiamati a decidere, ha indicato dei motivi di archiviazione tassativi, tendenzialmente corrispondenti a quelli più diffusi negli ordinamenti nazionali, quali la morte dell'imputato o liquidazione della persona giuridica; l'infermità mentale dell'indagato o dell'imputato; l'amnistia concessa all'indagato o all'imputato; l'immunità concessa e non revocata; la prescrizione; il *bis in idem* e, infine, la mancanza di prove pertinenti. Quest'ultima ipotesi, però, a differenza delle altre, pare lasciar spazio ad un ampio margine di apprezzamento del PED procedente, anche se bilanciato dal potere della Camera permanente di modificare la decisione presa dal procuratore delegato attraverso la procedura

³⁸ V. art. 37 del regolamento 1939/2017/UE cit.

³⁹ L'elenco dettagliato è illustrato all'art. 34 del regolamento 1939/2017/UE cit.

ex art. 35, par. 2. Inoltre, una volta disposta l'archiviazione del caso, ciò non preclude un'eventuale riapertura delle indagini, che può essere ammessa a seguito di una decisione della Camera permanente, purché basata su fatti nuovi, non noti al momento dell'archiviazione.

Quando è disposta l'archiviazione del caso, la Procura europea, ai sensi dell'art. 39, par. 4, provvede a comunicarlo ufficialmente alle istituzioni, agli organi europei interessati, alle autorità nazionali competenti, e, ove opportuno ai sensi del diritto nazionale, all'indagato e alle vittime. Va rammentato che i casi archiviati possono essere rinviati all'OLAF o alle autorità amministrative o giudiziarie nazionali competenti al fine di consentire un recupero o un seguito amministrativo di altro tipo.

6. Segue: Garanzie procedurali

In linea con quanto accade nei sistemi garantisti, tipici delle giurisdizioni nazionali, le indagini e l'azione penale dell'EPPO sono improntate ai principi di proporzionalità, imparzialità ed equità nei confronti dell'indagato o dell'imputato.

Nel preambolo del regolamento⁴⁰ il legislatore europeo dichiara l'intento di attuare la nuova normativa nel rispetto dei diritti fondamentali e nell'osservanza dei principi riconosciuti dall'articolo 6 TUE, del titolo VI della Carta, nonché del diritto internazionale e degli accordi internazionali di cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte, compresa la Convenzione EDU, e delle costituzioni degli Stati membri nel loro rispettivo ambito di applicazione. Inoltre, si precisa che, nel rispetto di tali principi e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, nessun elemento del regolamento può essere inteso nel senso che agli organi giurisdizionali sia vietato applicare i principi fondamentali del diritto nazionale, in tema di imparzialità del giudice, vigenti nei propri sistemi nazionali.

Espressione dell'intento palesato dal legislatore nelle considerazioni preliminari al testo normativo vero e proprio è il Capo VI, interamente dedicato alle garanzie procedurali che abbracciano sia i diritti degli indagati e degli imputati sia i controlli giurisdizionali.

In particolare, l'art. 41 traccia tre livelli di garanzie previsti per il corretto svolgimento dell'attività dell'EPPO.

Il primo livello è di rango costituzionale ed è rappresentato dai diritti degli indagati e imputati sanciti, agli artt. 47, 48 e 50, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, quali il diritto ad un giudice imparziale, i diritti della difesa, il diritto alla presunzione di innocenza, nonché il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*). Al secondo livello si colloca il diritto primario dell'Unione,

infatti, a qualunque soggetto indagato o imputato in un procedimento penale dell'EPPO è garantito il godimento dei diritti procedurali stabiliti dagli strumenti del diritto dell'Unione e, nello specifico, dalle cinque direttive⁴¹ relative ai diritti degli indagati e degli imputati nel quadro di un processo penale, come attuate nel diritto nazionale. Infine, gli indagati, gli imputati e le altre persone coinvolte godono anche di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, tra cui il diritto di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti, l'escussione di testimoni e di chiedere all'EPPO di ottenere tali misure per conto della difesa. A ciò si aggiunga che la Procura, ai sensi dell'art. 5, deve svolgere le proprie indagini in maniera imparziale e raccogliere tutti i tipi di prova pertinenti, sia a carico che a discarico, di propria iniziativa o su richiesta della difesa.

La previsione normativa di cui all'art. 42 è invece dedicata al controllo giurisdizionale sugli atti della Procura europea. Va evidenziato in proposito che il paragrafo 1 della norma affida alle regole e agli organi giurisdizionali nazionali il controllo sugli atti procedurali dell'EPPO suscettibili di produrre effetti nella sfera giuridica di terzi.

A ben vedere si tratta di una scelta alquanto discutibile, in quanto tale sindacato, ai sensi dell'art. 257 TFUE, ben poteva essere deputato alla Corte di Giustizia o ad un tribunale specializzato istituito *ad hoc* che avrebbe senz'altro garantito una giurisprudenza coerente sulle fattispecie relative alla lesione degli interessi finanziari dell'UE e, dunque, un'uniforme interpretazione della normativa in materia. È vero anche, però, che, a differenza dell'originaria proposta della Commissione, il testo definitivo del regolamento non esclude del tutto l'intervento della Corte di Lussemburgo alla quale, seppur limitatamente ad alcuni casi, è riconosciuto un ruolo. Difatti, il paragrafo 2 della disposizione attribuisce alla Corte la competenza

⁴¹ Si fa riferimento alle seguenti direttive: dir. 64/2010/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, GUUE L 280, p.1; dir. 13/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, GUUE L 142, p.1; dir. 48/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GUUE L 294, p.1; dir. 343/2016/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, GUUE L 65, p.1; dir. 1919/2016/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, GUUE L 297, p.1.

⁴⁰ V. considerando n. 80 del regolamento 1939/2017/UE cit.

a pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla validità degli atti procedurali della Procura europea, quando tale questione sia sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione; sull'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il regolamento in esame; sull'interpretazione delle norme concernenti la competenza materiale dell'EPPO (art. 22), il concreto esercizio della propria competenza ed il riparto di competenze tra la stessa e le autorità nazionali (art. 25), relativamente ad eventuali conflitti di competenza.

Inoltre, sempre in deroga a quanto stabilito al paragrafo 1, sono soggette al sindacato della Corte di giustizia anche la rimozione del Procuratore capo europeo, dei procuratori europei e dei procuratori europei delegati; le decisioni della Procura europea di archiviare un caso, nella misura in cui siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 263 TFUE; le eventuali controversie sul risarcimento dei danni causati dall'EPPO, conformemente all'art. 268 TFUE; quelle riguardanti clausole compromissorie contenute nei contratti da essa conclusi, ai sensi dell'art. 272 TFUE; e, ancora, quelle relative al personale della Procura, ex art. 270 TFUE. Resta impregiudicato, e quindi riservato alla Corte, il controllo sulle decisioni dell'EPPO che incidono sui diritti degli interessati e su quelle decisioni che non si qualificano come atti procedurali in materia di protezione dei dati personali ed in materia di diritto di accesso del pubblico ai documenti o di qualsiasi altra decisione amministrativa.

Anche se non sono ricompresi formalmente nel Capo dedicato alle garanzie procedurali, vale la pena sottolineare l'attenzione che il legislatore europeo ha rivolto al trattamento delle informazioni e alla protezione dei dati personali, ai quali ha dedicato autonomi capi, rispettivamente Capo VII e VIII, proprio per evidenziare la loro importanza nell'attività svolta dalla nuova Procura europea. Infatti, la regolarità e l'efficace svolgimento delle operazioni investigative dell'EPPO devono essere improntate alla normativa in materia di protezione dei dati personali, anche quando in queste è coinvolta l'Organizzazione internazionale della polizia criminale (*Interpol*)⁴² che, al fine di aiutare le autorità competenti a prevenire e combattere la criminalità internazionale, riceve, conserva e diffonde dati personali. Pertanto, è opportuno che dette operazioni siano assistite da adeguate garanzie per la protezione della vita privata e dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche attinenti al trattamento automatizzato dei dati personali. Il monitoraggio dell'applicazione e del rispetto del regolamento per quanto riguarda i dati personali operativi spetta al garante europeo della pro-

tezione dei dati che, a tal fine, può esercitare poteri di indagine, consultivi e correttivi.

7. I rapporti con Eurojust, OLAF e Stati membri non partecipanti

La nuova entità istituita dal regolamento, onde assicurare un effetto dissuasivo sulla commissione dei reati eurofinanziari, deve poter contare effettivamente sulle autorità nazionali, incluse quelle di polizia, per ciò che riguarda l'esecuzione delle misure coercitive.

Come è noto, infatti, l'osservanza del principio di leale cooperazione, impone a tutte le autorità nazionali e a tutti i pertinenti organi dell'Unione, compresi *Eurojust*, *Europol* e l'OLAF, di collaborare e, nel caso di specie, di prestare attivamente sostegno a indagini e azioni penali dell'EPPO e seguire le istruzioni impartite dall'ufficio centrale al livello decentrato e da quest'ultimo alle forze presenti sul territorio. Il principio di leale cooperazione è, senza dubbio, perno essenziale del complesso sistema burocratico istituito dal regolamento, dato che l'unico strumento in grado di combattere efficacemente detti reati è una stretta cooperazione tra tutti i soggetti coinvolti, nazionali e dell'Unione europea.

Il regolamento affronta tale aspetto nel Capo X, interamente dedicato alle relazioni della Procura europea con i *partner*, in cui disciplina, separatamente, i rapporti con *Eurojust* (art. 100); quelli con l'OLAF (art. 101); con *Europol* (art. 102); con istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione (art. 103); con le autorità di Paesi terzi e le organizzazioni internazionali (art. 104) e, infine, quelli con gli Stati membri dell'UE non partecipanti alla cooperazione (art. 105).

In particolare, per quanto riguarda i rapporti tra *Eurojust* ed EPPO, nonostante il legame privilegiato previsto all'art. 86, par. 1, TFUE secondo cui la Procura europea viene istituita a partire da *Eurojust*, occorre precisare che essi sono due enti separati e distinti. Invero, il regolamento sancisce, all'art. 100, la distinzione tra i due organismi e ne disciplina i rapporti in termini di strette relazioni, basate su una cooperazione reciproca, ciascuno nel proprio ambito, e sullo sviluppo di legami operativi, amministrativi e di gestione, garantiti da incontri periodici tra i capi dei due uffici, ma anche dalla previsione di un intenso scambio di informazioni e dall'accesso indiretto dell'EPPO ai fascicoli di *Eurojust*. La cooperazione tra le due entità può riguardare qualsiasi indagine condotta dalla Procura in cui emerga la necessità di uno scambio di informazioni o di un coordinamento delle misure investigative con riferimento a casi che rientrano nella competenza di *Eurojust*. Inoltre, per svolgere la sua attività il nuovo Ufficio può avvalersi del sostegno e delle risorse amministrative di *Eurojust* attraverso modalità regolate da un accordo. Tuttavia, la distanza tra le due sedi è notevole e non favorisce concretamente la condivisione di risorse e strutture amministrative con *Eurojust*; infatti,

⁴² V. considerando nn. 96 e 97 del regolamento 1939/2017/UE cit.

mentre la sede dell'ufficio centrale dell'EPPO è stabilita a Lussemburgo, quella di *Eurojust* è situata a L'Aja. Ne consegue che condividere le risorse potrebbe risultare difficile e comportare uno scarso coinvolgimento di *Eurojust* nell'attività di supporto ad EPPO, oltre ad una duplicazione dei costi amministrativi.

L'art. 101 prescrive, invece, la necessità che la Procura europea instauri e mantenga strette relazioni con l'OLAF, con l'intento di utilizzare al meglio i mezzi disponibili per la tutela degli interessi finanziari europei attraverso la complementarità dei rispettivi mandati ed evitando sovrapposizioni. Così, laddove l'EPPO intenda condurre un'indagine penale su un determinato reato, in linea di principio, l'OLAF non dovrebbe avviare sugli stessi fatti alcuna indagine amministrativa parallela, fatto salvo il potere di avviare un'indagine amministrativa di propria iniziativa in stretta consultazione con la Procura europea. Se richiesto dall'EPPO nel corso delle indagini l'OLAF, nell'ambito delle sue competenze, interviene per sostenerne o integrarne l'attività, fornendo informazioni o analisi, conducendo indagini amministrative e facilitando il coordinamento delle azioni delle autorità nazionali amministrative competenti e degli organi dell'Unione.

Come già accennato in merito all'archiviazione, l'ultimo paragrafo dell'articolo di riferimento mette in risalto la complementarità delle azioni che competono ai due uffici, prevedendo che l'EPPO può fornire all'OLAF informazioni relative a casi in cui ha deciso di non condurre un'indagine o di archiviare, al fine di consentire all'OLAF di valutare, conformemente al suo mandato, un'eventuale azione amministrativa.

Il contenuto dell'art. 102 appare più conciso rispetto a quello delle norme precedenti, in quanto si limita a prevedere l'instaurazione di altrettanto strette relazioni tra l'EPPO e l'*Europol*. Nello specifico, qualora lo ritenga necessario ai fini delle sue indagini, l'EPPO può chiedere ed ottenere ogni informazione, purché pertinente ad un reato di sua competenza, detenuta dall'Ufficio europeo di polizia, al quale può anche richiedere supporto analitico per indagini più specifiche.

L'art. 103 si occupa delle relazioni con le altre istituzioni, uffici o agenzie dell'Unione ed essenzialmente impone alla Procura europea di fornire ad essi, nonché ad altre vittime interessate, informazioni preziose per ottenere l'adozione di adeguate misure, anche di natura cautelare a tutela degli interessi finanziari, sempre che ciò non pregiudichi il corretto svolgimento e la riservatezza delle sue indagini. Limitatamente ai rapporti con la Commissione, si precisa che la Procura europea deve instaurare, attraverso un accordo, e mantenere con essa relazioni di cooperazione al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione.

Anche per disciplinare le modalità di collaborazione con le autorità di paesi terzi e organizzazioni internazionali è prevista la conclusione di accordi di lavoro

ro⁴³ che possono riguardare, ad esempio, lo scambio di informazioni strategiche e il distacco di ufficiali di collegamento presso l'EPPO.

Quanto, poi, ai rapporti con gli Stati non partecipanti alla cooperazione rafforzata sull'istituzione dell'EPPO, va innanzitutto rammentato che, pur non essendo vincolati dal regolamento, essi devono mantenere un atteggiamento improntato al principio di leale cooperazione. D'altra parte non va dimenticato che in capo a questi ultimi grava, ai sensi degli artt. 325 e 327 TFUE, sia l'obbligo di contrastare le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione sia quello di non ostacolare il perseguimento degli obiettivi da raggiungere attraverso la cooperazione rafforzata da parte degli Stati membri che vi partecipano. Sul punto il regolamento, all'art. 105, individua negli stessi accordi di lavoro previsti per disciplinare i rapporti tra l'EPPO e gli altri *partner* la chiave della cooperazione con gli Stati membri che ne sono esclusi. Nello specifico, gli accordi potranno riguardare lo scambio di informazioni strategiche, il distacco di ufficiali di collegamento presso la Procura europea e la designazione da parte di quest'ultima, di concerto con le autorità competenti interessate, di punti di contatto così da facilitare la cooperazione in linea con le esigenze dell'EPPO. Va segnalato che contribuiranno ad agevolare detta collaborazione sia *Eurojust*, che farà da collante tra la nuova entità europea e quegli Stati che hanno deciso di non partecipare a tale ambizioso progetto, sia la Commissione⁴⁴ che dovrà presentare, ove necessario, proposte volte a garantire un'efficace cooperazione giudiziaria in materia penale tra l'EPPO e gli Stati membri dell'Unione europea non partecipanti.

8. Considerazioni conclusive

Appare evidente, da quanto fin qui detto, che l'istituzione di una Procura europea, dedita a perseguire efficacemente i reati eurofinanziari, segna una tappa storica rilevante nel processo di integrazione europea e, sebbene sia stato necessario intraprendere la via della cooperazione rafforzata per la sua creazione, l'importanza di un simile passo è innegabile. Non vi è dubbio che il regolamento 1939/2017/UE rappresenti un trampolino di lancio per la piena realizzazione del progetto iniziale, senz'altro più ambizioso. Invero, l'EPPO che ha visto la luce pochi mesi fa non corrisponde pienamente alla prima proposta della Commissione, dai caratteri più marcati e innovativi, ma è, piuttosto, un punto da cui partire per soddisfare, se non superare, le originarie aspettative. Ad esempio, è auspica-

⁴³ V. artt. 104 e 99, par. 3, del regolamento 1939/2017/UE. Tali accordi di lavoro sono di carattere tecnico-operativo e mirano ad agevolare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le parti. Gli accordi di lavoro non possono rappresentare una base per consentire lo scambio di dati personali né avere effetti giuridicamente vincolanti per l'Unione o i suoi Stati membri.

⁴⁴ V. considerando n. 110 del regolamento 1939/2017/UE cit.

bile che ad un organo tanto potente venga affidata la competenza a perseguire e contrastare altri deplorablevoli reati quali il terrorismo, la tratta di esseri umani, il traffico illecito di organi, la pedopornografia digitale, e, in generale, tutti i reati caratterizzati da transnazionalità, difficili da combattere con un'azione repressiva esclusivamente nazionale, così come previsto dall'art. 86, par. 4, TFUE. In realtà, sulla possibilità di estendere l'azione della Procura europea a tali reati si è già discusso in sede di negoziati, durante i quali proprio l'Italia ha rappresentato l'utilità, specialmente per i reati di terrorismo, di una struttura d'indagine centralizzata a livello europeo, come l'EPPO, in grado di agire direttamente sul territorio degli Stati membri. In tal modo, non soltanto sarebbe rafforzata la sicurezza dei cittadini europei, quanto garantita una maggiore efficacia e un miglior coordinamento dell'azione repressiva.

Nondimeno, è noto che per ampliare le attribuzioni della Procura europea è necessaria una decisione unanime del Consiglio e, dunque, in questo caso non è prevista un'esplicita alternativa all'unanimità in termini di cooperazione rafforzata fra alcuni Stati membri. Tale limitazione ha ostacolato l'istituzione di una Procura capace di agire nel pieno delle potenziali attribuzioni previste dai trattati. L'indispensabilità del consenso di tutti gli Stati per ampliare le competenze dell'EPPO appare, però, illogica in un contesto, come quello attuale, in cui l'istituzione della Procura europea avviene tramite la cooperazione rafforzata. Gli Stati non partecipanti non avrebbero, infatti, alcun interesse ad ostacolare l'ampliamento delle attribuzioni di un'entità europea alla cui creazione non hanno partecipato. In ogni caso, per ottenere un simile risultato, sarà inevitabile attendere il passaggio dalla cooperazione in materia penale all'integrazione europea vera e propria, la sola in grado di potenziare sia il ruolo che le competenze della Procura europea.

Se, dunque, da un lato non può negarsi che il percorso per coinvolgere tutti gli Stati membri nel progetto EPPO sia ancora lungo, dall'altro è doveroso accogliere con favore, in un clima in cui la sfiducia nei confronti dell'Unione dilaga, l'impegno politico assunto in tale settore dagli Stati membri partecipanti.

Luigi Valentino

Ricercatore e Professore Aggregato di Diritto dell'Unione europea e Diritto della Concorrenza nell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Seconda Università degli Studi di Napoli

Sanzioni statali in materia IVA tra statuizioni CEDU, Corte di giustizia e principio del *ne bis in idem*.

Nota a Corte di Giustizia, 5 aprile 2017, Cause riunite C217/15 e C-350/15, Orsi e Baldetti

abstract

Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union must be interpreted as not precluding national legislation permitting the initiation of criminal proceedings for failure to pay the value added tax after the imposition of a definitive tax penalty for the same facts, if this sanction was imposed on a company with legal personality, while those criminal proceedings were initiated against a natural person.

keywords

Value added tax – National legislation which provides for an administrative sanction and a penalty for the same facts, relating to the omitted payment of value added tax – Charter of fundamental rights of the European Union – Ne bis in idem principle.

abstract

L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.

parole chiave

Imposta sul valore aggiunto – Normativa nazionale che prevede una sanzione amministrativa ed una sanzione penale per gli stessi fatti, relativi all'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Principio del ne bis in idem.

Fiscalità – Imposta sul valore aggiunto – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Normativa nazionale che prevede una sanzione amministrativa ed una sanzione penale per gli stessi fatti, relativi all'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto

strativa ed una sanzione penale per gli stessi fatti, relativi all'omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto

L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non osta ad una normativa nazionale che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.

Corte giust., 5 aprile 2017, Cause riunite C217/15 e C-350/15, Orsi e Baldetti

(*Omissis*)

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

9. Nei periodi di imposta di cui trattasi nei procedimenti principali, il sig. Orsi era il legale rappresentante della S.A. COM Servizi Ambiente e Commercio Srl ed il sig. Baldetti era il legale rappresentante della Evoluzione Maglia Srl.

10. Il sig. Orsi ed il sig. Baldetti sono imputati dinanzi al Tribunale di Santa Maria Capua Vetere per il reato previsto e punito dall'articolo 10 ter del decreto legislativo n. 74/2000, in combinato disposto con l'articolo 10 bis del medesimo, con la motivazione che, nella loro qualità di legali rappresentanti di tali società, avrebbero omesso di versare entro i termini previsti dalla legge l'IVA dovuta in base alla dichiarazione annuale per i periodi di imposta di cui ai procedimenti principali. L'IVA non pagata ammonterebbe, in ciascun caso, a più di un milione di euro.

11. Tali procedimenti penali sono stati avviati dopo che l'Agenzia delle Entrate ha denunciato detti reati alla Procura della Repubblica. Nel corso dei procedimenti penali in parola, è stato effettuato un sequestro preventivo sia sui beni del sig. Orsi che su quelli del

sig. Baldetti, sequestro nei confronti del quale entrambi hanno presentato una richiesta di riesame.

12. Prima dell'instaurazione di detti procedimenti penali, gli importi dell'IVA di cui ai procedimenti principali sono stati oggetto di accertamento da parte dell'amministrazione finanziaria, la quale, oltre a liquidare il debito tributario, ha anche irrogato una sanzione tributaria alla S.A. COM Servizi Ambiente e Commercio e alla Evoluzione Maglia, nella misura del 30% dell'importo dovuto a titolo di IVA. In seguito ad una transazione vertente sugli accertamenti in parola, questi ultimi sono diventati definitivi, non essendo stati oggetto di impugnazione.

13. In tale contesto, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se ai sensi degli articoli 4 del protocollo n. 7 alla CEDU e 50 della Carta, sia conforme al diritto dell'Unione la disposizione di cui all'articolo 10 ter del decreto legislativo n. 74/2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione del versamento dell'IVA), sia già stato destinatario di un accertamento definitivo da parte dell'Amministrazione finanziaria dello Stato, con irrogazione di una sanzione amministrativa (...)».

Sulla questione pregiudiziale

14. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 50 della Carta e l'articolo 4 del protocollo n. 7 alla CEDU debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'IVA dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti.

15. Dato che il giudice del rinvio fa riferimento non soltanto all'articolo 50 della Carta, ma anche all'articolo 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, occorre ricordare che, anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta prevede che i diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenze del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44, nonché del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 45 e giurisprudenza ivi citata). Pertanto, l'esame della questione sollevata deve essere condotto alla luce unicamente dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta

(v., in tal senso, sentenze del 28 luglio 2016, Conseil des ministres, C-543/14, EU:C:2016:605, punto 23 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 6 ottobre 2016, Paoletti e a., C-218/15, EU:C:2016:748, punto 22).

16. Per quanto riguarda l'articolo 50 della Carta, occorre rilevare che le sanzioni tributarie ed i procedimenti penali aventi ad oggetto reati in materia di IVA e volti ad assicurare l'esatta riscossione di tale imposta e ad evitare le evasioni, come quelli di cui ai procedimenti principali, costituiscono un'attuazione degli articoli 2 e 273 della direttiva 2006/112, nonché dell'articolo 325 TFUE e, quindi, del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta (v., in tal senso, sentenze del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punti da 24 a 27, nonché dell'8 settembre 2015, Taricco e a., C-105/14, EU:C:2015:555, punti 49, 52 e 53). Pertanto, le disposizioni di diritto nazionale che disciplinano procedimenti penali aventi ad oggetto reati in materia di IVA, come quelli di cui ai procedimenti principali, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 50 della Carta.

17. L'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 50 della Carta presuppone in primo luogo, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, che sia la stessa persona ad essere oggetto delle sanzioni o dei procedimenti penali di cui trattasi.

18. Infatti, dalla formulazione stessa di tale articolo, secondo la quale «[n]essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge», deriva che esso vieta di perseguire o sanzionare penalmente una stessa persona più di una volta per uno stesso reato.

19. Tale interpretazione dell'articolo 50 della Carta è confermata dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), che devono essere prese in considerazione per l'interpretazione della stessa (v., in tal senso, sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 20). Per quanto riguarda tale articolo, le spiegazioni in parola si riferiscono alla giurisprudenza della Corte relativa al principio del *ne bis in idem*, quale riconosciuto come principio generale del diritto dell'Unione prima dell'entrata in vigore della Carta. Secondo tale giurisprudenza, detto principio non può, in ogni caso, essere violato se non è la stessa persona ad essere stata sanzionata più di una volta per uno stesso comportamento illecito (v., in tal senso, in particolare, sentenze del 7 gennaio 2004, Aalborg Portland e a./Commissione, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, EU:C:2004:6, punto 338, nonché del 18 dicembre 2008, Coop de France bétail et viande e a./Commis-

sione, C-101/07 P e C-110/07 P, EU:C:2008:741, punto 127).

20. La Corte ha confermato detta giurisprudenza successivamente all'entrata in vigore della Carta (v., in tal senso, sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 34).

21. Nel caso di specie, dalle informazioni contenute nelle ordinanze di rinvio, confermate tanto da alcuni elementi del fascicolo di cui dispone la Corte, quanto dal governo italiano nell'udienza dinanzi a quest'ultima, risulta che le sanzioni tributarie di cui ai procedimenti principali sono state inflitte a due società dotate di personalità giuridica, ossia la S.A. COM Servizi Ambiente e Commercio e la Evoluzione Maglia, mentre i procedimenti penali di cui trattasi riguardano il sig. Orsi ed il sig. Baldetti, che sono persone fisiche.

22. Risulta pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 36 delle sue conclusioni, che, nei due procedimenti penali in discussione, la sanzione tributaria ed i procedimenti penali riguardano persone distinte, ossia, nella causa C-217/15, la S.A. COM Servizi Ambiente e Commercio, oggetto di una sanzione tributaria, ed il sig. Orsi, nei confronti del quale è stato avviato un procedimento penale, e, nella causa C-350/15, la Evoluzione Maglia, cui è stata inflitta una sanzione tributaria, ed il sig. Baldetti, oggetto di un procedimento penale, cosicché sembra mancare la condizione per l'applicazione del principio del *ne bis in idem* secondo la quale la stessa persona deve essere oggetto delle sanzioni e dei procedimenti in questione, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.

23. A tale riguardo, il fatto che il sig. Orsi ed il sig. Baldetti siano perseguiti penalmente per fatti commessi in qualità di legali rappresentanti delle società che sono state oggetto di sanzioni tributarie non è idoneo a rimettere in discussione la conclusione di cui al punto precedente.

24. Infine, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, nella misura in cui l'articolo 50 della medesima contiene un diritto corrispondente a quello previsto all'articolo 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, occorre garantire che la predetta interpretazione dell'articolo 50 della Carta non sia in contrasto con il livello di tutela garantito dalla CEDU (v., per analogia, sentenza del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 77).

25. Ebbene, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, il fatto di infliggere sia sanzioni tributarie che sanzioni penali non costituisce una violazione dell'articolo 4 del protocollo n. 7 alla CEDU, qualora le sanzioni di cui trattasi riguardino persone, fisiche o giuridiche, giuridicamente distinte (Corte EDU, 20 maggio 2014, Pirttimäki c. Finlandia, CE:ECHR:2014:0520JUD00353211, § 51).

26. Poiché manca, nell'ambito dei procedimenti principali, la condizione secondo la quale la stessa

persona deve essere oggetto delle sanzioni e dei procedimenti in discussione, non occorre esaminare le altre condizioni per l'applicazione dell'articolo 50 della Carta.

27. Pertanto, si deve rispondere alla questione posta dichiarando che l'articolo 50 della Carta deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'IVA dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.

Sulle spese

28. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M.

la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che consente di avviare procedimenti penali per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dopo l'irrogazione di una sanzione tributaria definitiva per i medesimi fatti, qualora tale sanzione sia stata inflitta ad una società dotata di personalità giuridica, mentre detti procedimenti penali sono stati avviati nei confronti di una persona fisica.

***Nota a sentenza

sommario

1. Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza europea. – 2. La difficile coesistenza tra le statuizioni della Corte EDU ed i limiti al divieto di cumulo delle sanzioni. – 3. Il caso sottoposto al giudizio della Corte di Giustizia. – 4. Conclusioni: quale futuro in tema di divieto di cumulo di sanzioni?

1. Il *ne bis in idem* nella giurisprudenza europea

La Corte di Giustizia, con la sentenza in commento, ha posto un primo punto fermo in relazione alla legittimità dell'articolazione normativa del "doppio binario" punitivo in materia tributaria nel nostro ordinamento, sebbene – come vedremo – si trattasse di decidere su un profilo non particolarmente problematico, su un *easy case*.

La pronuncia della Corte costituisce la risposta ai ricorsi sollevati in via pregiudiziale nell'ambito di pro-

cedimenti penali instaurati per fatti di omesso pagamento dell'Iva (ex art. 10-ter D.Lgs. n. 74/2000), in relazione ai quali, tuttavia, si era già concluso il procedimento di accertamento dell'illecito tributario (ex art. 13, comma 1, D.Lgs. n. 471/1997), all'esito del quale l'amministrazione finanziaria dello Stato, oltre a liquidare il debito erariale non versato, aveva irrogato una sanzione amministrativa pari al 30% dell'imposta evasa (c.d. 'sovrattassa').

Proprio in ragione di tale circostanza, il Tribunale decideva di chiamare in causa la Corte di Giustizia (competente in quanto la materia dell'Iva rientra nell'ambito di applicazione del diritto UE), affinché si pronunciasse sulla eventuale violazione del principio fondamentale del *ne bis in idem*, muovendo ovviamente dal presupposto che la sanzione tributaria della 'sovrattassa' fosse qualificabile come "materia penale" ai sensi degli *Engel criteria* del diritto europeo; in particolare, la questione pregiudiziale sottoposta ai giudici di Lussemburgo era formulata nel senso di chiarire «se ai sensi degli articoli 4 del protocollo n. 7 alla CEDU e 50 della Carta, sia conforme al diritto dell'Unione la disposizione di cui all'articolo 10-ter del decreto legislativo n. 74/2000 nella parte in cui consente di procedere alla valutazione della responsabilità penale di un soggetto il quale, per lo stesso fatto (omissione del versamento dell'IVA), sia già stato destinatario di un accertamento definitivo da parte dell'Amministrazione finanziaria dello Stato, con irrogazione di una sanzione amministrativa».

La pronuncia della Corte di giustizia ci permette, quindi, di approfondire un tema che sta sempre più emergendo nel dibattito giuridico, ossia quello del rapporto tra sanzione penale e sanzione tributaria in relazione al medesimo fatto, il quale pur trovando una sua disciplina, sia nell'art. 4 del Protocollo VII addizionale alla CEDU, che nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ha per lungo tempo suscitato scarsa attenzione, tanto a livello internazionale, che nell'ordinamento interno.

Da qualche anno, tuttavia, la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte di Giustizia UE hanno iniziato a valorizzare una lettura ampia delle suddette disposizioni, ponendo così dei limiti al cumulo tra i due tipi di sanzioni. Nonostante il favore con cui tali aperture sono state salutate dai commentatori, nei più recenti arresti, tra i quali si ricorda la sentenza della Corte UE, cause riunite C-217/15 e C-350/15, si coglie una maggiore cautela da parte delle Corti sovranazionali, le quali, pur senza negare il principio, paiono inclini a limitarne l'estensione, verosimilmente allo scopo di tutelare l'autonomia dei sistemi sanzionatori nazionali.

Il principio di cui trattasi è quello ben noto del *ne bis in idem*, riconosciuto da numerosi ordinamenti nazionali ed in alcuni casi anche codificato costituzionalmente. Esso, al fine di tutelare beni giu-

ridici identici ed a causa di una stessa condotta illecita, impedisce che una persona sia più volte sottoposta ad un procedimento penale e, se del caso, ripetutamente punita, poiché tale moltiplicazione di procedimenti e di sanzioni comporterebbe un inammissibile esercizio reiterato dello *ius puniendi* dello Stato. Dunque, il principio ha lo scopo preciso di garantire certezze di carattere soggettivo, sottraendo il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale per il medesimo fatto¹.

Va innanzitutto notato che, mentre sul piano nazionale il riconoscimento dell'effetto ostativo del *ne bis in idem* è praticamente indiscusso, sul piano internazionale il suo riconoscimento risulta più difficoltoso, non foss'altro perché manca una definizione del

¹ L'esigenza di garantire un individuo dalla duplicità (se non addirittura dalla pluralità) di giudizi ha sollevato, in dottrina, questioni circa la configurabilità del principio del *ne bis in idem*, come regola di diritto internazionale generalmente riconosciuta. Tuttavia, se tale esigenza risulta soddisfatta sul piano nazionale, lo stesso non avviene su quello internazionale. La dottrina maggioritaria è concorde nell'affermare che l'esistenza di un *ne bis in idem* internazionale possa derivare soltanto da apposite norme convenzionali. V. CATALANI, *I rapporti internazionali in materia penale*, Milano, 1995, p. 59; M. BARATTA, *Ne bis in idem, diritto internazionale e valori costituzionali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, vol. I, Milano, 1999, p. 3 ss.; P. SCHERMERS, *Ne bis in idem*, in Capotorti, Ehlermann, Frowein, Jacobs, Joliet, Kovar (dir.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 607. Conferma di questa posizione dottrinale deriva dall'analisi delle legislazioni nazionali di molti Stati (cfr., ad esempio, art. 649 cod. proc. pen. italiano; art. 65 cod. proc. pen. austriaco; art. 103 c. 3 della Legge fondamentale tedesca; art. 29 c.5 della Costituzione portoghese; V emendamento della Costituzione degli USA); ed ulteriore esempio ne è la decisione del Comitato dei diritti dell'uomo relativa all'art. 14, par. 7, del Patto internazionale sui diritti civili e politici (*No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country*), nella quale si afferma che *cette disposition n'interdit pas les doubles condamnations pour un même fait que dans les cas des personnes jugés dans un Etat donné* (comunicazione n. 204/86 del 2 novembre 1987, in *Indice pen.*, 1998, p. 124 ss., a p. 125). Lo stesso dicasi per l'art. 4 del protocollo n. 7 alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali ("1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato ..."). Al contrario, alcuni autori hanno sostenuto la possibilità di affermare l'esistenza del principio *ne bis in idem* internazionale come norma di diritto naturale, espressione di insopprimibili esigenze di razionalità. In particolare, secondo F. DONNEDIEU DE VABRES, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1959, II, p. 286: «L'autorité négative de la chose jugée est maintenant largement reçue dans les législations continentales et c'est pour cette raison que la règle *ne bis in idem* est à consacrer comme principe de droit commun incontestable. Si ancré que soit encore dans notre droit le territorialisme, le principe *ne bis in idem*, principe de droit naturel, s'impose dans les rapports internationaux». V. anche F. BOUZAT, *Les effets internationaux de la sentence pénale*, in *Revue int. droit pénal*, 1963, p. 99.

principio generalmente accettata. Ma ciò, in ogni caso, non ha impedito una sua formulazione, seppur in maniera embrionale, in taluni testi relativi alla protezione dei diritti fondamentali e in quelli relativi alla cooperazione giudiziaria internazionale². Un primo tentativo, meritevole di considerazione, è il “Pacte international des droits civils et politiques” adottato dal Consiglio d’Europa, il 16 marzo 1966; nonché il protocollo n° 7, del 22 novembre 1984, ai sensi del quale «nul ne peut être poursuivi par les juridictions du même Etat en raison d’une infraction pour la quelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat».

Ma è soprattutto in seno al Consiglio d’Europa che si definisce, e si rende pienamente applicativo, il principio in parola. Inoltre, meritano di essere menzionati altri due strumenti: la Convenzione europea del 28 maggio 1970 sulla validità internazionale dei “jugements répressifs”, nonché la Convenzione europea sulla trasmissione delle procedure repressive del 1972.

Ad onor del vero, sia l’una che l’altra convenzione prevedono il principio del *ne bis in idem* quale motivo per sottrarsi agli obblighi previsti dalle convenzioni stesse. In particolare, quella del 1970, menziona il principio come motivo su cui basare un eventuale rifiuto all’applicazione della convenzione, mentre, quella del 1972, attribuisce al *ne bis in idem* valenza ostativa ai fini dell’applicazione delle norme della convenzione. Peraltro, in quest’ultima convenzione, i redattori, dopo un’approfondita analisi dei sistemi giuridici degli Stati e delle ipotesi di conflitto di giurisdizioni³, hanno adottato soluzioni che non cercano di evitare il sorgere del conflitto stesso, bensì di risolvere la fase della litispendenza. Nello specifico, attribuendo effetti al giudicato, la Convenzione stabilisce la regola dell’equivalenza delle decisioni, precisando che gli atti compiuti ai sensi di legge in uno Stato sono assimilati a quelli di altro Stato soltanto quanto alla realizzazione degli scopi, ma non agli effetti che avrebbero nello Stato di emissione. Nel caso di pluralità di procedure re-

pressive, posto che lo scopo del principio è di evitare che una persona sia accusata e giudicata più di una volta per la stessa infrazione, la Convenzione statuisce che, per avere forza ostativa al rinnovamento del giudizio, una decisione deve essere definitiva. Nondimeno, la relazione esplicativa precisa che è contrario alle regole sulla litispendenza che un altro Stato inizi un’azione, nelle more dell’impugnazione di una decisione di primo grado. Non solo, la Convenzione fa stato di alcuni provvedimenti che non hanno carattere definitivo, ma per i quali è inconcepibile non ammettere un effetto ostativo (assoluzioni, condizioni speciali che accompagnano le decisioni sotto condizione, le sospensioni dell’esecuzione della sanzione o la sua esclusione).

Queste disposizioni non hanno avuto un grande successo, giacché entrambe sono state largamente ignorate e sono state oggetto solo di poche ratifiche⁴. Ciononostante, esse hanno dato luogo ad importanti sviluppi in seno all’Unione europea.

La prima osservazione, di ordine generale, riguarda lo stretto rapporto tra il principio in parola e la fiducia che gli ordinamenti statali hanno nei confronti di ordinamenti diversi⁵, dal momento che l’operatività del *ne bis in idem* presuppone il riconoscimento reciproco delle attività svolte dalle giurisdizioni dei diversi Paesi coinvolti. E la misura in cui questo è ammesso, indica il livello di integrazione esistente tra le giurisdizioni nazionali.

Un’altra osservazione concerne l’applicazione del principio in parola, poiché si presta a notevoli difficoltà interpretative: basti qui sottolineare che laddove gli si attribuisca la valenza di *nemo debet bis velari pro una et eadem causa*, allo stesso non si può attribuire valenza preclusiva circa l’instaurazione di un secondo giudizio avente ad oggetto la stessa causa. Esso rappresenta piuttosto un freno giuridico al cumulo di pene che potrebbe verificarsi con diversi giudizi relativi al medesimo reato.

Va da sé che tale interpretazione del *ne bis* ha

² Il principio *ne bis in idem* non è previsto nel testo della Convenzione per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, ma è stato sancito con l’adozione del VII protocollo (Strasburgo, 22 novembre 1984). Le altre convenzioni rilevanti a questo proposito sono il Patto internazionale sui diritti civili e politici (16 dicembre 1966), la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi (28 maggio 1970), la Convenzione europea sulla trasmissione delle procedure repressive (15 maggio 1972). Tra gli Stati membri dell’Unione sono affermati anche i principi contenuti nella Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen del 19 giugno 1990, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in GUUE serie C n. 364 del 18 dicembre 2000) e della Convenzione di Bruxelles relativa all’applicazione del principio *ne bis in idem* del 25 maggio 1987, che, però, non è entrata in vigore.

³ *Rapport explicatif*, punto 16.

⁴ La convenzione del 1970 è stata ratificata da soli 5 membri dell’Unione europea (Austria, Danimarca, Paesi Bassi, Spagna e Svezia), ponendo in ogni caso sia osservazioni che riserve alla stessa. La convenzione del 1972 è stata ratificata dagli stessi 5 Stati, cui si sono aggiunti, successivamente, i tre Paesi baltici, la Grecia e la Slovacchia, sempre formulando osservazioni e riserve. Sul punto, cfr. A. WEYEMBERGH, *Le principe ne bis in idem: pierre d’achoppement de l’espace pénal européen?*, in *Cahier de droit européen*, n. 3-4/2004, p. 343 ss.

⁵ Sul principio del *ne bis in idem* internazionale, si veda N. GALANTINI *Il principio del “ne bis in idem” internazionale nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1984; S. FARINELLI *Sull’applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, *Riv. Dir. Int.*, 1991, p. 878; D. SPINELLIS *“The ne bis in idem in global instruments”*, *Rev. int. de droit pénal*, 2002, p. 1149-1162; J.A.E. VERVAELE *“The transnational ne bis in idem principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights”*, *Utrecht Law Rev.*, 2005, vol. I, p.100.

come corollario la mancanza di garanzia del soggetto dall'essere sottoposto ad un nuovo giudicato per il medesimo reato, laddove non abbia scontato, per qualunque ragione, ivi incluse quelle di natura procedurale, la prima condanna o addirittura sia stato assolto.

Più valida risulta allora un'interpretazione del *ne bis* che si fondi sul concetto del *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (*pro uno facto*), questo sì preclusivo all'instaurazione di un nuovo giudizio nei confronti del soggetto autore del reato, qualora sia stato già giudicato. Per tal via, verrebbero soddisfatti requisiti tipici del principio in parola, ossia: l'identità del fatto (*idem factum*), l'identità dell'agente (*idem actorem*) e l'identità del valore giuridico protetto⁶.

Un ultimo rilievo pregiudiziale riguarda l'individuazione del tipo di decisione, alla quale attribuire forza preclusiva nei confronti di un secondo giudicato; individuazione che ha delle conseguenze diverse, a seconda che si decida di concedere tale effetto soltanto a quelle definitive⁷ (*definitivamente giudicato*) nel testo della Convenzione di Applicazione degli Accordi di Schengen), oppure a quelle ancora impugnabili. Ma non basta. La capacità ostativa all'inizio di un nuovo procedimento potrebbe essere estesa o esclusa anche in relazione a quelle decisioni che pur chiudendo l'azione penale, producono effetti differenti in relazione al tipo di procedura, di sanzione o di provvedimento adottato⁸.

Venendo al caso di specie, per lungo tempo l'applicazione del *ne bis in idem* nel caso di sanzioni non penali non è stata ritenuta percorribile. Del resto, come sopra visto, tanto l'art. 4, par. 1, del Protocollo VII addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quanto l'art. 50 della Carta dei diritti fon-

damentali dell'Unione Europea, riferiscono il divieto alle sanzioni concernenti un reato, il che giustificava una loro applicazione restrittiva da parte della giurisprudenza. Per di più, le stesse disposizioni convenzionali erano circondate, in un primo momento, da un elevato scetticismo che ne condizionava l'operatività concreta.

Il contesto è, tuttavia, rapidamente mutato, conducendo ad un assetto nel quale il *ne bis in idem* non solo riguarda pacificamente anche le sanzioni tributarie; ma assume un rilievo applicativo centrale anche con riferimento ai sistemi normativi nazionali.

Innanzitutto, la Corte di Giustizia, pur affermando il principio secondo cui "gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili", che possono spaziare da sanzioni solo amministrative, a sanzioni solo penali, fino ad una "combinazione delle due", ha dichiarato che il principio del *ne bis in idem*, come sancito dall'art. 50 della Carta, non consente che si realizzi un cumulo nel caso in cui la sanzione tributaria abbia natura afflittiva e sia divenuta definitiva⁹.

Ancora più evidente è stata l'apertura realizzata nel sistema della Convenzione EDU. Attraverso una serie di pronunce, rese in un arco temporale di pochi anni, la Corte di Strasburgo ha infatti delineato i contorni viventi dell'astratta norma formulata dall'art. 4 del Protocollo VII, reputandola applicabile anche al di fuori di cumulo penale in senso stretto e favorendo una lettura sostanzialista della nozione di pena, capace cioè di comprendere anche la sanzione tributaria. Posta di fronte ad una formulazione letterale potenzialmente restrittiva, la Corte EDU ha preferito valorizzare una lettura sostanziale del principio. Ciò che rileva, insomma, al fine dell'equiparazione di quest'ultima ad una sanzione penale è l'effettiva natura afflittiva della sanzione amministrativa, a prescindere dal modo con cui essa è qualificata, ovvero dal tipo di procedimento che conduce alla sua irrogazione¹⁰.

⁶ Gli ordinamenti di *common law*, prevedono che non si possa iniziare una nuova azione penale per lo stesso reato. In questo modo, è possibile che si verifichi una moltiplicazione dei procedimenti, se in relazione agli stessi fatti si riscontra l'esistenza di violazioni, qualificate giuridicamente in modo diverso.

⁷ In generale, negli ordinamenti di diritto continentale è d'uso legare la preclusione di nuovo giudizio soltanto all'adozione di una sentenza definitiva; ovvero, quando sono esauriti tutti i mezzi di impugnazione. Al contrario, gli ordinamenti di *common law* ritengono opponibile il divieto di instaurare un nuovo giudizio in qualunque momento, semplicemente con la formulazione di un'eccezione di parte ed indipendentemente dalla fase in cui si trova il primo giudizio.

⁸ Se il precedente è costituito da un decreto di archiviazione, poiché non si tratta di una decisione giudiziaria in senso stretto, non lo si considera preclusivo di nuovi giudizi, nemmeno per il diritto interno. Tra le tante v. Cass. sez. I, sent. n. 10425 del 2/2/2005 dep. 16/3/2005: «Ne consegue che il decreto di archiviazione di una notizia di reato pronunciato dall'autorità giudiziaria di uno Stato estero aderente alla Convenzione, non potendo essere assimilato alla definitiva ed irrevocabile sentenza di merito, non costituisce titolo idoneo a precludere la celebrazione in Italia del giudizio per il medesimo fatto, né causa di nullità dell'eventuale sentenza di condanna pronunciata dal giudice italiano».

⁹ CGE, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Akerberg Fransson*, sulla quale si veda L. DORIGO, "Il rapporto tra sanzione tributaria e sanzione penale secondo la Corte di Giustizia e i possibili effetti sull'ordinamento italiano", in *Riv. dir. trib.*, 2013, IV, pag. 204 ss.

¹⁰ La natura non risarcitoria, bensì afflittiva, della sanzione, insieme con la valutazione dell'ammontare della stessa, hanno quindi in molti casi consentito alla Corte di analizzare la compatibilità di procedimenti fiscali nazionali con le garanzie del criminal head dell'art. 6. Così in *Ruotsalainen*, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato che il contribuente, dopo essere stato assoggettato a processo penale a seguito di una accusa di frode fiscale concernente i carburanti, era stato sottoposto ad un procedimento fiscale mirato ad assoggettarlo ad una sanzione che, pur non essendo classificata quale penale nell'ordinamento finlandese, doveva comunque considerarsi tale alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU e sopra richiamati. Di talché, il fatto che il medesimo contribuente fosse stato doppiamente sanzionato, per la stessa vicenda, mediante l'applicazione di due pene aventi del pari natura criminale, ha costituito, agli occhi della Corte dei Diritti dell'Uomo, una violazione del principio del *ne bis in idem* (Corte EDU, sent. 16 giugno 2009, ricorso n. 13079/03, *Ruotsalainen v. Finland*).

Significativo esempio di questo indirizzo si rinviene nella sentenza *Grande Stevens*¹¹. Qui la Corte EDU si limitò a verificare che la medesima condotta – la manipolazione del mercato attuata attraverso la diffusione di false informazioni – era stata assoggettata a due distinte sanzioni, entrambe aventi sostanza criminale secondo i criteri della sentenza *Engel*; con la conseguenza che il secondo procedimento conclusosi con l'irrogazione di una sanzione era da considerarsi in violazione della disposizione convenzionale. L'eco della pronuncia *Grande Stevens* è stata notevole, specie nella misura in cui essa si pone nella direzione di garantire la posizione del contribuente, ed ha alimentato il dibattito circa le ricadute che siffatto indirizzo avrebbe potuto avere nel nostro ordinamento. Al riguardo, si sono contrapposti due indirizzi: il primo che, guardando al principio di specialità, postula che l'ordinamento italiano sia già conforme a quanto imposto dalla Convenzione EDU (nonché dalla Carta dei diritti fondamentali); ed il secondo che, invece, ravvisa una discrepanza tra i due approcci, l'uno (quello domestico) fondato sul confronto tra le fattispecie astratte e l'altro (quello convenzionale) che valorizza invece l'identità materiale dei fatti in causa¹². Come verificatosi in altri contesti, all'iniziale apertura è sopraggiunto un atteggiamento assai più cauto da parte dei giudici sovranazionali. In particolare, la Corte EDU in successive sentenze è persa voler limitare la portata del *ne bis in idem* non escludendo in linea di principio la possibilità di un cumulo sanzionatorio rispetto al medesimo fatto. Ciò che esclude, anche in tali casi, di essere al cospetto di una violazione del diritto di cui all'art. 4 del Protocollo VII è la considerazione dell'esistenza di un collegamento stretto, sostanziale e temporale, tra le due differenti sanzioni applicate, tale da imporne una valutazione unitaria. In *Nykanen*¹³, i giudici di Strasburgo hanno osservato che, laddove non sia ravvisabile tale connessione, si è al cospetto di una duplicazione di sanzioni contraria al sistema della Convenzione europea. Tuttavia, essi hanno delineato in modo molto superficiale gli elementi che possono guidare l'interprete nel giudizio circa la sussistenza o meno di siffatta situazione. La sentenza si limita infatti a rilevare che nel sistema finlandese le sanzioni penali e tributarie vengono irrogate da Autorità diverse, con procedimenti distinti e senza che la misura dell'una sia in qualche modo influenzata da quella dell'altra. Pare, dunque, che si tratti di valutazioni legate al caso di specie e non necessariamente espressive di regole di carattere generale.

2. La difficile coesistenza tra le statuizioni della Corte EDU ed i limiti al divieto di cumulo delle sanzioni

Ad onor del vero, la sentenza in commento tende sostanzialmente a smentire le interpretazioni più ottimistiche sulle reali intenzioni della Corte EDU, ma è comunque intervenuta a riconoscere che la coesistenza di sanzioni penali e sanzioni tributarie in relazione alla medesima condotta di evasione non è più ex se contraria alla norma convenzionale, come invece la giurisprudenza *Grande Stevens* sembrava avvalorare. Anzi, la prospettiva pare adesso ribaltata, nel senso che i casi di duplice sanzione sembrano poter rappresentare la regola positiva, rispetto alla quale l'invocazione del *ne bis in idem* appare avere una funzione residuale nei casi di evidente e non giustificato cumulo.

Lo Stato resta libero di individuare gli strumenti più adeguati per rispondere ai fenomeni illeciti di maggiore allarme sociale, se del caso cumulando diverse misure sanzionatorie, purché le stesse manifestino una coerenza reciproca e, dunque, non implicino un sacrificio eccessivo della posizione dell'individuo. Ciò che rileva, per la Corte, non è tanto l'unicità o molteplicità delle misure in concreto irrogate, quanto piuttosto i caratteri unitari che il legislatore nazionale ha inteso attribuire a tale composita risposta ad una medesima risposta illecita.

Gli elementi materiali che la sentenza evidenzia come essenziali ai fini del giudizio di coerenza sono quattro, ciascuno da valutare, non tanto in astratto, quanto in concreto. I differenti procedimenti devono, innanzitutto, indirizzarsi a colpire aspetti diversi della condotta illecita oggetto di repressione; la possibilità che per il medesimo fatto siano avviati due procedimenti sanzionatori deve essere ragionevolmente prevedibile per i consociati; l'accertamento dei fatti, in particolare per quanto riguarda la raccolta e la valutazione delle prove, deve svolgersi attraverso un'adeguata interazione tra le Autorità coinvolte; e, soprattutto, occorre che l'entità della sanzione che è irrogata mediante il procedimento che per primo diviene definitivo sia tenuta in considerazione nel corso del secondo procedimento, in modo da evitare un peso eccessivo sul contribuente, se del caso mediante l'adozione di meccanismi di offset capaci di assicurare un tetto massimo alla sanzione concretamente irrogata.

In presenza di tali elementi, un sistema nazionale che assoggetti la medesima condotta di evasione ad una duplice sanzione si sottrae a censure di contrarietà con il sistema convenzionale, manifestandosi una connessione materiale tra le sanzioni ritenute significative. Peraltro, tale tipo di connessione deve accompagnarsi, secondo la sentenza, anche ad una verifica di tipo temporale: occorre cioè che le due sanzioni, ancorché collegate tra loro alla luce dei parametri appena visti, scaturiscano anche da due procedimenti temporalmente contigui, in modo da evitare di sottoporre il contribuente ad una protratta situazione di incertezza.

¹¹ Corte EDU, 4 marzo 2014, ricorsi riuniti nn. 1864/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens and others v. Italy*.

¹² GIOVANNINI, Il *ne bis in idem* per la Corte europea dei diritti dell'uomo e il sistema sanzionatorio tributario domestico, in *Rass. trib.*, 2014, p. 1164 ss.

¹³ Corte EDU, 20 maggio 2014, ricorso n. 11828/11, *Nykanen v. Finland*.

Si recupera, perciò, tramite questo ulteriore requisito – aggiuntivo rispetto a quelli materiali – la dimensione di salvaguardia della posizione del contribuente, imponendo tra l'altro all'Amministrazione finanziaria un onere motivazionale assai più stringente in merito all'unicità della risposta sanzionatoria quanto più ampio risulta essere lo iato temporale tra l'uno e l'altro procedimento.

Per quanto risulti apprezzabile lo sforzo della Corte EDU di contemperare le ragioni di tipo politico che l'hanno senza dubbio guidata nel proprio parziale *revirement* con l'esigenza di non smentire del tutto la precedente ricostruzione del principio, ciò che colpisce è l'ampio margine di discrezionalità che viene lasciato tanto ai legislatori nazionali quanto agli interpreti. Al cospetto della originaria semplicità ed efficacia del *ne bis in idem* – non è ammesso alcun concorso di misure aventi sostanza di sanzione con riferimento al medesimo fatto materiale – adesso non solo si afferma come regola l'assetto opposto, ma, nel delineare le condizioni sotto le quali la duplice sanzione si presenta legittima, si attribuisce agli Stati parte della Convenzione la scelta di quali tra i profili indicati valorizzare – essendo ribadita dalla sentenza la loro piena libertà di strutturare i sistemi nazionali idonei alla repressione ed alla prevenzione degli illeciti –; con la conseguenza che ben potrà essere reputato conforme con l'indirizzo della Corte EDU un sistema che consenta di sottoporre l'autore di una evasione a sanzione penale e sanzione tributaria, purché tale conseguenza fosse prevedibile e purché i due procedimenti sanzionatori manifestino un qualche tipo di coordinamento. Difficile, del resto, che la Corte di Strasburgo abbia gli strumenti per sindacare il livello complessivo della pena inflitta (come somma di sanzione penale e tributaria) laddove lo Stato ne alleghi la ragionevolezza nel disegno sistematico dell'ordinamento: se ne può, al più, ipotizzare un intervento solo nei casi più manifesti, che però verosimilmente saranno anche i meno numerosi. Si ha, in definitiva, la sensazione di un regresso interpretativo che getta più di un'ombra sulla perdurante influenza del principio del *ne bis in idem* negli ordinamenti nazionali.

3. Il caso sottoposto al giudizio della Corte di Giustizia

Ai ripensamenti della Corte EDU si affianca adesso una analoga tendenza che si può definire “reazionaria” da parte della Corte di Giustizia. Un profilo che nessuno dei due organi giurisdizionali sovranazionali aveva fino ad ora affrontato riguarda l'applicabilità del principio nel caso in cui il medesimo fatto dia luogo ad una sanzione amministrativa in capo ad un soggetto e ad una penale con riferimento ad un altro. Tipico nel nostro ordinamento – dopo l'introduzione dell'art. 7, D.L. n. 269/2003¹⁴ – il caso dell'illecito tributario

della persona giuridica, la quale risponde per il tributo evaso e per la relativa sanzione tributaria, mentre l'eventuale reato conseguente all'evasione viene imputato all'amministratore dell'ente.

La sentenza *Orsi e Baldetti*, in esame, pronunciata dalla Corte di Giustizia, riempie questo vuoto e lo fa nel senso di escludere l'invocabilità in tal caso del *ne bis in idem* attesa l'assenza del requisito dell'identità del soggetto gravato della duplice sanzione. Secondo la Corte, che liquida la questione in modo piuttosto sbrigativo, l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali presuppone “che sia una stessa persona ad essere oggetto delle sanzioni o dei procedimenti penali di cui trattasi”, ciò che sarebbe confermato anche con riguardo al sistema della Convenzione EDU alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Si tratta di una posizione che suscita qualche perplessità: se non altro, la Corte di Giustizia avrebbe dovuto approfondire meglio la questione, ponendosi in particolare il problema di una diversa soluzione nel caso di imprese individuali o con piccole compagini sociali, nel quale l'interpenetrazione tra ente, soci ed amministratori è così stretta da rendere oltremodo formalistica una distinzione tra di essi. È possibile che su tali aspetti la Corte non si sia voluta esporre, essendo pendente una controversia sulla medesima questione concernente il cumulo di sanzioni tra persona fisica e ditta individuale¹⁵: tuttavia, ciò che risulta evidente è la volontà di pervenire ad una ricostruzione restrittiva della portata del *ne bis in idem*, a tal fine anche forzando il significato ritraibile dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali. Contrariamente a quanto affermato nella sentenza, gli orientamenti internazionali non paiono assolutamente univoci. Nella sentenza *Fransson*, la Grande Camera aveva limitato espressamente il principio ricostruito all'ipotesi – che poi era quella caratterizzante la fattispecie concreta oggetto di rinvio pregiudiziale – di pluralità di sanzioni irrogate, in relazione alla medesima condotta, “ad una stessa persona”. Sul punto, l'Avvocato Generale aveva però manifestato un atteggiamento più aperto, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia concernente l'applicazione del *ne bis in idem* in relazione alla disciplina del mandato di arresto europeo: giurisprudenza che interpreta l'*idem* alla luce della sola identità dei fatti, escludendo invece che abbia rilievo l'identità soggettiva del contravventore¹⁶. Su tale base, egli aveva sostenuto che “lo stesso

rie esclusivamente alla persona giuridica. Su questa legge si veda l'esame critico di F. GALLO, *L'impresa e la responsabilità per le sanzioni amministrative tributarie*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 11 ss.

¹⁵ Sul punto si veda la causa *Menci*, causa C-524/15, nella quale sono state depositate solo le Conclusioni dell'Avvocato Generale il 12 settembre 2017.

¹⁶ Si veda, in particolare, la nota 44 delle Conclusioni, ove si cita la giurisprudenza della Corte in tema di *ne bis in idem* relativamente all'applicazione della disciplina sul mandato di arresto europeo.

¹⁴ Norma che riferisce la sanzione relativa a violazioni tributa-

trattamento debba ricevere un caso come quello in esame”.

La questione è, peraltro, tuttora incerta nel contesto della CEDU. Sebbene la Corte europea abbia in qualche caso manifestato l'esigenza che l'invocazione dell'art. 4 del VII Protocollo addizionale abbia necessariamente riguardo a casi riguardanti “il medesimo autore”¹⁷, vi è la tendenza a valorizzare unicamente l'identità dei fatti oggetto della duplice sanzione, trascurando invece ulteriori specificazioni, segnatamente l'identità del contravventore e quella della qualificazione giuridica dei fatti medesimi.

I dubbi di legittimità, a ben vedere, in tali ipotesi muovono solitamente dalla circostanza contingente di una ritenuta ‘identità sostanziale’ del soggetto sottoposto alla duplice sanzione, nei casi in cui – in ragione di una concreta confusione del patrimonio individuale dell'imprenditore con quello della persona giuridica e di una gestione personalistica attuata negli enti di piccole dimensioni – il doppio processo e la doppia sanzione siano percepiti come (sostanzialmente) diretti al medesimo individuo, cioè alla persona dell'imprenditore. Si tratta, tuttavia, di argomenti che appaiono privi di pregio giuridico e che possono tutt'al più suggerire al legislatore, sul piano delle valutazioni discrezionali di opportunità politica, la previsione di meccanismi compensativi che, in determinate circostanze, possano attenuare gli effetti punitivi della doppia sanzione.

Il problema, come noto, si è posto (e ancora, spesso, si ripropone) in termini analoghi anche in relazione alla disciplina normativa della responsabilità *ex crimine* degli enti collettivi, dove in caso di società ‘di piccole dimensioni’ la sanzione punitiva irrogata alla persona giuridica è spesso percepita come un ingiusto duplicato della pena infitta, per il medesimo fatto di reato, alla persona fisica autrice materiale della condotta illecita. Anche in queste ipotesi, tuttavia, le perplessità di ordine (anche) ‘costituzionale’ sono superate sulla base dell'argomento della ‘alterità’ giuridica e patrimoniale della persona giuridica (o dell'ente anche privo di personalità giuridica in senso stretto) rispetto a quella fisica. E ciò anche nelle ipotesi in cui il modello di responsabilità della persona giuridica sia costruito secondo il paradigma della *vicarious liability*, per cui l'ente risponde esattamente per lo “stesso fatto” della persona fisica (e non secondo il modello della “colpa di organizzazione”, per cui l'ente risponde per un fatto illecito – il *deficit* organizzativo – diverso, almeno parzialmente, rispetto a quello della persona giuridica).

Significativa, in tal senso, la sentenza *Kiiveri*, nella quale – peraltro con una argomentazione non del tutto chiara – la Corte EDU ha dichiarato che la Finlandia ha violato l'art. 4 del Protocollo VII in una vicenda nella quale uno stesso contribuente era stato sanziona-

to penalmente a fronte di sanzioni tributarie irrogate sia al medesimo che alla società di cui egli era socio ed amministratore. Sebbene la motivazione non chiarisca se il *ne bis in idem* sia stato violato solo con riguardo alla sanzione tributaria irrogata personalmente al contribuente o anche per quella concernente la società e relativa alla medesima condotta, il silenzio dei giudici di Strasburgo, pur a fronte di una espressa eccezione in tal senso del Governo finlandese, sembra quanto meno espressivo di una situazione non del tutto pacifica.

Non appare, del resto, rilevante il richiamo che la Corte di Giustizia effettua alla sentenza *Pirttimäki* della Corte EDU¹⁸, atteso che in quel caso non si aveva riguardo al concorso tra sanzione fiscale sulla società e penale sul socio, bensì a quello – diverso – nel quale il recupero d'imposta in capo all'ente comportava un conseguente accertamento sul socio con irrogazione delle relative sanzioni: i fatti materiali delle due situazioni erano, pertanto, diversi.

Risulta allora poco persuasiva la fretta con la quale la Corte di Giustizia ha risolto la questione, negando che il *ne bis in idem* operi in casi di alterità dei soggetti sanzionati pur in dipendenza di un medesimo fatto. La mancanza di consolidati orientamenti, specie in ambito CEDU, avrebbe suggerito l'esigenza di un maggiore approfondimento delle numerose questioni sottese ad essa. Si ha, allora, l'impressione che anche questa pronuncia si iscriva nel medesimo solco già tracciato dalla Corte EDU in A e B, volto a ridimensionare la portata del principio in nome della libertà degli Stati membri di delineare i contorni del proprio sistema sanzionatorio.

4. Conclusioni: quale futuro in tema di divieto di cumulo di sanzioni?

Per quanto, come si è visto, il principio che vieta il *ne bis in idem* stia vivendo nella giurisprudenza europea ed internazionale un momento di grande visibilità, la situazione che si profila non appare del tutto soddisfacente.

Da una parte, per quanto attiene alla sostanza del divieto, si assiste ad una tendenza a ridimensionarne la portata, rispetto alle sin troppo ampie aperture delle prime sentenze, secondo un canovaccio già noto in altri contesti ed indotto verosimilmente da considerazioni politiche forse sollecitate dagli stessi Stati membri dell'UE o parte della CEDU. Non si può infatti negare che altro è sostenere – come la Corte EDU aveva fatto in *Grande Stevens* – che il cumulo di sanzione penale e tributaria sullo stesso fatto è comunque contrario alla Convenzione; altro, invece, è dire – secondo l'approdo della A e B contro Norvegia – che la regola è quella della cumulabilità delle due diverse risposte sanzionatorie, salvo il rispetto di determinate condizioni

¹⁷ Sentenza 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, *Zolotukhin c. Russia*, par. 84.

¹⁸ Corte EDU, 20 maggio 2014, causa n. 35232/11, *Pirttimäki v Finland*.

di collegamento tra i due procedimenti di irrogazione.

Dall'altra parte, sul versante soggettivo, la radicale chiusura manifestata dalla sentenza *Orsi e Baldetti* circa l'invocabilità del divieto anche nel caso di cumulo di sanzioni su soggetti diversi testimonia la volontà, in questo caso della Corte di Giustizia, di mantenere il principio sancito dall'art. 50 della Carta di Nizza entro confini piuttosto circoscritti.

Rispetto alle ricadute sul nostro ordinamento, è quest'ultima posizione che desta le maggiori perplessità. In effetti, quanto alla sostanza del *ne bis in idem*, si deve riconoscere che il nostro sistema, grazie alla codificazione del principio di specialità, sembra almeno a grandi linee in grado di garantire ex se che non si realizzi un eccessivo cumulo sanzionatorio in relazione al medesimo fatto fiscalmente illecito.

Al contrario, l'orientamento da ultimo evidenziato dalla Corte di Giustizia potrebbe rafforzare la perdurante eccezione alla specialità data dalla cumulatività tra sanzione penale, gravante sull'autore della condotta (tipicamente l'amministratore), e sanzione tributaria che può essere applicata solo alla persona giuridica. Rispetto agli enti diversi dalle persone fisiche, allora, la specialità è destinata a trovare applicazione solo nell'ambito ristretto delle società di persone, venendo invece espressamente derogato con riguardo agli enti personificati. Sono note le ragioni, di tipo prevalentemente general-preventivo, che hanno ispirato il legislatore nell'introdurre un siffatto regime.

Tuttavia, come anche suggerito di recente da attenta dottrina, una diversa soluzione potrebbe essere proposta, laddove si ponga mente al fatto che "tra ente e organo (...) vi è coincidenza e, nonostante che fattispecie e manifestazione della volontà siano materialmente riferibili solo all'organo, nessuno 'slittamento' si determina tra le due figure: le norme di azione riducono ad unità il dualismo soggettivo tra organo ed ente, perché è su queste norme che il diritto innesta il meccanismo d'imputazione all'ente stesso della fattispecie e dei suoi effetti"¹⁹. L'identificazione tra ente ed organo, insomma, dovrebbe indurre a valutare la ragionevolezza della sanzione in modo unitario e complessivo, ancora una volta privilegiando l'unicità del fatto materiale da cui discende l'esigenza punitiva.

Mantenere una duplicità di sanzione, penale ed amministrativa, in relazione al medesimo fatto – solo in ragione della differenza tra l'autore della violazione, da una parte, e l'ente a cui vantaggio tale violazione ridonda, dall'altra – realizza un eccesso sanzionatorio giustificato unicamente da ragioni di tipo formalistico ma assai poco rispettoso delle esigenze di equità complessiva del sistema.

¹⁹ Così F. GIOVANNINI, *Persona giuridica e sanzione tributaria: idee per una riforma*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 509 ss., p. 526.

a cura di
Michele Corleto
Ricercatore di Diritto Internazionale

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

DIRITTO INTERNAZIONALE

Diritto internazionale privato – Giurisdizione – Articoli da 3 a 5 del regolamento 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (Bruxelles II bis) – Residenza abituale

La Cassazione francese interviene su un conflitto di giurisdizione in un caso di divorzio tra una coppia formata dalla moglie, cittadina francese e il marito belga: la circostanza che non sussisteva più la residenza abituale in Francia avrebbe dovuto portare i giudici di appello a concludere nel senso dell'assenza di giurisdizione dei tribunali d'oltralpe.

Corte di cassazione francese, prima sezione civile, con la sentenza n. 1185 del 15 novembre

La Corte di cassazione francese, prima sezione civile, con sentenza n. 1185 del 15 novembre (Arrêt n° 1185) ha risolto un conflitto di giurisdizione in un caso di divorzio tra una coppia formata dalla moglie, cittadina francese e il marito belga. Dopo aver contratto matrimonio in Francia, i coniugi avevano fissato la residenza in Belgio dove erano nati tre figli. Si erano spostati in seguito in India e la donna, rientrata in Francia, si era rivolta ai giudici nazionali depositando la richiesta di divorzio. Era scaturita una controversia sulla sussistenza di giurisdizione del giudice francese: la Corte di appello, in ultimo, pur escludendo la sussistenza della giurisdizione in base agli articoli da 3 a 5 del regolamento 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (Bruxelles II bis), aveva rinviato ai criteri fissati nell'ordinamento francese e affermato la giurisdizione del giudice nazionale richiamando l'articolo 14 del codice civile in base al quale lo straniero, anche non residente in Francia, può essere citato in giudizio dinanzi a un tribunale francese per le obbligazioni concluse in Francia con un francese o all'estero nei confronti di un francese. Una conclusione sbagliata secondo la Corte di cassazione: la circostanza che non sussisteva più la residenza abituale in Francia avrebbe dovuto portare i giudici di appello a concludere nel senso dell'assenza di giurisdizione dei tribunali d'oltralpe. Di qui l'annullamento della sentenza.

Libertà di stampa – Diritto della collettività a ricevere informazioni generali – Tutela delle fonti – Diritto alla libertà di espressione – Articolo 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

L'obbligo di pubblicare una lettera di scuse è un'ingerenza sproporzionata nella libertà di stampa se le notizie pubblicate, anche con il ricorso a toni provocatori, sono di interesse generale.

Corte europea dei diritti umani, ricorso n. 16224/05 caso *Redaktsiya Gazety Zemlyaki contro Russia* sentenza depositata il 21 novembre¹

Lo ha stabilito la Corte di Strasburgo è ancora una volta intervenuta per garantire l'effettività della libertà di stampa.

A rivolgersi ai giudici internazionali era stato un editore: sul suo quotidiano erano stati pubblicati diversi articoli nei quali era criticato l'operato del capo dell'amministrazione di un comune. Quest'ultimo aveva citato in giudizio per diffamazione l'editore e i giudici nazionali lo avevano condannato al versamento di una cifra simbolica per danni

¹ I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili, in lingua francese ed inglese, sul portale: www.hudoc.echr.coe.int

non patrimoniali nonché alla pubblicazione di una sorta di rettifica con annesse scuse. Di qui l'azione a Strasburgo che ha dato ragione all'editore. L'ingerenza nel diritto alla libertà di stampa tutelato dall'articolo 10 della Convenzione europea non ha superato, in questo il caso, il test circa la necessità della misura in una società democratica. Per la Corte, infatti, il giornalista aveva riportato, come suo dovere, fatti di interesse generale che la collettività ha il diritto di ricevere. Non solo. La libertà del giornalista – osserva Strasburgo – include il “possibile ricorso a un grado di esagerazione e anche provocazione”.

Negli articoli al centro dei ricorsi interni sotto accusa erano finiti i comportamenti del capo dell'amministrazione locale. Un politico di professione – scrivono i giudici internazionali – nei cui confronti i limiti alle critiche accettabili sono più ampi rispetto al privato cittadino. L'uomo, candidato alle elezioni locali, aveva scelto di entrare nell'arena pubblica e, quindi, era consapevole che ogni sua parola e ogni suo atto dovevano essere sottoposti allo scrutinio della stampa. Negli articoli, poi, erano contestate alcune scelte nella gestione delle proprietà e le capacità manageriali dell'uomo.

Questioni di interesse generale, quindi, e non aspetti della vita privata. È vero che erano state usate delle espressioni sarcastiche, comparando l'uomo a una scimmia ed era stato riprodotto un *collage* con la sua fotografia con un turbante musulmano, la barba e un richiamo ad Osama bin Laden, ma tutto ciò rientra, per la Corte, nel diritto del giornalista a scegliere il proprio stile e a ricorrere a un certo grado di esagerazione. Per quanto riguarda la severità della sanzione, che comprendeva la pubblicazione di una lettera di scuse, Strasburgo ritiene che essa aveva l'effetto di scoraggiare la partecipazione della stampa al dibattito su questioni di interesse pubblico ed è, quindi, un'ingerenza sproporzionata nel diritto alla libertà di stampa. Tenendo conto dello stress subito per il procedimento interno, la Corte ha imposto allo Stato di versare 7.500 euro all'editore.

Aspetti civili della sottrazione internazionale del minore – Articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto al rispetto della vita privata e familiare – Regolamento n. 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (Bruxelles II bis) – Convenzione de L'Aja

Per assicurare il pieno rispetto dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assicura il diritto al rispetto della vita privata e familiare, gli Stati sono tenuti a obblighi positivi che vanno individuati tenendo conto del regolamento n. 2201/2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (Bruxelles II bis) e della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale del minore, ratificata dall'Italia con legge 15 gennaio 1994 n. 64.

Corte europea dei diritti umani, ricorso n. 60399/15 caso Mansour contro Slovacchia sentenza depositata il 21 novembre

È il principio stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Mansour contro Slovacchia con la quale la Corte ha condannato la Slovacchia per non aver eseguito in modo effettivo e immediato un provvedimento di ritorno del minore.

A rivolgersi a Strasburgo era stato il padre di due bambini che aveva chiesto alle autorità giudiziarie slovacche di ordinare il rientro dei due figli minori che erano stati portati dalla madre in quel Paese non facendo più ritorno in Irlanda, Stato in cui la coppia risiedeva. I giudici slovacchi avevano adottato il provvedimento richiesto ma, di fatto, per l'opposizione della madre, il provvedimento non era stato eseguito. Era iniziata una battaglia giudiziaria che, però, con ritardi e ostacoli procedurali non aveva portato all'attuazione effettiva del provvedimento, malgrado il ricorso alla Corte costituzionale.

Di qui la constatazione della Corte europea circa la violazione della Convenzione europea e l'attribuzione al ricorrente di un indennizzo pari a 10mila euro.

Per Strasburgo, l'articolo 8 della Convenzione europea non solo impone sullo Stato un obbligo negativo di non ingerenza, ma anche obblighi positivi per permettere un'effettiva realizzazione del diritto convenzionale. Sul punto, la Corte ha chiarito che tali obblighi vanno individuati e interpretati alla luce del regolamento Ue Bruxelles II bis e della Convenzione de L'Aja.

Di conseguenza, gli Stati non devono solo limitarsi a disporre il ritorno del minore sottratto, ma sono anche tenuti ad assicurare la completa attuazione del provvedimento, con interventi effettivi e rapidi perché il trascorrere del tempo compromette la realizzazione del diritto.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Concorrenza – Articolo 101 TFUE – Accordi tra imprese – Rapporti commerciali tra gestori di stazioni di servizio e imprese petrolifere – Accordo di fornitura in esclusiva a lungo termine di carburanti – Decisione con cui la Commissione europea rende obbligatori gli impegni assunti da un'impresa – Portata del vincolo

dei giudici nazionali a una decisione concernente gli impegni adottata dalla Commissione – Articolo 9, paragrafo 1, e articolo 16, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003.

L'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102 TFUE], deve essere interpretato nel senso che una decisione concernente gli impegni adottata dalla Commissione europea con riferimento a determinati accordi tra imprese, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, non impedisce ai giudici nazionali di esaminare la conformità dei medesimi accordi alle regole di concorrenza e di dichiarare, se del caso, la nullità di questi ultimi ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE.

Corte giust., Terza Sezione, 23 novembre 2017, causa C-547/16, *Gasorba*².

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 16 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE, e dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Gasorba SL, la sig.ra Josefa Rico Gil e il sig. Antonio Ferrándiz González (in prosieguo: Gasorba e gli altri), da un lato, e la Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (in prosieguo: Repsol), dall'altro, in merito alla validità, alla luce dell'articolo 101 TFUE, di un contratto di affitto di una stazione di servizio corredato di un obbligo di fornitura in esclusiva.

Il 15 febbraio 1993 la sig.ra Rico Gil e il sig. Ferrándiz González concludevano due contratti con la Repsol. Con il primo di tali contratti, intitolato «Atto di costituzione di usufrutto», la sig.ra Rico Gil e il sig. Ferrándiz González costituivano un diritto reale di usufrutto a favore della Repsol, per un periodo di 25 anni, su un terreno situato in Spagna e sulla stazione di servizio ivi impiantata, nonché sulla concessione amministrativa che autorizzava la gestione di tale stazione.

Con il secondo contratto, la Repsol concedeva in affitto al sig. Ferrándiz González il terreno e la stazione di servizio, per un periodo di 25 anni, dietro pagamento di un canone mensile. Il 12 novembre 1994 la sig.ra Rico Gil, il sig. Ferrándiz González e i loro due figli costituivano la società Gasorba, che subentrava nei diritti della sig.ra Rico Gil e del sig. Ferrándiz González derivanti dai contratti conclusi con la Repsol, con il consenso di quest'ultima.

Il contratto di affitto imponeva agli affittuari, per l'intera durata del contratto di affitto medesimo, di rifornirsi esclusivamente presso la Repsol, la quale avrebbe comunicato periodicamente i prezzi massimi di vendita del carburante al pubblico e consentito agli affittuari di concedere sconti decurtandoli dalle loro commissioni, senza ridurre le entrate del fornitore.

La Commissione avviava nei confronti della Repsol un procedimento ai sensi dell'articolo 101 TFUE. Nella valutazione preliminare, essa riteneva che i contratti di fornitura in esclusiva a lungo termine, inclusi i contratti tra le parti nel procedimento principale, sollevassero timori di incompatibilità con l'articolo 101 TFUE, in quanto potevano causare un importante «effetto di preclusione» dalla vendita al dettaglio di carburanti sul mercato spagnolo.

In risposta alla valutazione preliminare della Commissione, la Repsol presentava a quest'ultima proposte di impegni consistenti nell'astenersi dal concludere in futuro contratti di esclusiva a lungo termine, nell'offrire agli affittuari di stazioni di servizio interessati un incentivo economico per porre termine ai contratti di fornitura a lungo termine in corso con la Repsol, nonché nel non acquisire, per un determinato periodo, stazioni di servizio autonome di cui essa non fosse già il rifornitore.

Detti impegni sono stati resi obbligatori dalla decisione 2006/446/CE della Commissione, del 12 aprile 2006, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 101 TFUE (caso COMP/B-1/38.348 – Repsol CPP, in prosieguo: la «decisione concernente gli impegni»).

A seguito dell'adozione di detta decisione, la Gasorba e gli altri, in data 17 aprile 2008, proponevano ricorso avverso la Repsol dinanzi allo Juzgado de lo Mercantil n. 4 de Madrid (Tribunale commerciale di Madrid, Spagna), diretto, da un lato, all'annullamento del contratto di affitto, per il motivo che non era conforme all'articolo 101 TFUE, e, dall'altro, al risarcimento del danno risultante dall'applicazione di detto contratto.

Tuttavia, tale ricorso veniva respinto, anzitutto, con una sentenza emessa l'8 luglio 2011 da detto giudice, successivamente, in appello, con la sentenza confermativa dell'Audiencia Provincial de Madrid (Corte provinciale di Madrid, Spagna) del 27 gennaio 2014.

Considerando che la decisione concernente gli impegni non impedisse a un giudice nazionale di annullare un contratto previsto dalla decisione stessa per violazione dell'articolo 101 TFUE, la Gasorba e gli altri proponevano ricorso per cassazione dinanzi al Tribunal Supremo (Corte suprema, Spagna).

Quest'ultimo giudice ritiene che sussistano dubbi circa la portata della competenza dei giudici nazionali alla luce degli articoli 9 e 16 del regolamento n. 1/2003. Esso afferma, in proposito, che la Commissione sembra aver mini-

² Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

mizzato l'effetto della decisione concernente gli impegni allorché, nel parere dell'8 luglio 2009, richiesto sulla base dell'articolo 15 del regolamento n. 1/2003 dallo Juzgado de lo Mercantil n. 2 de Barcelona (Tribunale commerciale di Barcellona) nell'ambito della causa che ha dato luogo all'ordinanza del 27 marzo 2014, *Bright Service* (C-142/13, EU:C:2014:204), ha indicato che una tale decisione non pregiudica l'analisi che la Commissione potrebbe effettuare basandosi su ulteriori indagini ed elementi di fatto. Detta decisione non pregiudicherebbe neppure l'analisi che deve essere condotta dal giudice nazionale. Secondo la Commissione, le decisioni basate sull'articolo 9 del regolamento n. 1/2003 avrebbero unicamente l'obiettivo di rendere vincolanti, per le imprese interessate, gli impegni proposti dalle parti al fine di risolvere i problemi di concorrenza constatati, ma non si pronuncerebbero sulla questione della sussistenza di una violazione pregressa o attuale degli articoli 101 o 102 TFUE.

In tale contesto, il Tribunal Supremo (Corte suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali, delle quali solo la prima trova analisi e soluzione dinanzi alla Corte dell'Unione.

Con la prima questione, il giudice del rinvio domanda se l'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 osta a che un giudice nazionale dichiari la nullità di un accordo tra imprese sul fondamento dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE, qualora la Commissione abbia precedentemente accettato impegni concernenti il medesimo accordo e li abbia resi obbligatori in una decisione adottata ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, di tale regolamento.

La Corte UE richiama con immediatezza la normativa settoriale e afferma che conformemente all'articolo 6 del regolamento n. 1/2003, letto alla luce del considerando 22 di quest'ultimo, «l'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione si basa su un sistema di competenze parallele nell'ambito del quale sia la Commissione sia le autorità nazionali garanti della concorrenza e i giudici nazionali possono applicare gli articoli 101 e 102 TFUE», evidenziando che l'uniformità di applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione è garantita in particolare dall'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, «che obbliga i giudici nazionali a non prendere decisioni che siano in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione nell'ambito di un procedimento avviato ai sensi del regolamento n. 1/2003».

Orbene, dal testo dell'articolo 9, paragrafo 1, di detto regolamento risulta che una decisione adottata sul fondamento di tale articolo ha, in particolare, l'effetto di rendere obbligatori gli impegni, proposti dalle imprese, tali da rispondere alle preoccupazioni in materia di concorrenza espresse dalla Commissione nel corso della sua valutazione preliminare. Ebbene, ritiene la Corte, «una decisione del genere non certifica la conformità all'articolo 101 TFUE della prassi oggetto delle preoccupazioni».

Infatti, dato che, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, letto alla luce del considerando 13 di quest'ultimo, la Commissione può procedere a una mera «valutazione preliminare» della situazione concorrenziale, senza che, successivamente, la decisione concernente gli impegni adottata sul fondamento di tale articolo giunga alla conclusione dell'eventuale sussistere o perdurare di un'infrazione, «non si può escludere che un giudice nazionale concluda che la prassi oggetto della decisione concernente gli impegni infranga l'articolo 101 TFUE e che, in tal modo, esso intenda dichiarare, a differenza della Commissione, che detto articolo è stato infranto».

Peraltro, i considerando 13 e 22 del regolamento n. 1/2003, letti congiuntamente, precisano espressamente che le decisioni concernenti gli impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri di prendere una decisione né intaccano il potere delle giurisdizioni e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri di applicare gli articoli 101 e 102 TFUE.

«Ne consegue che una decisione adottata sul fondamento dell'articolo 9, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 non è idonea a far sorgere un legittimo affidamento in capo alle imprese interessate quanto alla conformità all'articolo 101 TFUE del loro comportamento. Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 39 delle sue conclusioni, la decisione concernente gli impegni non può «legalizzare» il comportamento sul mercato dell'impresa interessata, tantomeno con effetti retroattivi».

Tuttavia, aggiunge la Corte, «i giudici nazionali non possono ignorare questo tipo di decisioni. Infatti, atti del genere hanno in ogni caso carattere decisorio. Inoltre, sia il principio di leale cooperazione, di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sia l'obiettivo di un'efficace e uniforme applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione impongono al giudice nazionale di tener conto della valutazione preliminare della Commissione e di considerarla quale indizio, o addirittura quale principio di prova, della natura anticoncorrenziale dell'accordo di cui trattasi alla luce dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE».

Ciò considerato, il giudice dell'Unione dichiara che l'articolo 16, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 si interpreta nel senso che una decisione concernente gli impegni adottata dalla Commissione con riferimento a determinati accordi tra imprese, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, dello stesso regolamento, non impedisce ai giudici nazionali di esaminare la conformità dei medesimi accordi alle regole di concorrenza e di dichiarare, se del caso, la nullità di questi ultimi a norma dell'articolo 101, paragrafo 2, TFUE.

DIRITTO DEL REGNO UNITO

Procedimento disciplinare nei confronti di un avvocato – discriminazione razziale – equo processo – Convenzione Europea dei Diritti Umani – azione per violazione delle Human Right Act 1998 – decadenza – decorrenza dei termini

Il termine annuale di decadenza dall'azione per violazione dei diritti umani previsto dalla Human Right Act del Regno Unito decorre dal compimento dell'atto violativo. Nel caso di procedimento disciplinare contro un avvocato iscritto al Bar of England and Wales il termine decorre dal verdetto reso nella fase di appello e non da quello di primo grado dovendo considerarsi detto gravame un "novum iudicium" e non una "revisio prioris instantiae"

United Kingdom Supreme Court, 6 dicembre 2017, [2017] UKSC 78

La Corte Suprema britannica è stata chiamata a decidere su ricorso proposto da un'avvocata inglese che nel giugno del 2010 fu incolpata dal Bar Standards Board di aver compiuto sei illeciti disciplinari per violazione delle norme di cui alla Courts and Legal services Act (1990) gettando in tal modo discredito sulla professione legale e sull'amministrazione della giustizia.

A seguito del deferimento, il Tribunale disciplinare con sentenza del 23 maggio 2011 dichiarò fondati i capi di incolpazione.

La ricorrente propose quindi appello ai Visitors to the Inns of Court, che il 17 agosto 2012 fu ritenuto fondato, ritenendo i giudici del gravame che nessuna delle condotte richiamate dai capi di incolpazione fosse da ritenersi illecita o costituente una violazione del Code of Conduct of the Bar of England and Wales. Avendo accolto nel merito il ricorso in appello, i Visitors non ritennero di doversi pronunciare sulle istanze ulteriori formulate dalla appellante circa la scorretta tenuta dell'udienza di primo grado e la mancanza di motivazioni della pronuncia impugnata.

Il 21 febbraio 2013, la ricorrente agì per violazione degli artt. 6 e 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nonché della sezione 6 dello Human Right Act 1998, sostenendo che il BSB discriminasse gli avvocati di colore e quelli appartenenti a minoranze etniche promuovendo contro di loro un gran numero di procedimenti disciplinari che si concludono in appello con la piena assoluzione degli incolpati. A riprova del proprio assunto la ricorrente deduceva l'alta incidenza percentuale dei procedimenti nei confronti di avvocati di colore o appartenenti a minoranze etniche rispetto all'esiguità del loro numero in rapporto al complessivo numero di iscritti al Bar.

Il BSB si difese negando le violazioni ed eccependo la decadenza dall'azione perché proposta oltre il termine annuale.

Il BSB il 3 gennaio 2014 ha quindi depositato istanza perché fosse dichiarata inammissibile l'azione proposta dall'avvocata, sulla base del fatto che non vi fossero ragionevoli motivi per agire. All'udienza tenuta dal giudice monocratico, il BSB sostenne che nessuna delle doglianze della ricorrente avesse una reale prospettiva di successo e che in ogni caso l'eccezione di decadenza era fondata. Il giudice monocratico accolse l'istanza con condanna alle spese della resistente.

Proposto appello avverso tale decisione la Court of Appeal statuí che contrariamente a quanto ritenuto dal giudice monocratico l'azione per violazione dei diritti umani proposta dall'avvocata non fosse priva di ragioni e che vi fossero sufficienti prove che il BSB avesse discriminato la ricorrente per motivi razziali. Ritenne però che l'appello non potesse essere accolto perché l'azione era stata proposta oltre l'anno dal verdetto del Tribunale di disciplina.

In data 8.12.2016 la Corte Suprema ammise il ricorso della ricorrente solo relativamente alla questione della decadenza per superamento del termine annuale.

La Corte Suprema ha preso atto di quanto affermato dalla ricorrente circa la maggior probabilità per un avvocato di colore o appartenente ad una minoranza etnica di subire un procedimento disciplinare e che non vi sia motivo perché un gruppo così ridotto di avvocati abbia un così alto numero di procedimenti, qualificando le condotte del BSB come violative delle sezioni 53(2) e 53(3) dell'Equality Act 2010.

La Corte ha quindi esaminato la questione se il procedimento disciplinare portato avanti dal BSB sia da considerarsi una serie di distinti atti ovvero un unico atto continuato, giacché nel primo caso i termini decadenziali decorrebbero per ciascuna singola condotta mentre nell'altro essi decorrono dall'ultimo atto compiuto.

La Corte ha evidenziato preliminarmente che l'interpretazione letterale della norma porterebbe a concludere che debba considerarsi la singola condotta e che quindi decorrano distinti termini decadenziali per ciascuna di esse.

La difesa della ricorrente ha dedotto che i singoli atti debbano intendersi come fasi di un'unicum processum mentre la difesa di BSB ha affermato che la decisione di deferire la ricorrente al Tribunale disciplinare, anche se in ipotesi indirettamente discriminatoria, costituisca un singolo atto anche se con effetti continuati piuttosto che una violazione continuata.

La Corte, rilevato che sul punto non vi fossero precedenti specifici, poiché l'unica decisione riferibile³ riguardava

³ UKHL [2007] 44; [2007] 1 WLR 2734.

un procedimento penale e non un procedimento disciplinare, ha ritenuto che la violazione dei diritti lamentata dalla ricorrente sia derivata da una singola condotta continuata, giacché se è vero che il procedimento disciplinare portato avanti dal BSB necessariamente comporta una serie di passaggi, l'essenza delle doglianze per cui è causa è l'inizio e la prosecuzione del procedimento disciplinare fino alla sua conclusione. Ed in tal senso deve concludersi che il termine decadenziale decorre dalla data in cui l'atto continuato cessa e non da quella in cui esso ha avuto inizio.

Ciò posto, la Corte Suprema si è posta il quesito di quando debba considerarsi cessato il singolo atto continuato rappresentato dal procedimento disciplinare contro la ricorrente.

La Corte si è cioè posta il problema di se il proporre appello da parte di un resistente condannato debba essere considerato come una continuazione della procedura. Secondo una prima interpretazione, il procedimento si conclude con il verdetto che definisce la procedura. Secondo tale interpretazione nel caso di appello proposto dall'incolpato condannato, l'accusatore non sta proseguendo il procedimento, ma è l'appellante che tenta di ottenere una modifica del verdetto di primo grado; secondo tale interpretazione, chiedere la riforma di una condanna è qualcosa di assolutamente differente dal perseguire l'incolpato.

La Corte Suprema però non ha accolto tale interpretazione, ritenendo che il giudizio disciplinare fosse da considerarsi un unico giudizio nel quale ai giudici di appello è devoluto un *novum iudicium* e che non possa esso essere qualificato solo come una verifica della legittimità delle decisioni del giudice di primo grado; a tanto si giunge considerando che i giudici di appello hanno la possibilità di rinnovare l'istruttoria senza limitazione alcuna, escutando testimoni, ammettendo nuovi documenti e nova.

Afferma la Corte che i giudici di appello, nel procedimento disciplinare, sono tenuti a riguardare di nuovo le questioni controverse ed a formare il loro proprio convincimento, riesaminando la questione nel merito.

In questo senso, conclude la Supreme Court, il ruolo di BSB nell'iniziare e nel proseguire il procedimento disciplinare dinanzi al Tribunale disciplinare ed ai Visitors costituisce un unico atto continuato.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha quindi dichiarato tempestiva l'azione proposta dalla ricorrente entro l'anno dalla decisione dei Visitors to the Inns of Court.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

La controversa qualificazione giuridica del diritto al corrispettivo per la fornitura di strumentazioni per le intercettazioni telefoniche e ambientali. I 224
di Francesco Di Sabato

DIRITTO PENALE

È fondato l'incidente di esecuzione volto a far dichiarare prescritto ora per allora il reato accertato con sentenza irrevocabile di condanna, quando sia intervenuta una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma penale applicata al caso di specie, relativamente alla tipologia del trattamento sanzionatorio ivi previsto, in modo tale da mutare la natura del reato da delittuosa a contravvenzionale, e ne discenda così un diverso e più breve termine di prescrizione, per cui, se nel processo di cognizione concluso non si fosse applicata la norma viziata, la causa estintiva sarebbe già maturata ed il reato sarebbe stato dichiarato estinto per intervenuta prescrizione. I 227
di Donato Greco

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Esame di abilitazione alla professione forense: identità delle formule di stile e annullamento della prova. I 230
di Elia Scafuri



Diritto civile

La controversa qualificazione giuridica del diritto al corrispettivo per la fornitura di strumentazione per le intercettazioni telefoniche e ambientali.

abstract

With regard to the rental of equipment for wiretapping, a recent ruling, exceeding the opposite orientation, states that is applicable the discipline of the extraordinary expenses of justice, provided by art. 70 of the d.p.r. n. 115/2002, instead of the d.lgs. n. 231/2002, laying down the rules for the implementation of directive 2000/35/EC on combating late payment in commercial transactions.

keywords

Contracts with the P.A. – Rental – Interest for late payment.

abstract

In tema di noleggio di attrezzature per intercettazioni, una recente pronuncia della giurisprudenza di merito ritiene, superando l'opposto orientamento, applicabile la disciplina delle spese straordinarie di giustizia, di cui all'art. 70 del d.p.r. n. 115/2002, anziché il d.lgs. n. 231/2002, recante le norme di attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

parole chiave

Contratti con la P.A. – Noleggio – Interessi moratori.

Il presente *focus* ha ad oggetto la sentenza della Corte d'Appello di Bologna n. 2602/2017, la quale si inserisce all'interno di un dibattito giurisprudenziale, non ancora sopito, sorto con riferimento al tema della qualificazione giuridica del rapporto intercorrente tra i fornitori di apparecchiature destinate alle intercettazioni, svolte dalla Procura della Repubblica nel corso delle indagini preliminari, e la Pubblica amministrazione.

Sul punto, infatti, sono rinvenibili, nella giurisprudenza di merito, due orientamenti diametralmente opposti; secondo un primo orientamento, l'intera operazione economica – fornitura delle apparecchiature dietro pagamento di un corrispettivo – sarebbe quali-

ficabile alla stregua di un contratto di locazione di beni mobili, disciplinato dagli artt. 1571 e ss. del codice civile. L'opposto orientamento, invece, ravvisa alla base del diritto al corrispettivo del fornitore una fattispecie complessa, nella quale svolge un ruolo fondamentale il decreto di liquidazione delle spese, adottato dal g.i.p. ai sensi dell'art. 70 del d.p.r. n. 115/2002.

La questione in analisi non riveste una rilevanza esclusivamente teorica, anzi l'adesione all'uno o all'altra soluzione interpretativa determina conseguenze sul piano pratico di non poco momento: qualificare tali operazioni come ordinari contratti di locazione determina l'applicabilità della disciplina di cui al d.lgs. n. 231/2002, recante le norme di attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, la quale comporta, tra l'altro, l'automatica maturazione degli interessi moratori a decorrere dal giorno della scadenza del termine di pagamento, individuato secondo le modalità indicate dall'art. 4, commi 2-7, di tale decreto legislativo.

Per comprendere appieno i termini della questione e la portata della pronuncia in oggetto, occorre, però, partire da una breve ricostruzione dello svolgimento del processo di primo grado. Una società, che aveva offerto in godimento le proprie apparecchiature a diverse Procure della Repubblica, aveva richiesto ed ottenuto un decreto ingiuntivo nei confronti del Ministero della Giustizia per il pagamento del corrispettivo, così come quantificato in base ad una serie di fatture regolarmente rilasciate, oltre agli interessi moratori, maturati, in base a quanto previsto dall'art. 4, co. 2, del d.lgs. n. 231/2002, a decorrere dal trentesimo giorno dalla ricezione delle fatture non pagate. Il Ministero promuoveva opposizione avverso il decreto ingiuntivo che veniva respinta dal Tribunale di Bologna, il quale condannava l'amministrazione opponente al pagamento delle somme indicate nelle fatture, oltre agli interessi moratori di cui sopra.

Il giudice di prime cure ha qualificato il rapporto giuridico tra il Ministero e la società fornitrice come un contratto di locazione di beni mobili. Tale natura privatistica del rapporto è stata ritenuta idonea ad escludere l'applicabilità alla fattispecie della disciplina di cui al d.p.r. n. 115/2002, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di

spese di giustizia, e in particolare del suo art. 168¹, non potendo essere considerata la società fornitrice un ausiliario del giudice di cui all'art. 3 del d.p.r. citato.

A sostegno del suo ragionamento interpretativo, il giudice ha citato anche un precedente della IV sezione penale della Corte di Cassazione, ovvero la sentenza n. 39853/2007, nel quale la Suprema Corte, con riferimento all'applicabilità dell'art. 71 del predetto testo unico, ha affermato che «il d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, art. 71, è – come si è accennato – norma che si applica agli ausiliari del magistrato (e neppure a tutti, essendo, ad esempio, sottratta alla disciplina in esso contenuta l'attività del custode di beni sottoposti a sequestro conservativo: cfr., ex plurimis, Cass. 4[^], 28 settembre 2005, Avancar s.n.c.). Nel dettare la definizione di “ausiliario”, l'art. 3, comma 1, lett. n), del d.p.r. citato, affianca “il perito, il consulente tecnico, l'interprete, il traduttore e qualunque altro soggetto competente in una determinata arte o professione” dal soggetto “comunque idoneo al compimento di atti” (“che il magistrato o il funzionario addetto all'ufficio può nominare a norma di legge”). Il legislatore ha, dunque, utilizzato l'espressione “ausiliario del magistrato” per riferirsi ad una persona professionalmente qualificata che il magistrato nomina per farsi assistere nello svolgimento di attività procedurali (è il caso, ad esempio, delle “persone idonee” di cui può avvalersi la polizia giudiziaria a norma dell'art. 348 c.p.p., comma 4). [...]. La società ricorrente si è, invero, limitata a fornire per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo, strumenti necessari alla polizia giudiziaria per eseguire le operazioni di intercettazione. Mai nessun dipendente della stessa ha prestato la propria opera nel corso dell'anzidetta attività investigativa. [...]. Si è, dunque, in presenza di un contratto di locazione di beni mobili, o, come anche si dice, di noleggio[...] dal quale derivano obbligazioni a carico di entrambe le parti e se, da un lato, il locatore, oltre a consegnare la cosa in buono stato di manutenzione, è tenuto a mantenerla in stato da servire all'uso convenuto (sempre naturalmente che si rendano necessarie riparazioni), d'altro lato, il pagamento del canone costituisce l'obbligazione principale posta a carico del conduttore». Sulla base di tale motivazione, il giudice del primo grado è giunto alla conclusione che il contratto, in tal modo qualificato, rientrasse nella categoria delle transazioni commerciali di cui al d.lgs. n. 231/2002

¹ L'art. 168 del d.p.r. n. 115/2002 dispone che “la liquidazione delle spettanze agli ausiliari del magistrato e dell'indennità di custodia è effettuata con decreto di pagamento, motivato, del magistrato che procede. Il decreto è comunicato al beneficiario e alle parti, compreso il pubblico ministero, ed è titolo provvisoriamente esecutivo. Nel processo penale il decreto è titolo provvisoriamente esecutivo solo se sussiste il segreto sugli atti di indagine o sulla iscrizione della notizia di reato ed è comunicato al beneficiario; alla cessazione del segreto è comunicato alle parti, compreso il pubblico ministero, nonché nuovamente al beneficiario ai fini dell'opposizione”.

e che, pertanto, sugli importi delle fatture scadute e non pagate si producano *ex lege* gli interessi moratori senza la necessità di una previa costituzione in mora dell'amministrazione.

La sentenza del Tribunale di Bologna è stata oggetto di appello da parte del Ministero, all'esito del quale la Corte di Appello di Bologna, con la pronuncia in esame, ha accolto l'impugnazione, riformando il provvedimento gravato.

La Corte di Appello, ritenendo la ricostruzione fatta dal giudice di primo grado non corretta, ha proposto per una diversa soluzione interpretativa, che può essere ascritta al secondo degli orientamenti giurisprudenziali suesposti.

Il collegio ha rilevato come in fattispecie del genere il rapporto contrattuale è necessariamente a formazione complessa e progressiva, in quanto un elemento imprescindibile per la valida costituzione del rapporto contrattuale – quale è la determinazione del corrispettivo per il servizio del noleggio delle apparecchiature – è rimesso all'adozione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria – il decreto di liquidazione – che è quindi di formazione unilaterale, in quanto posto in essere solo a seguito dell'accertamento delle concrete modalità di erogazione del servizio, e successivo alla formazione del nucleo originario dell'accordo, poiché è emanato successivamente al termine dell'attività di intercettazione.

La Corte di appello ha, inoltre, affermato che, in difetto di un'adeguata dimostrazione del raggiungimento di un accordo comprensivo anche della quantificazione del canone di locazione, non può ritenersi ricavabile tale volontà dalla materiale esecuzione delle prestazioni né dalla produzione in giudizio delle fatture relative al noleggio. Bisogna, infatti, considerare che in materia di contratti stipulati dalla p.a., la costante giurisprudenza trae dal combinato disposto degli artt. 16 e 17 del r.d. n. 2440/1923 il principio di diritto, in base al quale i contratti con la p.a. devono essere stipulati, a pena di nullità, in una delle forme previste dai predetti articoli, cosicché, in caso di difetto di una delle forme previste *ad substantiam*, il contratto è nullo ed insuscettibile di qualsiasi forma di sanatoria, dovendosi, quindi, escludere l'attribuzione di rilevanza ad eventuali convalide o ratifiche successive, nonché a manifestazioni di volontà implicita o desumibile da comportamenti puramente attuativi né possono ritenersi in tal senso idonee le fatture eventualmente prodotte in giudizio in quanto, essendo atti dichiarativi unilaterali, non possono utilmente surrogare la necessaria volontà negoziale comune.

Richiamando un recentissimo arresto della Corte di Appello di Milano², il collegio ha quindi ritenuto che, mancando una piena determinazione contrattuale, il credito dell'impresa per il noleggio delle apparec-

² Più in dettaglio, Corte di appello Milano, sent. n. 1031/2015.

chiature diviene liquido ed esigibile solo con l'emissione, da parte dell'autorità giudiziaria competente, del decreto di liquidazione.

La Corte di appello bolognese ha, inoltre, ritenuto superabile l'assunto, fatto proprio dal giudice di primo grado, secondo il quale la mancata qualificabilità della società noleggiatrice come un ausiliario del giudice osta all'applicabilità della disciplina del d.p.r. n. 115/2002. Infatti, tali spese rientrerebbero nell'alveo delle spese straordinarie di cui all'art. 70 del citato d.p.r. a mente del quale «sono spese straordinarie quelle non previste nel presente testo unico e ritenute indispensabili dal magistrato che procede, il quale applicherà, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 61, 62 e 63 e dell'articolo 277 e per l'importo utilizzerà prezzi analoghi. Il decreto di pagamento è disciplinato dagli articoli 168, 169, 170 e 171». Tale conclusione è avallata anche da una recente pronuncia della Cassazione³, richiamata dalla Corte di Appello di Bologna, nella quale la Suprema Corte ha affermato che «il d.p.r. n. 115 del 2002, art. 70, stabilisce che «sono spese straordinarie quelle non previste nel presente testo unico e ritenute indispensabili dal magistrato che procede, il quale applicherà, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 61, 62 e 63, e dell'art. 211, e per l'importo utilizzerà prezzi analoghi. Il decreto di pagamento è disciplinato dagli artt. 168, 169, 170 e 171». Se ne ricava che al decreto di pagamento del soggetto che ha messo a disposizione gli impianti per effettuare le intercettazioni si applica, trattandosi di spese straordinarie, il disposto del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 170, che regola proprio la fase di opposizione. Il beneficiario della liquidazione potrà, quindi, contestare detta liquidazione avvalendosi della speciale procedura prevista dal D.P.R. n. 115 del 2002, art. 170, a prescindere dalla circostanza che egli sia o meno un ausiliario del giudice, in virtù dell'espresso richiamo all'art. 170 contenuto nel D.P.R. n. 115 del 2002, art. 70». Nella sentenza riportata, la Cassazione, pur esprimendosi con riferimento alla legittimazione della società fornitrice di apparecchiature da intercettazione alla proposizione dell'opposizione al decreto di liquidazione *ex art.* 170 del d.p.r. n. 115/2002, dunque con riguardo ad un aspetto diverso ma connesso a quello oggetto del presente articolo, ha escluso che la mancata qualifica di ausiliario del giudice della società noleggiatrice precluda assolutamente l'applicabilità della disciplina di cui al predetto d.p.r., essendo escluso il solo art. 71, riguardante la domanda di liquidazione e decadenza del diritto per testimoni, ausiliari del magistrato e aventi titolo alle trasferte.

Le riassunte motivazioni hanno indotto la Corte di appello ad affermare che, in assenza di un'espressa determinazione contrattuale, il credito delle società

fornitrici sebbene non possa considerarsi credito di ausiliario del giudice, rientri comunque nel novero delle spese straordinarie di cui all'art. 70 del d.p.r. n. 115/2002 e di conseguenza a tali fattispecie trova applicazione la disciplina di tale d.p.r., escluso l'art. 71. Diretto corollario di ciò è, come si è già esplicitato in precedenza, che la fattispecie concreta non possa essere sussunta nello schema del contratto di locazione e che, quindi, ad essa non si applichi il d.lgs. n. 231/2002; ragion per cui, non opererà la mora automatica da essa prevista e gli interessi moratori decorreranno solo successivamente alla costituzione in mora dell'amministrazione.

In conclusione, può dirsi che la sentenza in oggetto mostra come il dibattito giurisprudenziale sul tema sia ancora aperto e lontano dalla sua composizione; pertanto, sarebbe auspicabile un intervento chiarificatore della Cassazione in materia, visti i rilevanti interessi economici privati e pubblici connessi al tema delle intercettazioni telefoniche e ambientali.

³ Per un maggior approfondimento, si rinvia a Cass. civ. sez. II, n. 2573/2016.

Donato Greco
Dottore in Giurisprudenza

Diritto penale

È fondato l'incidente di esecuzione volto a far dichiarare prescritto ora per allora il reato accertato con sentenza irrevocabile di condanna, quando sia intervenuta una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma penale applicata al caso di specie, relativamente alla tipologia del trattamento sanzionatorio ivi previsto, in modo tale da mutare la natura del reato da delittuosa a contravvenzionale, e ne discenda così un diverso e più breve termine di prescrizione, per cui, se nel processo di cognizione concluso non si fosse applicata la norma viziata, la causa estintiva sarebbe già maturata ed il reato sarebbe stato dichiarato estinto per intervenuta prescrizione.

abstract

The penal judgment can be overridden according to a declaration of unconstitutionality of the applied criminal law, when it affects both the punishable conduct – through a revision sentence ex art. 673, co. 2, c.p.p. – and on the sanctioning treatment – through an enforcement review ex artt. 665 e 670 c.p.p., in order to remove the effects of the unconstitutional law and apply the legitimate penalty –, even when the unconstitutionality affects the crime's nature and comes a different limitation period, which, matured before the sentence of conviction became final, would have determined the extinction of the crime.

keywords

Enforcement review – Criminal law – Res judicata – Declaration of unconstitutionality – Penalty – Revision procedure – Limitation period.

abstract

Il giudicato penale può essere revocato sulla base di una dichiarazione di incostituzionalità della norma penale applicata, oltre che nelle ipotesi in cui incida sulla fattispecie incriminatrice – tramite sentenza di revocazione ex art. 673, co. 2, c.p.p. – e sul trattamento sanzionatorio – mediante un incidente di esecuzione ex artt. 665 e 670 c.p.p., al fine di rimuovere gli effetti della norma viziata ed applicare la pena legittima –, anche nell'ipotesi in cui interessi la natura del reato e ne consegua un diverso termine di prescrizione, che, già maturato prima del passaggio in giudicato della sentenza di

condanna, avrebbe determinato l'estinzione del reato per prescrizione.

parole chiave

Incidente di esecuzione – Norma penale – Giudicato – Dichiarazione d'incostituzionalità – Pena – Revocazione – Prescrizione.

La questione trae origine da un procedimento penale in cui all'imputato veniva contestato un abuso edilizio poiché, senza averne l'autorizzazione, aveva commissionato e realizzato manufatti per 32 mq in Forio d'Ischia (Na), zona sottoposta a vincolo paesaggistico, almeno fino al 17 agosto 2007.

Con sentenza n. 22/2009 emessa in data 8 giugno 2009 dal Tribunale di Napoli il prevenuto veniva ritenuto responsabile dei reati allo stesso ascritti ai capi a) e b), rispettivamente p. e p. dall'art. 44, lett. c) D.P.R. n. 380/2001 e dall'art. 181, co. 1-*bis*, D.lgs. n. 42/2004, e per l'effetto condannato alla pena di mesi otto giorni uno di reclusione, con sospensione della pena, ed alla demolizione dell'opera, nonché alla rimessione in pristino dello stato dei luoghi.

Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello il difensore dell'imputato: la Corte di Appello di Napoli con sentenza emessa in data 22 dicembre 2014, n. 8571 ha dichiarato non doversi procedere relativamente al reato contravvenzionale di cui al capo a), per essere lo stesso estinto per intervenuta prescrizione; in ordine al reato p. e p. dall'art. 181, co. 1-*bis*, D.lgs. n. 42/2004, e contestato al capo b) dell'imputazione, il Collegio ha, invece, ha rideterminato la pena in mesi otto di reclusione e revocato l'ordine di demolizione del manufatto, confermando nel resto l'impugnata sentenza, divenuta irrevocabile in data 11 aprile 2015. La Corte Costituzionale con sentenza del 23 marzo 2016, n. 56 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 181, co. 1-*bis*, D.lgs. n. 42/2004¹, nella parte

¹ Testo dell'art. 181, comma 1-*bis*, D.lgs. n. 42/2004: «1-*bis*. La pena è della reclusione da uno a quattro anni qualora i lavori di cui al comma 1:

a) ricadano su immobili od aree che [, ai sensi dell'articolo 136,] per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori;

b) ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'ar-

in cui prevede «a) ricadano su immobili o aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche, siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; b) ricadano su immobili od aree tutelate per legge ai sensi dell'art. 142 ed». La Corte in particolare ha evidenziato la manifesta irragionevolezza della più severa disciplina riservata alle ipotesi di cui al co. 1-*bis* del suddetto articolo rispetto a quelle sanzionate al co. 1: l'invalidità si insidia nella scelta legislativa di configurare, in assenza di adeguate motivazioni, le fattispecie del co. 1 come contravvenzionali e quelle del co. 1-*bis* come delittuose, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di trattamento sanzionatorio in relazione all'entità della pena, alla disciplina delle cause di non punibilità ed estinzione del reato.

Dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale discende che i fatti tipizzati al punto a) e prima parte del punto b) del citato art. 181, co. 1-*bis*, non siano stati depenalizzati, ma semplicemente derubricati dall'ipotesi delittuosa di cui al comma 1-*bis* a quella contravvenzionale di cui al co. 1; pertanto, continuano ad integrare una fattispecie delittuosa esclusivamente i fatti p. e p. nella seconda parte del punto b) del co. 1-*bis*, vale a dire gli abusi edilizi consistenti in un ampliamento superiore al trenta per cento del manufatto originario o a settecentocinquanta metri cubi, oppure nella costruzione di un nuovo manufatto di volume superiore a mille metri cubi.

I fatti per cui è stata emessa sentenza di condanna ricadono nel punto a) del citato art. 181, co. 1-*bis*, il quale, prima della declaratoria d'incostituzionalità, configurava una fattispecie delittuosa, mentre adesso, dopo tale pronuncia, rappresenta un'ipotesi contravvenzionale.

Il difensore del prevenuto ha proposto un incidente di esecuzione ex art. 665 e 666 cod. proc. pen., chiedendo alla Corte di Appello di Napoli, in qualità di giudice dell'esecuzione, di dichiarare estinto per intervenuta prescrizione il reato p. e p. dall'art. 181, co. 1-*bis*, D.lgs. n. 42/2004, originariamente contestato al capo b), per il quale l'imputato è stato ritenuto penalmente responsabile. La difesa argomenta che se non fosse stata applicata la norma incostituzionale, il reato ascritto avrebbe avuto natura contravvenzionale sin dall'origine e, pertanto, analogamente a quello contestato al capo a), si sarebbe prescritto nel più breve termine quinquennale, prima del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Con ordinanza del 18 maggio 2017 (Presidente: R. Romano, Estensore: F. Volpe) la Corte di Appello di

articolo 142 ed abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al trenta per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento della medesima superiore a settecentocinquanta metri cubi, ovvero ancora abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore ai mille metri cubi».

Napoli, visto l'art. 30 della L. dell'11 marzo 1953, n. 87, rilevando la natura contravvenzionale del reato p. e p. dall'art. 181, co. 1, D.lgs. n. 42/2004, cui devono adesso, in conformità alla declaratoria d'illegittimità costituzionale, ricondursi le ipotesi di cui ai punti a) e b) prima parte del successivo co. 1-*bis*, ha accolto l'istanza. Pertanto, il Collegio ha, ora per allora, dichiarato estinto il reato originariamente contestato al capo b) dell'imputazione per intervenuta prescrizione e, conseguentemente, ha revocato la precedente sentenza di condanna emessa in data 22 dicembre 2014 dalla stessa Corte (irrevocabile l'11 aprile 2015), dichiarandone altresì cessati tutti gli effetti penali.

La Corte di Appello di Napoli, quale giudice dell'esecuzione, ha quindi dovuto affrontare il seguente ordine di questioni:

1. Se la situazione processuale del condannato potesse rappresentare un'ipotesi di rapporto esecutivo ancora pendente, condizione preliminare alla possibilità di incidere il giudicato.

Sul punto è appena il caso di sottolineare la diversità tra i fenomeni della successione tra norme nel tempo o dell'abrogazione di norme rispetto a quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Infatti, mentre l'applicazione della sopravvenuta legge *metior*, che attiene alla vigenza normativa, trova sicuramente un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, discorso diverso va fatto per la sopravvenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno dell'invalidità: la norma costituzionalmente illegittima deve essere espunta dall'ordinamento, perché affetta da un'invalidità originaria e ciò impone e giustifica la proiezione "retroattiva" – cioè sugli effetti ancor in corso di rapporti giuridici pregressi, e definiti con sentenza irrevocabile – dell'intervenuta pronuncia d'incostituzionalità, la quale segna "la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida".

Sulla nozione di "rapporti giuridici pregressi i cui effetti siano ancora in corso", nel caso di sopravvenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma applicata, la sentenza "Gatto"² della Suprema Corte di Cassazione rappresenta certamente un riferimento fondamentale, in quanto ha precisato che il rapporto esecutivo deve considerarsi esaurito solo quando gli effetti pregiudizievoli della sentenza irrevocabile non possano più essere rimossi, cioè quando la pena sia stata interamente scontata. L'esecuzione della pena implica l'esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e termina con l'integrale esecuzione o l'estinzione della pena, pertanto, fino a quando l'esecuzione è in corso, il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma applicata, e poi dichiarata costituzionalmente illegittima, sono ancora pendenti, dando così origine all'obbligo di rimuoverli.

² Cass. pen. S. U., sent. del 29 maggio 2014, n. 42858 (Presidente: Santacroce, Relatore: Ippolito).

Nel caso in esame, come correttamente rilevato nel parere espresso dal Procuratore Generale e condiviso dal Collegio giudicante, certamente ci si trova dinanzi ad un rapporto esecutivo pendente se solo si considera che dovesse ancora trovare esecuzione l'ordine di rimessione in pristino dello stato dei luoghi e che ci si trovasse ancora in pendenza del periodo di prova, quinquennale per i delitti, durante il quale il condannato beneficiava della sospensione condizionale della pena.

2. Se si potesse tangere il giudicato di condanna a seguito di una declaratoria d'illegittimità costituzionale incidente esclusivamente sul trattamento sanzionatorio, ipotesi questa che non autorizza una sentenza di revocazione ai sensi dell'art. 673 c.p.p., che rappresenta il rimedio straordinario pacificamente azionabile nel diverso caso in cui la declaratoria di illegittimità costituzionale riguardi invece la norma incriminatrice del reato accertato, comportandone la completa espunzione dall'ordinamento.

La Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione in diverse occasioni hanno affrontato la questione della "rivotabilità" del giudicato di condanna.

La Corte Costituzionale con sentenza n. 210/2013 ha ribadito come il giudicato sia espressione dell'esigenza di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, precisando tuttavia al contempo che l'ordinamento giuridico conosce casi in cui l'intangibilità del giudicato può subire una flessione dinanzi alla necessità di bilanciare tale valore costituzionale con "prevalenti ed opposti beni giuridici", di pari dignità costituzionale, ai quali "il legislatore ritiene di assicurare un primato": in primo luogo, la tutela della libertà personale. Pertanto, l'ordinamento reputa recessivo il valore del giudicato in presenza di sopravvenienze relative "alla punibilità e al trattamento sanzionatorio del condannato" e, secondo la Corte Costituzionale, spetta al giudice comune, *in primis* alla Corte di Cassazione, il compito di definire l'esatto ambito applicativo, in sede esecutiva, di tali sopravvenienze e della declaratoria d'illegittimità costituzionale.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite è intervenuta sul punto in esame una prima volta con la sentenza "Ercolano", con cui ha stabilito che l'istanza di legalità della pena resta sempre *sub iudice* in fase esecutiva e non può essere ostacolata dal dato formale del giudicato, non potendo essere consentita l'esecuzione di pene non conformi alla C.E.D.U. e, in via interposta, alla Costituzione. La Corte ha individuato le diverse ipotesi in cui il principio dell'intangibilità del giudicato soccombe rispetto agli altri valori costituzionali, cui il legislatore accorda un primato:

- l'*abolitio criminis*;
- la declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice;
- la declaratoria d'illegittimità costituzionale di una norma penale non nella fattispecie incriminatrice, ma relativamente al trattamento sanzionatorio.

- l'art. 2, co. 3, cod. pen., secondo cui la pena detentiva inflitta con condanna irrevocabile deve essere convertita immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore prevede esclusivamente quest'ultima, in deroga al successivo co. 4 dello stesso articolo che individua nel giudicato il limite all'operatività della *lex mitior*.

Quanto allo strumento idoneo a consentire l'intervento correttivo va detto che se per le prime due ipotesi sopra indicate è pacifico il riferimento alla sentenza di revocazione *ex art. 673 c.p.p.*, meno esplicito è il rimedio nelle seconde due.

Nel caso che a noi più interessa, in cui, cioè, sia intervenuta una declaratoria d'illegittimità costituzionale della norma penale applicata relativamente al trattamento sanzionatorio, il giudice di legittimità ha indicato nell'art. 30 della L. n. 87/1953 il rimedio cui fare ricorso e nell'incidente di esecuzione *ex artt. 665 e 670 c.p.p.* la sede processuale nella quale sollevare la questione: il giudice dell'esecuzione deve ritenere non eseguibile la pena illegittima inflitta e provvedere a sostituirla con quella costituzionalmente legittima.

Così ricostruito lo stato della giurisprudenza, è possibile trarre le seguenti considerazioni.

La sentenza della Corte Costituzionale del 23 marzo 2016, n. 56, che è intervenuta nella vicenda giudiziaria in esame, sicuramente non rappresenta un caso di declaratoria d'illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice, giacché nel caso di specie non viene eliminata la rilevanza penale di condotte precedentemente previste dalla legge come reato, ma nemmeno è immediatamente e senza esitazione riconducibile in quel filone di pronunce d'incostituzionalità aventi ad oggetto esclusivamente il trattamento sanzionatorio, che impongono, seguendo la soluzione tracciata dalla Corte di Cassazione, di sostituire la pena illegale con quella costituzionalmente legittima.

Infatti, la peculiarità del caso in esame consiste nella circostanza che la declaratoria d'incostituzionalità interviene sulla natura del reato, che viene ricondotto tra le ipotesi contravvenzionali, da ciò derivando un regime della prescrizione più favorevole che se avesse trovato applicazione sin dall'origine della vicenda processuale, avrebbe comportato l'estinzione del reato prima del passaggio in giudicato della sentenza.

Proprio con riguardo a questo aspetto l'ordinanza della Corte di Appello di Napoli, I Sezione penale, rappresenta un riferimento senz'altro innovativo: il Collegio, operando un'applicazione evolutiva della sentenza "Gatto" – la quale, tra le altre cose, affermava che sino a quando gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima siano perduranti, essi devono e possono essere rimossi – ha comunque provveduto ad eliminare tutti gli effetti derivanti dall'applicazione della norma viziata, proprio in considerazione della necessità di assicurare tutela prevalente al valore della libertà personale rispetto a quello del giudicato.

Diritto amministrativo

Esame di abilitazione alla professione forense: identità delle formule di stile e annullamento della prova.

abstract

In the examination for authorisation to practise as an advocate the identity of representatives ad litem of several candidates isn't suitable to prove the copying and, therefore, to legitimate the annulment of the written test given that it is a set of mere style clauses.

keywords

The examination for authorisation to practise as an advocate – Annulment of the written test for copying – Identity of representatives ad litem.

abstract

L'identità della procura alle liti tra più candidati all'esame di abilitazione alla professione forense non è idonea a dimostrare la copiatura e, dunque, a legittimare l'annullamento della prova trattandosi dell'insieme di mere formule di stile.

parole chiave

Abilitazione alla professione forense – Annullamento della prova scritta per copiatura – Identità della procura alle liti.

Oggetto del *focus* è la sempre attuale questione relativa all'annullamento di un elaborato "per copiatura" nell'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense, esame al quale partecipano ogni anno migliaia di giovani e meno giovani praticanti avvocato.

Così come previsto dalla legge che reca la disciplina dell'ordinamento forense (l. 31 dicembre 2012, n. 247 e ss.mm.ii.)¹, l'esame di avvocato – le cui modalità di espletamento sono da sempre oggetto di aspre critiche tra gli operatori del settore che ne auspicano una radicale riforma – consiste nello svolgimento di tre prove scritte e di una prova orale.

Le prove scritte sono svolte su temi formulati dal Ministero della Giustizia ed hanno ad oggetto la reda-

zione di un parere motivato e di un atto giudiziario. Si svolgono in tre giorni: il primo giorno viene richiesto al candidato di redigere un parere motivato in materia di diritto civile, da scegliere tra due questioni regolate dal codice civile; il secondo giorno è richiesta la redazione di un parere motivato in materia di diritto penale, da scegliere tra due questioni regolate dal codice penale; il terzo giorno è la volta della stesura di un atto giudiziario che postuli conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale, su un quesito proposto, in materia scelta dal candidato tra il diritto privato, il diritto penale e il diritto amministrativo.

Le prove scritte si svolgono con il solo ausilio dei testi di legge senza commenti: i candidati non possono portare con sé testi o scritti, anche informati, né ogni sorta di strumenti di telecomunicazione, pena l'immediata esclusione dall'esame, con provvedimento del presidente della commissione. Allo stesso modo, qualora vengano fatti pervenire nell'aula ove si svolgono le prove dell'esame scritti od appunti di qualunque genere, con qualsiasi mezzo, il candidato che riceva tali materiali e non ne faccia contestuale denuncia alla Commissione è immediatamente escluso dall'esame.

Particolarmente gravose sono le sanzioni previste dalla legge per chi faccia pervenire in qualsiasi modo, ad uno o più candidati, prima o durante la prova d'esame, testi relativi al tema proposto: la legge prevede, infatti, la pena della reclusione fino a tre anni, salvo che il fatto costituisca un più grave reato. Per tali fatti ai sensi dell'art. 46, co. 10, della citata legge n° 247, i candidati sono anche denunciati al Consiglio distrettuale di disciplina del distretto competente per il luogo di iscrizione al registro dei praticanti per i provvedimenti disciplinari di sua competenza.

La correzione delle prove scritte è demandata ad una specifica Commissione d'esame²: a tal fine il Ministro della Giustizia determina, mediante sorteggio, gli abbinamenti per la correzione delle prove scritte tra i candidati e le sedi di Corte di appello ove ha luogo la correzione degli elaborati scritti.

¹ Legge 31 dicembre 2012, n° 247, "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense", in G.U. n° 15, 18 gennaio 2013, Serie Generale.

² Ai sensi dell'art. della citata legge n° 247, art. 46, comma 5, Il Ministro della Giustizia determina, mediante sorteggio, gli abbinamenti per la correzione delle prove scritte tra i candidati e le sedi di corte di appello ove ha luogo la correzione degli elaborati scritti.

La Commissione annota le osservazioni positive o negative nei vari punti di ciascun elaborato, le quali costituiscono motivazione del voto che viene espresso con un numero pari alla somma dei voti espressi dai singoli componenti (art. 46, co. 5, cit.).

Per la valutazione di ciascuna prova scritta, ogni componente della Commissione esaminatrice dispone di dieci punti di merito. Alla prova orale sono ammessi i candidati che abbiano conseguito, nelle tre prove scritte, un punteggio complessivo di almeno novanta punti ed un punteggio non inferiore a trenta punti in ciascuna prova. Sono giudicati idonei, dunque, i candidati che abbiano ottenuto un punteggio non inferiore a trenta punti per ciascuna materia.

La prassi dimostra che il superamento della prova scritta ed il conseguente accesso alla successiva prova orale non è tanto legato alla soluzione specifica della questione controversa individuata dal candidato, quanto al soddisfacimento dei requisiti disposti dalla legge n° 180/2003, art. 1-*bis*, co. 9³, pure richiamati dalla suddetta legge n° 247 art. 46, co. 6:

- chiarezza, logicità e rigore metodologico dell'esposizione;
- dimostrazione della concreta capacità di soluzione di specifici problemi giuridici;
- dimostrazione della conoscenza dei fondamenti teorici degli istituti giuridici trattati;
- dimostrazione della capacità di cogliere eventuali profili di interdisciplinarietà;
- relativamente all'atto giudiziario, dimostrazione della padronanza delle tecniche di persuasione e argomentazione.

Tanto brevemente premesso, ogni anno il numero degli aspiranti avvocati che prende parte alle prove scritte e che non viene ammesso alle prove orali per asserita copiatura è cospicuo.

Se a distanza di oltre sei mesi dalle prove scritte, ci si aspetterebbe che ogni candidato avesse il diritto di vedere i propri scritti corredati di una valutazione numerica e di un approfondito giudizio tecnico, la realtà dei fatti è ben diversa in quanto questi ultimi sono quasi sempre accompagnati da una valutazione scarsa.

Le prove corrette sono infatti contrassegnate dalla sola numerazione e nei casi di bocciatura o di annullamento, come quello di specie – in particolar modo nei casi di annullamento per “copiatura” – sugli elaborati compaiono sintetiche formule che indicano la copiatura da altro candidato, contrassegnato da un numero, ovvero dal *web*.

Tuttavia, non sempre l'identità degli elaborati sta ad indicare la copiatura della prova: quando infatti ad essere simile o identica è una procura alle liti - formula

³ Legge 18 luglio 2003, n. 180. “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 maggio 2003, n. 112, recante modifiche urgenti alla disciplina degli esami di abilitazione alla professione forense”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 167 del 21 luglio 2003.

di stampo “canonico” che presenta nella maggioranza dei casi il medesimo schema formale, sia nelle aule di giustizia che nei manuali di diritto – la Commissione d'esame non è legittimata ad annullare le prove. Ciò in quanto, trattandosi dell'insieme di mere formule di stile, quasi sacramentali, è possibile che diversi candidati abbiano imparato a memoria, e dunque riportato nei relativi compiti, tali formule d'uso comune nel settore del diritto, come stabilito recentemente dal Tar partenopeo (cfr. ordinanza del Tar Napoli, n° 1590/2017, depositata lo scorso 19 ottobre).

Allo stesso modo è possibile che diversi candidati abbiano pedissequamente trascritto nel proprio elaborato una formula come l'intestazione dell'atto giudiziario, il testo di un articolo di legge o una massima giurisprudenziale riportata nei codici commentati normalmente utilizzati per l'esame di abilitazione alla professione forense o, altresì, la descrizione di un istituto giuridico ricordata a memoria e studiata dal medesimo manuale.

Può senz'altro accadere, dunque, che un concorrente ricordi mnemonicamente una formula di stile ovvero un'espressione codicistica o normativa e veda annullato il proprio elaborato, nonostante anche altri aspiranti avvocati ricordino allo stesso modo espressioni che non potrebbero essere diverse per forma e per contenuto.

È evidente, dunque, come il compito di esaminare le prove scritte dei commissari esaminatori sia particolarmente delicato, dovendosi prestare grande attenzione alla sostanziale identità delle prove e, dunque, di alcuni passaggi chiave delle stesse e non – invece – delle mere formule di stile o di tutto quanto possa essere ricordato a memoria dal candidato.

Ne deriva che non sempre la similitudine tra elaborati o l'identità di alcuni elementi siano in grado di denotare la copiatura dello scritto: è questo il caso di un aspirante avvocato partenopeo la quale, giusta domanda di partecipazione all'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense (indetto con d.m. 23 agosto 2016 e pubblicato sulla G.U. n° 70 del 20 settembre 2016), prendeva parte alle prove scritte tenutesi nel successivo dicembre presso la Corte di appello di Napoli.

La correzione degli elaborati avveniva da parte della Corte di appello di Roma e, come di consueto, ad oltre sei mesi di attesa dalla data delle prove scritte, la candidata apprendeva dal sito del Ministero della Giustizia “*concorsi.giustizia.it*” che il proprio compito era stato annullato dalla Commissione d'esame.

L'aspirante avvocato proponeva istanza di accesso onde prendere visione dei propri elaborati e in tale sede apprendeva che la Commissione d'esame aveva proceduto all'annullamento del proprio atto giudiziario in materia civile con la seguente motivazione: «la procura alle liti posta in calce è identica nella stesura a quella redatta da altro candidato nell'elaborato atto

giudiziario in materia civile n° (...)). L'annullamento aveva ad oggetto anche gli altri due elaborati, ovvero i pareri di diritto civile e di diritto penale, i quali recavano la dicitura «Si veda nota redatta in calce all'atto giudiziario in materia civile n (...)).».

Per tale ragione la candidata presentava ulteriore richiesta di accesso amministrativo all'elaborato "atto giudiziario in materia civile" che la Commissione d'esame aveva ritenuto identico – nella procura alle liti – al proprio. L'Amministrazione forniva la documentazione richiesta dall'istante.

Rilevando diverse difformità tra le procure dei due elaborati (procure considerate identiche dalla Commissione d'esame) e ritenendo in ogni caso che la procura alle liti non rappresentasse altro che un formula *standard* utilizzata nella prassi, l'aspirante avvocato indirizzava alla Commissione presso il Ministero della Giustizia per l'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione forense un'istanza di riesame in autotutela affinché, alla luce di tali circostanze, l'Amministrazione: in via principale, riesaminasse il provvedimento della Commissione d'esame provvedendo conseguentemente all'annullamento del medesimo in autotutela e ritenendo conseguentemente valido l'elaborato in materia civile della candidata; in via subordinata, comunicasse alla candidata il nominativo del candidato il cui elaborato risultava identico a quello dell'istante. Ciò al fine di poter esercitare la tutela giurisdizionale, anche con intervento nel giudizio eventualmente promosso dall'altro candidato.

Atteso che l'istanza di riesame restava del tutto inevasa, la candidata proponeva ricorso innanzi al Tar Napoli, per l'annullamento, previa concessione delle misure cautelari, del verbale relativo all'adunanza della Commissione dell'esame di avvocato presso la Corte di appello di Roma, per la parte in cui il medesimo recava la decisione di annullare gli elaborati della ricorrente, nonché di ogni altro atto ad esso preordinato, connesso o consequenziale, ivi compreso l'elenco dei candidati giudicati idonei all'ammissione alla fase delle prove orali ed eventuali provvedimenti di approvazione di detto elenco, sempre nei limiti di interesse della ricorrente.

In particolare, la ricorrente riteneva l'eccesso di potere della P.a. procedente per evidente travisamento dei fatti e, in ogni caso, la palese illogicità della motivazione del provvedimento di annullamento degli elaborati.

Ad avviso della candidata, infatti, la Commissione d'esame aveva errato non solo in quanto aveva ritenuto l'identità delle due procure alle liti degli atti in materia di diritto civile – trattandosi di due procure che presentavano una serie di differenze testuali *ictu oculi* accertabili che, pertanto, non rendevano tali procure identiche – ma anche perché aveva annullato gli elaborati sul presupposto che tale identità fosse indice di copiatura e legittimasse di per sé sola l'annullamento della prova scritta della candidata che non veniva,

per tale ragione, neppure corretta dalla Commissione stessa.

Con particolare riguardo a quest'ultimo aspetto la ricorrente affermava che la procura alle liti non rappresentasse altro che un insieme di formule *standard* ben note a tutti i praticanti avvocati e facilmente rinvenibili nei libri di testo e sul *web*. E invero, con una semplice ricerca *on-line* è facile imbattersi proprio nella procura della ricorrente che, analogamente all'instestazione dell'atto e alle altre formule *standard* che normalmente i candidati imparano a memoria per poi trascrivere pedissequamente, sono presenti nei tanti moduli e formulari sul *web* e nelle note banche-dati di uso comune negli studi legali ovvero in supporti informatici (*cd-rom* ecc.) utilizzati da avvocati e da altri operatori del diritto.

In altre parole l'aspirante avvocato sosteneva che trattandosi di mere formule di stile un'eventuale identità delle stesse, comunque non ricorrente nella specie, non potesse in alcun modo giustificare l'annullamento di una prova di esame di abilitazione precludendo alla candidata stessa il diritto alla relativa correzione.

A conferma di tanto si richiamava l'autorevole giurisprudenza amministrativa in materia, ed in particolare una recente sentenza del Supremo Consesso amministrativo, confortata dalla giurisprudenza di merito, per la quale «la semplice trascrizione di brani» non può essere indice di copiatura (sentenza del Consiglio di Stato n° 5248/2015; nello stesso senso il T.A.R. Lombardia - Milano, sez. III, 12 settembre 2016, n. 1644, che ha chiarito che se il brano asseritamente copiato «non è esattamente identico» alla fonte e tanto meno «punto per punto» non appare giustificato l'annullamento della prova di esame e deve essere disposta l'ammissione alla prova orale).

Pertanto, la ricorrente chiedeva l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, previa sospensione, l'annullamento del provvedimento amministrativo impugnato e la condanna dell'Amministrazione alle spese e alle competenze di giudizio.

In via cautelare, la candidata chiedeva la sospensione dell'efficacia dell'impugnato provvedimento, adducendo: in ordine al *fumus boni iuris*, l'evidente illegittimità del provvedimento impugnato, frutto di una macroscopica svista ovvero di un ragionamento contrastante con principi di carattere logico prima ancora che giuridico; in ordine al *periculum in mora*, la necessità per la ricorrente di poter partecipare alle procedure dell'esame in questione unitamente agli altri candidati, conseguendo, in caso di valutazione positiva degli elaborati e di superamento della prova orale, negli stessi tempi l'abilitazione e dunque l'avvio della professione che risulterebbe diversamente irrimediabilmente pregiudicato, considerato che *medio tempore* e sino alla decisione di merito quest'ultima non avrebbe potuto potremmo essere esercitata.

Il Collegio amministrativo, con ordinanza n°

1590/2017 pubblicata lo scorso 19 ottobre accoglieva in via cautelare il ricorso della candidata.

In particolare il Tar, partendo dal presupposto che «(...) l'identità della procura alle liti con quella di altro candidato non appare idonea a dimostrare la copiatura del tema e, quindi, a giustificare l'annullamento di tutti gli elaborati e la conseguente non ammissione alle prove orali, tenuto conto che, come prospettato da parte ricorrente, consiste in una esposizione di formule di stile standard e dal contenuto quasi fisso e "sacramentale", occorrendo, di contro, al suddetto fine, verificare la presenza o meno di autonome osservazioni del candidato sul tema (cfr. ordinanze Consiglio di Stato, sezione IV, n. 5248 del 25 novembre 2015, TAR Napoli, sezione VIII, n. 1240 del 7 settembre 2017)» e ritenendo la sussistenza nella specie del presupposto del pregiudizio grave e irreparabile richiesto dall'art. 55 c.p.a. per la concessione della misura cautelare invocata, atteso che a causa dell'annullamento degli elaborati i medesimi non erano stati neppure esaminati dalla Commissione esaminatrice, ha ravvisato la necessità di una nuova valutazione delle prove scritte.

Ed invero, il Tar ha disposto la correzione da parte di «(...) una Sottocommissione avente composizione del tutto diversa da quella precedente, con apprestamento di opportune garanzie di anonimato, ossia previa eliminazione di ogni sottolineatura, numero o segno grafico della precedente correzione» «(...) degli elaborati (sempre in forma anonima) di altri dieci candidati alla stessa sessione di esami presso la stessa Corte di Appello di Napoli (e tali elaborati dovranno essere sorteggiati, in pari numero tra quelli di candidati che hanno superato gli scritti e quelli di candidati ritenuti non idonei, a cura del Presidente della Commissione attualmente depositaria degli elaborati, e trasmessi, nella forma anonima come sopra specificata, in uno a quelli oggetto del presente ricorso, alla Commissione presso la Corte di Appello di Roma che dovrà procedere alla rivalutazione) (...)».

In attesa di conoscere la decisione di merito, il provvedimento cautelare appare ben motivato ed espone un principio già richiamato dallo stesso Collegio amministrativo nell'ordinanza del 7 settembre 2017 n° 1240, ove si può leggere che «l'identità della procura alle liti con quella di altro candidato non appare idonea a dimostrare la copiatura del tema e, quindi, a giustificare la non ammissione alle prove orali» tenuto conto che, invero, la procura «consiste in una esposizione di formule di stile standard e dal contenuto quasi fisso e "sacramentale", occorrendo, di contro, al suddetto fine, verificare la presenza o meno di autonome osservazioni del candidato sul tema». In questo caso, del tutto analogo a quello di specie, il ricorso alla giustizia amministrativa accoglieva *in toto* le doglianze tecnico-giuridiche mosse dalla ricorrente già nella fase cautelare della vicenda processuale, riammettendo la candidata alle prove orali.

Con il provvedimento in commento (ordinanza n° 1590/2017), dunque, il Collegio amministrativo ha espresso l'assunto per il quale nessun contributo soggettivo del candidato, liberamente valutabile, viene a cristallizzarsi all'interno della formula concernente la procura alle liti, che non è altro che una costante di identico contenuto e forma all'interno di ogni elaborato relativo ad un atto giudiziario della medesima specie. Analogicamente, si può presumere che tale principio sia applicabile alle altre formule o espressioni *standard* contenute nei pareri o negli atti giudiziari oggetto di esame.

Così facendo, dunque – sebbene il Tar non abbia inteso sconfessare il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa per il quale rientra nel legittimo esercizio della discrezionalità tecnica della Commissione una valutazione esclusivamente numerica sprovvista di qualsivoglia delucidazione in merito al giudizio di idoneità/inidoneità del candidato – il Collegio ha stigmatizzato la prassi delle bocciature fondate esclusivamente su una presunta identità della procura alle liti tra due o più elaborati o di ulteriori formule di carattere *standard*.

Ribadendo quanto già affermato con la precedente ordinanza (n° 1240), pertanto, il Collegio ha ribadito ed avallato una posizione sul punto che rappresenta un *unicum* nel panorama giurisprudenziale italiano e che potrebbe portare la futura giurisprudenza a valutare con una ancora maggiore attenzione i casi di bocciatura "per copiatura" riducendo – se non del tutto eliminando, come sarebbe auspicabile – quei casi di annullamento inspiegabili, perché fondati su valutazioni troppo superficiali, rispetto a presunte copie da altri candidati o dal *web* che non tengono nella giusta considerazione la trascrizione di mere clausole di stile o di espressioni codicistiche/manualistiche *standard*.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA RIFORMA DEL CODICE ANTIMAFIA: IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA IL CONSOLIDAMENTO
DELLO STRUMENTO PREVENTIVO E LE ESIGENZE DI RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA I 236
di Luigi Capriello

NOVITÀ
LEGISLATIVE



Luigi Capriello
Avvocato

La riforma del codice antimafia: il difficile equilibrio tra il consolidamento dello strumento preventivo e le esigenze di razionalizzazione del sistema

abstract

After a long parliamentary process, which lasted almost four years, on 19 November 2017 the law n. 161/2017 came into force, by which the Legislator has introduced numerous and important changes to the discipline of the anti-mafia code, as well as in other areas of the criminal order closely linked to it. The purpose of the measure is to strengthen the preventive tool, often a single barrier against the spread of certain forms of systematic crime, not just the mafia type. Indeed, the legislator also warned of the need to operate an organic rationalization of the system, above all relatively to the phase concerning the management and destination of the seized and confiscated property. However, even if the needs of the criminal policy underlying the Reform Law are evident and acceptable, it translates, to a good view, into an extension (rectius, anticipation) of the threshold of punishment for a further series of crimes, which can not arouse perplexity, especially when considering the multiple critical aspects of the national regulation of prevention measures highlighted by European jurisprudence - most recently with the famous Court of Strasbourg ruling De Tommaso c. Italy - and on which the reform law has not operated any kind of intervention.

keywords

Prevention measures – Anti-mafia code – Prevention procedure – Seizure – Confiscation - Protection of third parties – National Agency of confiscated property.

abstract

Dopo un lungo iter parlamentare, durato quasi quattro anni, il 19 novembre 2017 è entrata in vigore la Legge n. 161/2017. Con cui il Legislatore ha introdotto numerose e importanti modifiche alla disciplina del codice antimafia, nonché in altri ambiti dell'ordinamento penale ad essa strettamente collegati. La finalità del provvedimento è quella di potenziare lo strumento preventivo, spesso unico argine contro il dilagare di determinate forme di criminalità sistematica, non soltanto di tipo mafioso. Il Legislatore ha avvertito, però, anche la necessità di operare un'organica razionalizzazione del sistema, soprattutto con riferimento alla fase relativa alla gestione e alla destinazione dei beni sequestrati e confiscati. Tuttavia, pur essendo evidenti e condivisibili le esigenze di politica criminale sottese alla Legge di riforma, essa si traduce, a ben vedere, in un'estensione (rectius, anticipazione) della soglia della punibilità per una serie ulteriore di reati, che non può non destare perplessità, specie ove si considerino le molteplici criticità della disciplina nazionale delle misure di prevenzione evidenziate dalla giurisprudenza europea – da ultimo con la celebre sentenza della Corte di Strasburgo De Tommaso c. Italia –, su cui la Legge di riforma non ha operato alcun tipo di intervento.

parole chiave

Misure di prevenzione – Codice antimafia – Procedimento di prevenzione – Sequestro – Confisca – Tutela dei terzi – Agenzia nazionale per i beni confiscati.

sommario

Premessa. – **1.** Le misure di prevenzione personali. – **1.1.** L'ampliamento delle categorie soggettive. – **1.2.** La titolarità della proposta e il procedimento di applicazione. – **1.3.** Il regime delle impugnazioni. – **1.4.**

Le modifiche alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. – **2.** Le misure di prevenzione patrimoniali. – **2.1.** L'ampliamento delle categorie soggettive. – **2.2.** La titolarità della proposta e il procedimento di applicazione. – **2.3.** Il sequestro. – **2.4.** La confisca. – **2.5.**

Il regime delle impugnazioni. – 2.6. Le misure patrimoniali diverse dalla confisca. – 3. Amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati. – 4. La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali. – 5. Le modifiche in ordine alle circostanze aggravanti, alle sanzioni e alla documentazione antimafia. – 6. L'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati alla criminalità organizzata. – 7. Le modifiche *extra codicem*. – 8. Le disposizioni di attuazione e transitorie.

Premessa

Il 19 novembre 2017 è entrata in vigore la Legge 17 ottobre 2017, n. 161, recante «Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate».

Si tratta dell'ultimo atto di quel lungo processo di razionalizzazione e giurisdizionalizzazione del sistema delle misure di prevenzione – iniziato con l'entrata in vigore della Costituzione – realizzatosi mediante numerosi interventi del Legislatore, ma soprattutto grazie alle molteplici pronunce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità.

La Legge in esame costituisce il risultato di un lungo e complesso iter parlamentare. La proposta di Legge (Atto Camera n. 1039) è stata presentata alla Camera dei Deputati il 22 maggio 2013 e, nell'ambito dell'ordinario procedimento legislativo, è stata assegnata per la discussione – unitamente ad altre proposte – alla Commissione Giustizia della Camera in sede referente il 21 novembre 2013. L'esame della Commissione si è concluso il 5 novembre 2015 con la stesura di un testo unificato, in cui sono confluite le varie proposte di Legge. La discussione in Assemblea è cominciata il 9 novembre 2015 e si è conclusa con la prima approvazione della Camera il successivo 11 novembre.

Il testo approvato dalla Camera è stato trasmesso, quindi, all'altro ramo del Parlamento in data 16 novembre 2015 (Atto Senato n. 2134) e assegnato alla seconda Commissione permanente (Giustizia) in sede referente il 20 novembre 2015. Nella seduta del 6 luglio 2017 il Senato ha concluso l'esame del provvedimento di riforma del codice antimafia, apportando modifiche al testo licenziato dalla Camera, alla quale il provvedimento è tornato per l'ulteriore esame. Il testo definitivo è stato approvato dalla Camera dei Deputati, senza ulteriori modifiche, il 27 settembre 2017 e, dopo la firma del Capo dello Stato, è divenuto Legge (Legge 17 ottobre 2017, n. 161), pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 4 novembre 2017.

Con il provvedimento in esame – che si compone di 38 articoli, suddivisi in 7 capi – il Legislatore è intervenuto, nuovamente, a “precisare” (*rectius*, raziona-

lizzare) il sistema delle misure di prevenzione delineato nel c.d. codice antimafia (D.lgs. n. 159/2011). Invero, l'intervento legislativo in esame, oltre alle specifiche modifiche in materia di misure di prevenzione, ha inciso in modo significativo anche in altri, seppur collegati, ambiti dell'ordinamento penale¹.

Si tratta, cioè, di una riforma di ampio respiro che, oltre ad interessare molteplici aspetti della disciplina delle misure di prevenzione e del relativo procedimento di applicazione, ha introdotto rilevanti novità anche relativamente ad alcune norme del codice penale e del codice di rito, ad alcune disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, alla disciplina in materia di responsabilità amministrativa da reato degli enti e alla confisca allargata. Con la stessa Legge, inoltre, è stata conferita al Governo (art. 34) la delega all'emanazione di una norma in tema di la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate.

In sintesi, le modifiche più rilevanti introdotte dalla Legge in esame concernono²:

- l'ampliamento dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali agli indiziati del reato di assistenza agli associati e di associazione a delinquere finalizzata a numerosi reati contro la Pubblica Amministrazione;
- la trattazione prioritaria del procedimento di prevenzione patrimoniale;
- il passaggio della competenza per l'adozione delle misure di prevenzione dal Tribunale del capoluogo della provincia al Tribunale del distretto;
- l'istituzione, in sede distrettuale, di sezioni o collegi giudicanti specializzati per le misure di prevenzione;
- l'introduzione di limiti di eccepibilità dell'incompetenza territoriale e della competenza dell'organo proponente la misura;
- le modifiche procedurali alla disciplina delle misure di prevenzione;
- la revisione della disciplina dell'amministrazione giudiziaria;
- la dettagliata disciplina del controllo giudiziario dell'azienda;
- le norme sulla trasparenza nella scelta degli amministratori giudiziari;
- le disposizioni in tema di sgombero e liberazione di immobili sequestrati;
- le forme di sostegno volte a consentire la ripresa delle aziende sequestrate, la loro continuità pro-

¹ Così, ad esempio, l'aumento della pena edittale prevista per il delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* cod. pen.) e le modifiche in tema di confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. 306/1992.

² Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVII Legislatura. Documentazione per l'esame dei progetti di Legge, *Modifiche al Codice antimafia, al codice penale, alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e ad altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate* A.C. 1039 ed abb. B, 22 settembre 2017, p. 1.

- la revisione della disciplina sulla tutela dei terzi di buona fede;
- la riorganizzazione e il potenziamento dell’Agenzia nazionale per i beni confiscati, con competenza nell’amministrazione e destinazione dei beni solo dalla confisca di secondo grado;
- l’estensione della c.d. confisca allargata e la sua assimilazione alla disciplina della confisca di prevenzione antimafia.

1. Le misure di prevenzione personali

Con la novella in esame sono state dettate numerose modifiche in materia di misure di prevenzione personali applicate dall’autorità giudiziaria.

La più importante innovazione è costituita sicuramente dall’ampliamento delle categorie dei soggetti potenzialmente destinatari delle suddette misure (e, conseguentemente, di quelle di carattere patrimoniale). Tuttavia, rilevanti novità sono state introdotte anche con riferimento al procedimento di applicazione – che risulta modificato sotto diversi profili – e alla disciplina relativa alle impugnazioni, in ordine alla quale si prevede, tra le altre cose, la possibilità, non più soltanto per l’interessato, ma anche per il suo difensore, di proporre ricorso in appello e in Cassazione. Infine, il Legislatore è intervenuto anche in tema di decorrenza e cessazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

1.1. L’ampliamento delle categorie soggettive

Difettando di un presupposto applicativo di carattere oggettivo – quale la pregressa commissione di un fatto reato –, l’applicazione delle misure di prevenzione personali si giustifica unicamente per la sussistenza di un presupposto di tipo soggettivo³, cioè la pericolosità sociale del proposto.

Una analisi del sistema della prevenzione personale consente di distinguere tra due diverse fattispecie di pericolosità: le ipotesi di “*pericolosità comune*”, o “*generica*”, e quelle di “*pericolosità qualificata*”. In altri termini, il codice antimafia ha mantenuto la tradizionale bipartizione normativa tra soggetti pericolosi “semplici” – prima ricompresi nella Legge 27 dicembre 1956, n. 1423 – e pericolosi “qualificati”, la cui analisi era contenuta nella Legge 31 maggio 1965, n. 575, e ha distinto le due macro-categorie di pericolosità sociale disciplinandole, rispettivamente, agli articoli 1 e 4.

La novella del 2017, integrando l’elenco previsto

dall’art. 4 D.lgs. n. 159/2011, ha ampliato (art. 1) il novero dei soggetti qualificatamente pericolosi, nei confronti dei quali l’autorità giudiziaria può disporre l’applicazione di una misura di prevenzione personale (e, conseguentemente, l’applicazione delle misure di carattere patrimoniale disciplinate dagli articoli successivi del codice antimafia).

La prima delle nuove categorie previste dalla novella legislativa è costituita dai soggetti indiziati del reato di assistenza agli associati *ex art.* 418 cod. pen., ovvero coloro che danno rifugio o forniscono vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione ad un appartenente ad un’associazione a delinquere.

Sul punto, atteso che la suddetta disposizione trova applicazione, sia con riferimento alle ipotesi di associazione semplice, che con riguardo a quelle di associazione qualificata, vien da chiedersi in quali casi l’assistenza al partecipe consenta di disporre l’applicazione di una misura di prevenzione. La risposta corretta, suggerita dalla stessa collocazione sistematica della nuova previsione normativa (art. 4 lett. b) D.lgs. n. 159/2011), sembra essere quella secondo la quale la consumazione del delitto di cui all’art. 418 cod. pen. può comportare l’applicazione di una misura patrimoniale laddove l’assistito faccia parte di una associazione a delinquere qualificata (*ex art.* 416, commi 6 e 7, ovvero finalizzata alla commissione dei delitti di cui agli artt. 473, 474, 600, 601, 602, 630 cod. pen., 12-*quinquies* D.L. 8 giugno 1992, n. 306), nonché di una associazione di stampo mafioso *ex art.* 416-*bis* (anche se nella forma “limitata” del concorso esterno) e dell’associazione finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309).

Del resto, pur a voler affermare il contrario – e, cioè, che la misura di prevenzione possa applicarsi anche nei confronti del soggetto che ha fornito assistenza al partecipe di una associazione non qualificata – si finirebbe per sostenere il paradosso dell’applicabilità della suddetta misura all’assistente, ma non all’assistito (in quanto quest’ultima figura non è ricompresa nel novero dei soggetti elencati dall’art. 4 D.lgs. n. 159/2011).

In conclusione, la nuova previsione normativa risulta, evidentemente, emblematica della sempre maggiore importanza che lo strumento preventivo assume nelle mutevoli strategie di lotta alla criminalità organizzata.

In sostanza, con la previsione in esame il Legislatore sembra aver preso coscienza del fatto che un’efficace azione preventiva non può più limitarsi all’applicazione di tali misure nei confronti dei soggetti che stabilmente “prendono parte” all’associazione di stampo mafioso (alla quale, quindi, sono legati dalla c.d. *affectio societatis*) e della, tutt’ora, controversa figura dei “concorrenti esterni”. È, invece, necessario colpire, non solo ogni forma di manifestazione del crimine organizzato, ma altresì quelle condotte di mera age-

³ A differenza delle misure di prevenzione personali, fondate unicamente sulla sussistenza di presupposti di carattere soggettivo, l’applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali richiede la contestuale ricorrenza di un presupposto di tipo soggettivo (costituito, pur sempre, dalla pericolosità per la sicurezza pubblica del proposto) e di elementi di carattere oggettivo, costituiti dalla disponibilità, diretta o indiretta, dei beni in capo al soggetto prevenuto e dalla natura illecita dei beni.

volazione che, seppur attuate da soggetti estranei alla compagine associativa, risultino pur sempre funzionali alla sussistenza e sopravvivenza dell'associazione stessa.

L'art. 1 lettera b) della Legge di riforma ha sostituito, poi, integralmente la lettera d) dell'art. 4 D.lgs. n. 159/2011. Invero, il Legislatore non ha totalmente riscritto la precedente disposizione normativa, ma si è limitato ad apportare ad essa soltanto due integrazioni, peraltro di rilevanza piuttosto limitata (rispetto, ovviamente, alle altre innovazioni contenute nella Legge di riforma).

Innanzitutto, ai sensi del nuovo art. 4 D.lgs. n. 159/2011, le misure di prevenzione giudiziali possono applicarsi anche «agli indiziati di uno dei reati di cui all'articolo 51, comma 3-*quater* del codice di procedura penale», cioè dei delitti, consumati o tentati, con finalità di terrorismo. A ben vedere, l'introduzione di questa categoria soggettiva – in quanto parzialmente sovrapponibile a quella già prevista dalla precedente formulazione della stessa lettera d), art. 4 D.lgs. n. 159/2011 («coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, (...) diretti alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale») – non risulta particolarmente innovativa nel panorama normativo delle misure di prevenzione. L'unico aspetto di novità è costituito dalla circostanza che è ora possibile disporre l'applicazione delle misure in esame nei confronti dei soggetti indiziati dei delitti consumati, e quindi non più solo tentati, con finalità di terrorismo. Maggiormente rilevante è la seconda delle due modifiche apportate alla disposizione di cui all'art. 4, lett. d) del codice antimafia, con la quale la novella del 2017 ha ampliato le ipotesi in cui è possibile disporre l'applicazione delle misure in esame nei confronti delle categorie soggettive già precedentemente ivi indicate.

Ferma restando l'assoggettabilità alle misure di prevenzione di «coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti» diretti alla sovversione dell'ordinamento dello Stato, ovvero alla commissione di uno dei delitti indicati dalla stessa norma, con la nuova previsione normativa si estende la rilevanza preventiva della condotta tentata in genere, al punto da ricomprendere non più soltanto gli atti meramente preparatori (seppur obiettivamente rilevanti), ma anche i veri e propri atti esecutivi, tipici, appunto, della fattispecie tentata (art. 56 cod. pen.).

Analoga estensione dell'efficacia preventiva in ordine alla condotta tentata si è registrata anche con riferimento alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della Legge n. 645 del 1952 (art. 4, lett. f) codice antimafia).

Particolarmente rilevante è, poi, la previsione (art. 1, lett. d) Legge n. 161/2017) di due ulteriori categorie di soggetti destinatari delle misure di prevenzione giudiziali. Tali categorie – attualmente indicate dalle

lettere *i-bis*) e *i-ter*) dell'articolo 4 del codice antimafia – sono costituite, rispettivamente, dagli indiziati del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640-bis* cod. pen. e di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di numerosi reati contro la Pubblica Amministrazione⁴ (nuova lett. *i-bis*) art. 4) e dai soggetti indiziati del delitto di atti persecutori (c.d. *stalking*) *ex art. 612-bis* cod. pen. (nuova lett. *i-ter*) dell'art. 4).

In particolare, ai sensi della nuova lett. *i-bis*), le misure in esame si applicano «ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-*bis*⁵ o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* del medesimo codice»⁶. In buona sostanza, con tale previsione si estende l'intervento preventivo a tutela della pubblica sicurezza anche nei confronti dei partecipanti ad un sodalizio criminale finalizzato alla commissione di alcuni delitti contro la Pubblica Amministrazione (peculato, concussione corruzione, malversazione, ecc.); ad eccezione del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, che assume rilevanza ai fini preventivi anche se non commesso in un contesto associativo.

Invero, in questo caso il Legislatore, più che introdurre delle vere e proprie innovazioni, si è limitato a positivizzare i principi di diritto sanciti dalla Corte di Cassazione in materia di applicazione delle misure di prevenzione alla criminalità dei c.d. colletti bianchi. La giurisprudenza di legittimità, utilizzando le categorie più generiche ed indefinite – per l'assenza di una espressa indicazione della tipologia di attività delittuosa – tra quelle indicate nel codice antimafia (artt. 1, lett. c) e 4, lett. c) D.lgs. n. 159/2011), ha, già in passato, affermato la possibilità di applicare le misure in esame – sempre che emerga l'abitualità delle condotte⁷

⁴ La versione definitiva della Legge di riforma, diversamente dal testo approvato in prima lettura dalla Camera, costituisce il risultato degli emendamenti del Senato, in forza dei quali l'applicazione delle disposizioni prevenzionali in materia di reati contro la P.A. viene "limitata" ai casi in cui questi siano commessi in forma associativa *ex art. 416* cod. pen., e non individuale. Ovviamente, è fatta salva la possibilità di colpire con misure di prevenzione fenomeni di c.d. corruzione seriale o abituale, previa sussunzione degli stessi nelle fattispecie di c.d. pericolosità generica di cui all'art. 1 del codice antimafia.

⁵ Reato per il quale lo stesso intervento legislativo ha modificato, aumentandola, la cornice edittale della pena detentiva (*le parole: «da uno a sei anni» sono sostituite dalle seguenti: «da due a sette anni»*).

⁶ Alla luce della espressa previsione legislativa, anche il corruttore (art. 321 cod. pen.) – pur sempre nell'ambito di un contesto associativo finalizzato alla commissione dei suddetti reati – diventa un possibile destinatario delle misure di prevenzione personali in relazione alle fattispecie delittuose di cui agli artt. 318 e 319 cod. pen.

⁷ MENDITTO F., *Novità in materia di misure di prevenzione*, voce de *Il libro dell'anno del diritto 2017 Treccani*, Roma, 2017.

– nei confronti dei soggetti socialmente pericolosi non espressamente indicati dal Legislatore, indipendentemente dall'attività delittuosa con cui viene manifestata la pericolosità⁸.

Infine, la novella del 2017 ha, esteso l'applicabilità delle misure in esame anche ai soggetti indiziati di *stalking* ex art. 612-bis cod. pen. (lett. i-ter), per i quali, in realtà, è già prevista in via preventiva l'applicazione di provvedimenti di pubblica sicurezza in presenza anche di una sola denuncia (l'ammonizione del Questore disciplinato dalla Legge n. 38/2009 o quello esteso anche alle ipotesi di "violenza domestica" dal D.L. n. 93/2013).

Invero, anche in questo caso la previsione legislativa non costituisce una vera e propria novità, essendo l'applicazione delle misure di prevenzione in materia di atti persecutori – e segnatamente la sorveglianza speciale con divieto di soggiorno nei luoghi frequentati dalla vittima – prassi ormai consolidata del c.d. diritto vivente. In ogni caso, la *ratio* dell'intervento in termini di prevenzione in materia di *stalking* è costituita dalla necessità di garantire adeguati mezzi di tutela contro particolari forme di pericolosità c.d. mirata, ovvero non orientata nei confronti della collettività, ma piuttosto diretta verso una vittima specifica, già colpita da condotte di violenza abituale. Tali esigenze hanno indotto la giurisprudenza di merito⁹ a porre un argine di natura preventiva a tutte quelle condotte delittuose particolarmente insidiose per la vittima, come i reati di violenza domestica o comunque consumati nell'ambito di strette relazioni personali (tra cui, appunto, lo *stalking*), «con una evidente funzionalizzazione dell'intervento alla salvaguardia dell'incolumità di una persona determinata»¹⁰.

Ciò nonostante, l'intervento legislativo in esame presenta diversi vantaggi, tra cui quello di predisporre strumenti più efficaci e di più rapida applicazione, al fine di impedire che le condotte tipiche del delitto di atti persecutori degenerino in comportamenti più gravi e pericolosi per l'incolumità della vittima, nonché per la pubblica sicurezza in genere.

Non può, tuttavia, omettersi di evidenziare come proprio l'introduzione di tale categoria soggettiva costituisca l'esempio emblematico della sempre maggiore autonomia che caratterizza le scelte della politica criminale preventiva rispetto ai principi regolatori del diritto penale classico. Nel nostro ordinamento la tutela di carattere preventivo – nonostante le critiche provenienti dalla giurisprudenza europea – sta pro-

gressivamente assumendo una vera e propria posizione di supremazia rispetto alle forme di tutela *stricto sensu* repressive, con conseguenti, inevitabili, frizioni con le garanzie Costituzionali inerenti la difesa, prima tra tutte la presunzione di innocenza ex art. 27, comma 2, Cost.

Se è vero, infatti, che nelle ipotesi di atti persecutori disciplinate ai commi 1 e 2 dell'art. 612-bis cod. pen. la persecuzione del colpevole è rimessa alla libera scelta del privato – che può manifestare la relativa volontà mediante apposito atto di querela – è altrettanto vero che il difetto di tale condizione, mentre da un lato non consente di procedere all'accertamento processuale del fatto e alla conseguente punizione del colpevole, dall'altro non sembra sufficiente a escludere l'applicazione di una misura di prevenzione personale.

In conclusione, i vantaggi che da tale disciplina derivano per la delicata condizione della vittima sono evidenti, nonché numerosi, ma altrettanto evidente è l'indebita compressione dei diritti e delle garanzie del proposto.

1.2. La titolarità della proposta e il procedimento di applicazione

La Legge n. 161/2017 è intervenuta anche in tema di procedura applicativa delle misure di prevenzione personali, apportando – sotto diversi profili – modifiche di particolare rilievo alla relativa disciplina (Capo II, Sezione I del codice antimafia).

Alla luce delle modifiche apportate dall'art. 2 della Legge di riforma, il procedimento di prevenzione risulta ridefinito nei termini che seguono.

È rimasta immutata la disposizione di cui all'art. 5 del codice antimafia, in virtù della quale l'applicazione di una misura di prevenzione personale nei confronti dei soggetti di cui all'art. 4 del suddetto codice può essere proposta «dal questore, dal procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo¹¹, dal procuratore della Re-

¹¹ Invero, la previsione originaria di cui all'art. 5. D.lgs. n. 159/2011 non comprendeva nel novero dei soggetti titolari della proposta anche il Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. Quest'ultimo vi è stato inserito soltanto di recente, con il Decreto Legge 18 febbraio 2015, n. 7 (convertito in Legge 17 aprile 2015, n. 43), allorquando gli attacchi terroristici verificatisi, negli ultimi anni, in Europa e nel resto del mondo e il conseguente incremento della minaccia terroristica di matrice *jihadista* hanno fatto avvertire, sempre più forte, l'esigenza di predisporre un sistema di tutela e di intervento di tipo preventivo.

Parallelamente, con lo stesso decreto, è stata modificata la fattispecie di "pericolosità" prevista dall'art. 4, comma 1, lett. d) del decreto 159/2011, che adesso include anche coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a «prendere parte a un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'art. 270 sexies del codice penale». Tutto ciò, al fine di contrastare il fenomeno dei *foreign fighters*, cioè quei soggetti che, senza essere cittadini o residenti, si recano in paesi dove agiscono sodalizi terroristici a vocazione internazionale per combattere al loro fianco, ovvero

⁸ Tribunale di Roma – Sezione Misure di prevenzione – decreto 3 aprile 2017, n. 30; decreto del 12 maggio 2014.

⁹ Tribunale di Palermo, Sez. I – misure di prevenzione, decreto dell'1 giugno 2017, n. 62.

¹⁰ S. RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza "De Tommaso V. Italia" (e confermata dalle Sezioni Unite "Paternò"*, in *Dir. Pen. Cont.*, fasc. 10/2017, 129-162.

pubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona e dal direttore della Direzione investigativa antimafia».

L'art. 2, comma 1, lett. a) della novella, intervenendo sull'art. 5, comma 2, D.lgs. n. 159/2011, ha ridefinito, sotto un duplice aspetto, la sfera di competenza del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale nel cui circondario dimora la persona.

In primo luogo, mentre in virtù della previgente disciplina il potere di iniziativa di quest'ultimo era limitato alle sole ipotesi di cui alle lettere c) e i) dell'art. 4 del codice antimafia, con la nuova formulazione della norma l'atto di impulso del procedimento di prevenzione può essere adottato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale nel cui circondario dimora la persona anche nei confronti dei soggetti di cui alle due nuove categorie introdotte dalla stessa novella (art. 4, lett. i-bis) e i-ter) D.lgs. n. 159/2011). A tutti gli effetti, quindi, con la Legge di riforma in esame si è registrata un'estensione *ratione materiae* della competenza attribuita al suddetto Procuratore.

In secondo luogo, all'estensione materiale della suddetta titolarità di proposta, si contrappone un'apparente ridimensionamento funzionale della stessa, in quanto nei casi elencati dal nuovo art. 5, comma 2, la competenza è attribuita, oltre che al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto, «anche» al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale nel cui circondario dimora la persona. In altri termini, sembrerebbe che con la nuova formulazione normativa si sia passato da una competenza di tipo esclusivo ad una di tipo concorrente. A ben vedere, si tratta, invece, di una mera precisazione normativa, atteso che anche alla luce della previgente disposizione il potere di iniziativa era attribuito in maniera concorrente.

Tale competenza concorrente spiega la ragione della precisazione introdotta dalla novella secondo cui «le funzioni e le competenze spettanti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto sono attribuite anche al procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario dimora la persona previo coordinamento con il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto».

Non si tratta, cioè, di un mero onere di comunicazione tra i diversi uffici, ma di un vero e proprio obbligo, previsto dal Legislatore, di individuare un comune piano di azione. Tale coordinamento, in effetti, si rivela necessario per diversi ordini di ragioni. In primo luogo, per impedire eventuali duplicazioni di proposte; in secondo luogo, per tutelare il corretto svolgimento delle indagini che, evidentemente, potrebbero essere compromesse da un difetto di comunicazione tra i due uffici; infine, la suddetta previsione normativa si pone

per commettere azioni terroristiche.

in logica continuazione con la disposizione di cui al novellato art. 5, comma 4, che radica la competenza a decidere sulla proposta di applicazione in capo al del Tribunale del capoluogo del distretto, o meglio alla sezione o collegio specializzato per le misure di prevenzione, da istituire ai sensi dell'art. 7-bis, comma 2-sexies, regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario), come introdotto dall'art. 33 della Legge di riforma. La novella, inoltre, ha espressamente mantenuto al competenza speciale anche per i Tribunali di Trapani e Santa Maria Capua Vetere (art. 2, comma 1, lett. a) testo di riforma)¹². In particolare, ai sensi dell'art. 5, comma 4 – interamente riscritto dalla novella – la proposta di applicazione della misura deve essere depositata presso la cancelleria delle suddette sezioni o collegi.

Quanto, invece, alla competenza per territorio restano fermi i principi individuati dalla giurisprudenza di legittimità, in virtù dei quali la stessa «si radica – in stretta correlazione con il criterio dell'attualità della pericolosità sociale – nel luogo in cui, al momento della proposta o, ad essere più precisi, in quello della decisione, la pericolosità si manifesti; e, nell'ipotesi in cui plurime siano le manifestazioni del tipo in esame e si verificano, poi, in luoghi diversi, là dove le condotte di tipo qualificato appaiano di maggiore spessore e rilevanza»¹³.

Il comma 2 dell'art. 2 L. n. 161/2017 è intervenuto, poi, in riforma dell'art. 6 del codice antimafia. Sebbene il Legislatore abbia completamente riscritto la suddetta norma, le novità introdotte risultano, in realtà, piuttosto marginali, limitandosi ad estendere l'applicabilità del divieto di soggiorno, quale eventuale modalità di esecuzione della sorveglianza speciale, («in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale, o») in una o più regioni, anziché in una o più province come previsto dalla disciplina previgente.

A bene vedere, non si tratta di una vera e propria innovazione, quanto piuttosto di un passaggio costretto del Legislatore, volto ad impedire che la legislazione antimafia risultasse anacronistica rispetto all'attuale scenario degli Enti locali territoriali, mutato in seguito all'abolizione delle province e la conseguente istituzione delle Città Metropolitane, disposte con la Legge 7 aprile 2014, n. 56, c.d. Legge Delrio. Ne consegue, comunque, una maggiore afflittività del provvedimento, dovuta alla maggiore estensione dei confini territoriali di riferimento.

Maggiormente rilevanti sono le modifiche appor-

¹² SCHIATTONE P., *Il nuovo codice antimafia, guida operativa alla riforma del Codice antimafia* (L. 17 ottobre 2017, n. 161), La Tribuna, 2017, p. 14.

¹³ Cass. Sez. V, n. 9350 del 25 ottobre 2012, Albamonte e altro, Rv. 255204; *ex multis*, Cass. Sez. U, n. 33451 del 29 maggio 2014, Repaci e altri, Rv. 260245; Cass. Sez. I, n. 45380 del 7 luglio 2015, Confl. comp. in proc. La Rosa, Rv. 265255.

tate dalla Legge di riforma (art. 2, comma 3) in ordine al procedimento applicativo in senso stretto (art. 7 D.lgs. n. 159/2011) che, in virtù del richiamo operato dal comma 9, si svolge con le forme, in quanto compatibili, del procedimento di esecuzione di cui all'art. 666 del codice di rito (compresa la possibile dichiarazione *de plano* dell'inammissibilità della proposta)¹⁴.

Fermo restando lo svolgimento del processo nelle forme di cui all'art. 127 cod. proc. pen. (con la possibilità per l'interessato di chiedere che si proceda in pubblica udienza)¹⁵, la nuova formulazione normativa

¹⁴ Cass. Sez. V, n. 5278 del 26 novembre 2013, P.M. in proc. Iadanza, Rv. 259959.

¹⁵ In particolare, la disciplina del procedimento in esame ha posto, di recente, un problema di compatibilità con i principi costituzionali e con quelli sanciti nella CEDU, in quanto gli artt. art. 4 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 e 2-ter della l. 31 maggio 1965, n. 575 non consentivano che la procedura per l'applicazione di una misura di prevenzione si svolgesse, su richiesta delle parti, in forma pubblica. Tali norme, quindi, si ponevano in contrasto con il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari, sancito dall'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio con specifico riferimento al procedimento in esame (C. EDU, 13 novembre 2007, nella causa *Bocellari e Rizza contro Italia*; 8 luglio 2008, nella causa *Pierre ed altri contro Italia*; 5 gennaio 2010, nella causa *Buongiorno contro Italia*; da ultimo, importantissima, Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio nella causa *De Tommaso contro Italia*).

I principi affermati dalla Corte di Strasburgo hanno trovato riscontro nella giurisprudenza della Corte costituzionale. La Consulta, con la sentenza del 12 marzo 2010 n. 93, ha dichiarato costituzionalmente illegittime – per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. – le disposizioni regolative del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione (art. 4 della Legge 27 dicembre 1956, n. 1423, recante «*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*», e art. 2-ter della Legge 31 maggio 1965, n. 575, recante «*Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere*») nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, le procedure stesse si svolgano nelle forme dell'udienza pubblica, quanto ai gradi di merito. In altri termini, con la sentenza in discorso, la Corte costituzionale, al fine di garantire la conformità del nostro ordinamento alla Convenzione EDU (come interpretata dalla Corte EDU a partire dalla sentenza 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza contro Italia*), ha riconosciuto, nell'ambito del procedimento di prevenzione, il diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai Tribunali (giudici di prima istanza) ed alle Corti di appello (giudici di seconda istanza, ma competenti al riesame anche delle questioni di fatto, se non addirittura essi stessi all'assunzione o riassunzione di prove).

Successivamente, i suddetti principi sono stati ribaditi con la sentenza del 25 gennaio 2011, n. 80 con la quale la Corte, tuttavia, ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento al difetto di pubblicità del giudizio di cassazione in materia, appunto, di misure di prevenzione. In particolare, in tale occasione la Consulta ha precisato che «la valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza [...], si apprezza [...] in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre

fornisce maggiori indicazioni in ordine al *dies a quo* dal quale inizia a decorrere il termine, ordinatorio, di trenta giorni (previsto anche dalla previgente disciplina) entro il quale deve concludersi il procedimento con il decreto del Tribunale. Mentre il vecchio testo della norma si limitava ad indicare genericamente la "proposta", la novella ha chiarito che non occorre fare riferimento al momento genetico della stessa, bensì al momento in cui viene depositata presso la cancelleria delle sezioni o dei collegi del Tribunale del capoluogo del distretto. Una modifica di marginale rilevanza, quindi, che conferma, tuttavia, le esigenze di celerità nella definizione del procedimento di prevenzione, in sintonia, del resto, con la stessa *ratio* dell'istituto.

Depositata la proposta presso le competenti cancellerie, il presidente fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso – comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data di udienza – alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori (se l'interessato è privo di difensore, l'avviso è dato a quello di ufficio), contenente la concisa esposizione dei contenuti della proposta (art. 5, comma 2, D.lgs. n. 159/2011).

Rispetto alla previgente disciplina il dettato normativo di cui alla suddetta disposizione è stato modificato unicamente in ordine alla circostanza per cui oggi, per espressa previsione legislativa, l'avviso deve contenere la concisa esposizione dei contenuti della proposta.

Semberebbe, *prima facie*, una modifica di marginale rilevanza, ma che in realtà incide, definendola, sulla natura stessa dell'atto. In passato, infatti, in assenza di precise indicazioni del Legislatore, si è a lungo discusso in ordine alla funzione – di mera *vocatio in iudicium*, ovvero, altresì, di atto di contestazione al proposto dell'accusa formulata dal proponente – dell'invito a comparire (successivamente divenuto avviso) di cui all'art. 4, comma 5, Legge n. 1423/1956. La questione è stata quindi rimessa, come sovente accade, all'interpretazione degli operatori del diritto. La soluzione – condivisa anche dalla dottrina¹⁶ e dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷ – è stata offerta da

si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

In sostanza, il giudice delle leggi ritiene che l'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione – per effetto della sentenza n. 93 del 2010 – del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai giudici di merito è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla CEDU, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione. Infine, il principio in esame è attecchito anche in seno alla giurisprudenza di legittimità (Cass. Sez. VI, n. 37659 del 18 giugno 2014, Cappello e altro, Rv. 260342).

In conclusione, alla luce delle elaborazioni della giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, l'omesso svolgimento in udienza pubblica, a fronte di espressa richiesta dell'interessato o del suo difensore, costituisce, oggi, motivo di nullità.

¹⁶ DOMINIONI O., *Prevenzione criminale e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1968, pag. 804 e ss.

¹⁷ Cass. Sez. I, n. 3643 del 28 ottobre 1987, Moroni, Rv. 177019; da ultimo, Cass. Sez. I, n. 51843 del 14 novembre 2014, Santa-

alcune pronunce interpretative di rigetto della Corte costituzionale, con cui si è stabilito che l'invito a comparire deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione non solo della misura di cui si chiede l'applicazione, ma anche della forma di pericolosità contestata. Attesa, quindi, tale natura dell'avviso di cui all'art. 7, comma 2, del codice antimafia, ne consegue che anche nel procedimento di prevenzione deve essere osservato il principio di correlazione tra accusa e decisione di cui all'art. 521 del codice di rito. Tale principio, tuttavia, non impedisce di ritenere, con riferimento a elementi di fatto sulla base dei quali l'interessato abbia avuto modo di difendersi, la pericolosità generica in luogo di quella qualificata originariamente ipotizzata¹⁸.

Fissata la data di udienza, eventuali memorie possono essere depositate dalle parti in cancelleria fino a cinque giorni prima di tale data. «L'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero. Gli altri destinatari dell'avviso sono sentiti se compaiono. Se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, la partecipazione all'udienza è assicurata a distanza mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'articolo 146-bis, commi 3, 4, 5, 6 e 7, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, salvo che il collegio ritenga necessaria la presenza della parte» (art. 2, comma 3, lett.b) Legge n. 161/2017).

Con tale disposizione il Legislatore di riforma ha integralmente sostituito la disposizione di cui al previgente art. 7, comma 4, D.lgs. n. 159/2011, apportando modifiche di non poco conto quanto ai casi e alle modalità di partecipazione all'udienza da parte dell'interessato detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice.

Prima dell'entrata in vigore della novella, infatti, la partecipazione all'udienza dell'interessato detenuto che ne avesse fatto richiesta avveniva con una modalità piuttosto anomala, nonché di dubbia compatibilità con i principi costituzionali in materia di giusto processo e diritto di difesa, consistente nell'audizione *in loco* (di detenzione) dello stesso da parte del Magistrato di sorveglianza. L'ascolto diretto da parte del giudice del procedimento di prevenzione poteva avvenire, mediante collegamento audiovisivo, soltanto in caso di disponibilità di strumenti idonei a tal fine. In altri termini, la normativa previgente non disciplinava l'ipotesi della mera partecipazione del proposto all'udienza, considerata soltanto quale automatica conseguenza della richiesta di quest'ultimo di essere sentito.

relli, Rv. 261608.

¹⁸ Cass. Sez. I, n. 32032 del 10 giugno 2013, De Angelis, Rv. 256451; Cass. Sez. II, n. 28638 del 6 marzo 2008, Bardellino e altri, Rv. 240611; Cass. Sez. I, n. 25701 del 28 giugno 2006, Arena, Rv. 234847.

Alla luce delle modifiche introdotte, risulta evidente come il Legislatore abbia inteso garantire all'interessato il diritto alla mera partecipazione all'udienza, eliminando la modalità di partecipazione mediante l'interrogatorio da parte del magistrato di sorveglianza e predisponendo quale modalità principale quella del collegamento audiovisivo.

Infine, il Legislatore indica due casi in cui può derogarsi alla partecipazione a distanza: la necessaria presenza (fisica) della parte, il cui accertamento è rimesso alla valutazione del giudice; l'indisponibilità di idonei strumenti di collegamento.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 7, comma 6, «ove l'interessato non intervenga e occorra la sua presenza per essere sentito, il presidente lo invita a comparire, avvisandolo che avrà la facoltà di non rispondere». Il tenore di tale disposizione è profondamente diverso rispetto a quello della norma previgente che, in luogo dell'avviso della facoltà di non rispondere, prevedeva la possibilità per il giudice, in caso di mancato ottemperamento all'invito a presentarsi, di disporre l'accompagnamento coattivo dell'interessato. In sostanza, con la recente riforma non è più consentito sentire l'interessato in assenza di suo esplicito consenso.

Ancora, quanto alla partecipazione al procedimento di prevenzione, la novella ha integrato la previsione di cui all'art. 7, comma 5, prescrivendo il rinvio dell'udienza in caso di legittimo impedimento, non più soltanto dell'interessato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice, ma anche del difensore. In tal modo, si è esteso anche al procedimento in esame il principio regolatore di tutti i procedimenti che si svolgono nella forma camerale a partecipazione necessaria.

Ai sensi del neo introdotto comma 4-bis dell'art. 7, dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti, il Tribunale ammette le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla Legge o superflue. Con tale previsione, il Legislatore ha confermato la possibilità, già affermata dal diritto vivente, di svolgere una vera e propria fase istruttoria del procedimento di prevenzione, anche mediante l'audizione di persone informate sui fatti.

Stante, dunque, l'espreso richiamo all'art. 666 cod. proc. pen., l'attuale giudizio di prevenzione – tanto personale quanto patrimoniale – si svolge (*rectius*, continua a svolgersi), secondo le regole del procedimento in camera di consiglio, con l'intervento del pubblico ministero e dell'interessato, ed osservando, in quanto applicabili, le disposizioni dettate dal codice di procedura penale per il procedimento di esecuzione.

Ne consegue, quindi, che, laddove occorra assumere prove, ai sensi dell'art. 666, comma 5, cod. proc. pen. bisogna procedere in udienza nel rispetto del contraddittorio. In applicazione dell'art. 185

delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 (nuovo art. 7, comma 8, D.lgs. n. 159/2011) a tale assunzione potrebbe procedersi, «senza particolari formalità», anche relativamente all'esame di testimoni e all'espletamento di perizia; evenienza eccezionale la prima e frequente la seconda nel diritto vivente dei procedimenti di prevenzione patrimoniale.

In particolare, qualora il Tribunale debba procedere all'audizione dei soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento, il presidente del collegio può disporre l'esame a distanza nei casi e nei modi indicati dall'articolo 147-*bis*, comma 2, disp. att. cod. proc. pen.

Da ultimo, quanto al procedimento di applicazione, la novella (art. 2, comma 3, lett. f) ha introdotto all'art. 7 del codice antimafia i nuovi commi da 10-*bis* a 10-*octies*, recanti importanti novità.

Innanzitutto, viene definito il regime delle questioni di competenza territoriale del Tribunale e funzionale del Procuratore. In dettaglio, le questioni concernenti la competenza per territorio devono essere rilevate o eccepite, a pena di decadenza, alla prima udienza e comunque subito dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti e il Tribunale le decide immediatamente (comma 10-*bis*). Il Tribunale, se ritiene la propria incompetenza, la dichiara con decreto e ordina la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente; la declaratoria di incompetenza non produce l'inefficacia degli elementi già acquisiti (comma 10-*ter*). Inoltre, sempre in virtù del nuovo comma 10-*ter*, le disposizioni del comma 10-*bis* si applicano anche qualora la proposta sia stata avanzata dai soggetti non legittimati ai sensi dell'articolo 5 (incompetenza funzionale).

L'elevata carica innovativa di tale disposizione si coglie in tutta la sua portata, laddove si consideri che secondo l'orientamento nomofilattico precedente alla riforma «nel procedimento di prevenzione la questione relativa all'incompetenza territoriale del giudice è correlata, diversamente che nel procedimento di cognizione, al “genus” dell'incompetenza funzionale dell'organo proponente e, di conseguenza, essendo essa stessa di natura funzionale e inderogabile, è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, mancando nella disciplina speciale una preclusione temporale»¹⁹. Con la disciplina dettata dal Legislatore di riforma le questioni concernenti la competenza devono essere, a pena di decadenza, rilevate d'ufficio o eccepite dalle parti entro le fasi preliminari della prima udienza.

Il decreto dichiarativo di incompetenza – sia terri-

toriale del Tribunale che funzionale dell'organo proponente – travolge l'efficacia del sequestro eventualmente disposto se, entro venti giorni dal deposito del decreto, il Tribunale competente non provvede ai sensi dell'articolo 20 del codice antimafia. Nel caso in cui, invece, il giudice competente emetta un nuovo provvedimento di sequestro, dalla data di emissione del provvedimento comincerà a decorre *ex novo* il termine previsto dall'articolo 24, comma 2, D.lgs. n. 159/2011, entro il quale, pena l'inefficacia del sequestro, il Tribunale deve depositare il decreto che pronuncia la confisca (comma 10-*quater*).

Gli ultimi commi introdotti disciplinano la fase conclusiva del procedimento, stabilendo che con il decreto di accoglimento, anche parziale, della proposta il prevenuto è condannato al pagamento delle spese processuali (comma 10-*quinquies*).

Il deposito delle motivazioni deve avvenire entro il termine, ordinario, di quindici giorni. Tuttavia, nei casi in cui rimuovere la stesura della motivazione risulti particolarmente complessa, il Tribunale, dopo le conclusioni delle parti, può indicare un termine più lungo, comunque non superiore a novanta giorni (commi 10-*sexies* e 10-*septies*).

Con l'ultimo comma (10-*octies*) il Legislatore ha esteso al decreto di prevenzione la disciplina relativa alle modalità di redazione non immediata della motivazione della sentenza di cui all'articolo 154 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271.

Infine, il provvedimento conclusivo del procedimento deve essere comunicato al Procuratore della Repubblica, al Procuratore Generale presso la Corte di appello ed all'interessato (così come già previsto dalla previgente disciplina), nonché al suo difensore (art. 2, comma 4, lett. b) Legge di riforma).

1.3. Il regime delle impugnazioni

La Legge di riforma n. 161/2017 ha introdotto rilevanti innovazioni anche in ordine alla disciplina della fase di impugnazione del decreto di prevenzione (art. 10 codice antimafia).

Innanzitutto, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a) il potere di impugnazione è attribuito non più soltanto all'interessato (oltre che al Procuratore della Repubblica e al Procuratore Generale presso la Corte di appello), ma anche al suo difensore (art. 10, comma 1, D.lgs. n. 159/2011). Invero, anche in questo caso, la novella non risulta particolarmente innovativa, limitandosi a positivizzare un orientamento ormai pacifico in seno alla giurisprudenza di legittimità che, alla luce del rinvio alle norme del codice di procedura penale riguardanti la proposizione e la decisione dei ricorsi relativi all'applicazione delle misure di sicurezza, ha da sempre affermato l'applicabilità alla materia in esame delle norme di cui agli artt. 128 (per l'avviso di depo-

¹⁹ Cass. Sez. I, n. 12564 del 20 febbraio 2015, Confl. comp. in proc. Rinzivillo e altro, Rv. 262871; Cass. Sez. V, n. 28657 del 4 febbraio 2016, Mazzei e altri, Rv. 267368.

sito del decreto in cancelleria) e 571, comma 4, cod. proc. pen. (per il caso di concorso oppure di contrasto tra l'impugnazione dell'interessato e quella del difensore).

In virtù dell'immutata disposizione di cui all'art. 10, comma 2, l'impugnazione, da proporre entro dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento ex art. 8, comma 8, non ha effetto sospensivo. Si tratta di una previsione eccezionale rispetto alla regola generale di cui all'art. 588, comma 1, cod. proc. pen., giustificata dalla stessa *ratio* della legislazione di prevenzione, volta a porre un argine contro il dilagare di determinate situazioni di pericolo per la sicurezza pubblica, mediante l'applicazione di misure immediatamente esecutive. Le uniche eccezioni sono previste dall'art. 27, comma 2, del codice antimafia, per i provvedimenti che dispongono la confisca dei beni sequestrati, la confisca della cauzione o l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia; essi diventano esecutivi con la definitività delle relative pronunce.

Le innovazioni apportate dalla Legge in commento hanno ulteriormente convinto la dottrina maggioritaria circa l'eccessiva brevità del termine indicato dal Legislatore per l'impugnazione del decreto di confisca, specie in considerazione della necessità di indicare, ai sensi dell'art. 581, comma 1, lett. a) cod. proc. pen., specifici motivi di censura. Del resto, a tale circostanza non è possibile ovviare, né con una generica dichiarazione di impugnazione e la successiva esposizione dei motivi in sede di discussione, come consentito per il giudizio di impugnazione cautelare (riesame), né con i motivi nuovi, ex art. 584 del cod. proc. pen., che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, devono avere ad oggetto, a pena di inammissibilità, i capi o i punti della decisione impugnata che sono stati enunciati nell'originario atto di gravame, ai sensi dell'art. 581, comma primo, lett. a), del codice di rito.

La previsione normativa risulta, poi, particolarmente irragionevole laddove si consideri che il Legislatore ha, correttamente, evidenziato la possibilità che vi si presentino casi di particolare complessità, nei quali il decidente può disporre di un termine superiore (fino a un massimo di novanta giorni) a quello minimo di quindici giorni per il deposito delle motivazioni. Anche in questi casi, infatti, il termine per proporre impugnazione rimane ancorato ai dieci giorni di cui alla previsione normativa (art. 10, comma 2, D.lgs. n. 159/2011).

Una volta esercitato il potere di impugnazione, il Procuratore della Repubblica, senza ritardo, trasmette il proprio fascicolo al Procuratore Generale presso la Corte di appello competente per il giudizio di secondo grado. Al termine del procedimento di primo grado, il Procuratore della Repubblica forma un fascicolo nel quale vengono raccolti tutti gli elementi investigativi e probatori eventualmente sopravvenuti

dopo la decisione del Tribunale. Gli atti inseriti nel predetto fascicolo sono portati immediatamente a conoscenza delle parti, mediante deposito nella segreteria del Procuratore Generale (art. 10, comma 1-*bis*).

La Corte di appello, qualora accolga l'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale o funzionale del soggetto proponente – sollevata ai sensi dell'art. 7, commi 10-*bis* e 10-*ter*, e riproposta con i motivi di appello –, annulla il decreto di primo grado e ordina la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica competente; la declaratoria di incompetenza non produce l'inefficacia degli elementi già acquisiti (art. 10, commi 2-*bis* e 2-*ter*). Quanto al sequestro eventualmente disposto dal Tribunale si applica la disposizione di cui all'art. 7, comma 10-*quater*.

Ulteriori modifiche sono state introdotte (art. 3, comma 1, lett. d) ed e) della novella) in tema di ricorso in cassazione avverso il decreto emesso dalla Corte d'appello. Come per l'impugnazione della pronuncia del Tribunale, si prevedono espressamente la facoltà di impugnazione anche per il difensore dell'interessato (pure in questo caso ammessa dalla giurisprudenza di legittimità già in virtù della previgente disciplina) e l'estensione, anche a tale fase, delle modalità di censura e degli effetti relativi alla materia dell'incompetenza.

Ai sensi dell'art. 10, comma 3, D.lgs. n. 159/2011 il ricorso in cassazione è ammesso soltanto per violazione di Legge, con ciò intendendosi «sia gli "errori in iudicando" o "in procedendo", sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e logicità e quindi inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice, oppure, ancora, allorché le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate e carenti dei necessari passaggi logici da fare risultare oscure le ragioni che hanno giustificato la decisione della misura. Tale vizio è, infine, ravvisabile quando il provvedimento non affronti le tematiche poste con l'impugnazione, nella sostanza eluse ma non è estensibile fino a ricomprendervi difetti motivazionali, consistenti nell'insufficienza, contraddittorietà ed illogicità, che non possono trovare ingresso nel giudizio di legittimità quali vizi di violazione di Legge essendo espressamente previsti dall'art. 606, comma 1, lett. e) quali vizi di motivazione»²⁰. Sulla contestata compatibilità di tale limitazione con i principi sanciti dalla nostra Carta costituzionale si sono pronunciate sia la

²⁰ Cass., sez. VI, n. 40552 del 19 luglio 2017, Maggi e altro, Rv. 271055.

Corte di cassazione²¹ che la Consulta²², le quali hanno escluso il contrasto con i principi costituzionali sulla base delle peculiarità – sia sul piano sostanziale, che su quello processuale – del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale e al procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza.

1.4. Le modifiche alla misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza

Infine, quanto alle misure di prevenzione personali, l'art. 4, commi 2-*bis* e 2-*ter*, della novella ha apportato alcune significative modifiche in ordine alla disciplina del rapporto tra la sorveglianza speciale, da un lato, e la custodia cautelare e la pena detentiva, dall'altro.

Secondo le nuove disposizioni di cui all'art. 14 D.lgs. n. 159/2011, l'esecuzione della sorveglianza speciale resta sospesa durante il tempo in cui l'interessato è sottoposto alla misura della custodia cautelare. In tal caso, salvo quanto stabilito dal comma 2, il termine di durata della misura di prevenzione continua a decorrere dal giorno nel quale è cessata la misura cautelare, con redazione di verbale di sottoposizione agli obblighi (comma 2-*bis*).

In ordine alla pena detentiva, ai sensi del nuovo comma 3-*bis*, l'esecuzione della sorveglianza speciale è sospesa per il tempo in cui il proposto è sottoposto a detenzione per espiazione di pena. Tuttavia, al termine dello stato di detenzione, se esso si è protratto per almeno due anni, il giudice deve verificare, anche d'ufficio – sentito il Pubblico Ministero che ha esercitato le relative funzioni nel corso della trattazione camerale –, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato, assumendo le necessarie informazioni presso l'amministrazione penitenziaria e l'autorità di pubblica sicurezza, nonché presso gli organi di polizia giudiziaria.

Nel caso in cui l'accertamento abbia esito positivo, il giudice ordina l'esecuzione della misura di prevenzione, il cui termine di durata continua a decorrere dal giorno in cui il decreto, prima della sospensione dell'esecuzione della misura, è stato comunicato all'interessato. Tale ipotesi si sospende, quindi, si pone in

perfetta armonia con la previsione di cui al successivo art. 15, secondo cui «il tempo trascorso in custodia cautelare seguita da condanna o in espiazione di pena detentiva, anche se per effetto di conversione di pena pecuniaria, non è computato nella durata dell'obbligo del soggiorno». Tuttavia, in caso di condanna inflitta per un reato commesso, non precedentemente, ma nel corso del termine di esecuzione della sorveglianza speciale, all'esito della sospensione per la compiuta espiazione della pena detentiva, se il Tribunale ritiene che la commissione di tale reato costituisca indice della persistente pericolosità dell'agente, il termine di durata della misura ricomincia a decorrere *ab initio* dal giorno nel quale è terminata l'espiazione della pena.

Se, invece, l'accertamento della sussistenza della pericolosità sociale all'esito dell'espiazione della pena detentiva conduce ad un esito negativo, il Tribunale emette decreto con cui revoca il provvedimento di applicazione della misura di prevenzione.

In sostanza, con le modifiche apportate all'art. 14 del codice antimafia, il Legislatore ha positivizzato, ampliandone la portata, il principio sancito dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato parzialmente illegittimi l'art. 12 della Legge n. 1423/1956 e, in via consequenziale, l'art. 15 del D.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui non prevedono che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena di lunga durata della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione della misura debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura.

2. Le misure di prevenzione patrimoniali

Pur essendo molteplici e rilevanti le innovazioni introdotte in ordine alla disciplina delle misure di prevenzione personali, la materia su cui ha maggiormente inciso la Legge di riforma è sicuramente quella delle misure reali (artt. 5-12, L. n. 161/2017), la cui applicazione è, com'è noto, di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria.

Anche in questo caso, la modifica di maggiore rilevanza è costituita, dall'ampliamento del novero dei soggetti nei cui confronti, ferma restando la necessaria sussistenza degli elementi oggettivi indicati dalla norma, possono applicarsi le misure in esame.

Ulteriori modifiche hanno, poi, interessato: le indagini patrimoniali e la titolarità dalla proposta; il sequestro e la confisca, nonché le misure patrimoniali diverse dalla confisca (con l'introduzione della nuova misura del c.d. "controllo giudiziario delle aziende"); il procedimento di applicazione; l'intervento dei terzi; il regime delle impugnazioni.

2.1. L'ampliamento delle categorie soggettive

Con l'entrata in vigore della Legge di riforma, pur

²¹ Cass., sez. II, n. 2566 del 19 dicembre 2014, Leotta ed altri, Rv. 261954. Invero, non può tacersi l'esistenza di una recente pronuncia di senso contrario, con la quale la Corte di cassazione ha affermato che «È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4, comma undicesimo, della l. n. 1423 del 1956 e 3 ter, comma secondo, della Legge n. 575 del 1965 (attualmente artt. 10, comma terzo, e 27, comma secondo, del d. lgs. n. 159 del 2011) – per contrasto con gli artt. 3 e 24 della Costituzione – nella parte in cui limitano alla sola violazione di Legge la proponibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti di confisca adottati nell'ambito del procedimento di prevenzione in ragione della disparità di trattamento risultante rispetto alla disciplina prevista per la confisca di cui all'art. 12 sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella Legge 7 agosto 1992, n. 356» (Cass. Sez. V, n. 32353 del 16 maggio 2014, Grillone, Rv. 260481). Cfr. sul tema, Corte cost., n. 321 del 2004.

²² Corte cost., sentenza n. 106 del 15 aprile 2015.

essendo rimasto immutato il dato normativo di cui all'art. 16 del codice antimafia, si è registrato un notevole ampliamento del novero dei soggetti passibili di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, dovuto alla riformulazione dell'art. 4, D.lgs. n. 159/2011, cui rinvia l'art. 16. Si tratta, quindi, di una sorta di "riforma *de relato*", per cui il suddetto rinvio è da considerarsi quale rinvio c.d. mobile o formale, in virtù del quale il contenuto della norma richiamante varia al variare del contenuto della norma richiamata²³.

Ne consegue, quindi, che anche l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali risulta esteso alle nuove categorie introdotte dal Legislatore in materia di misure di prevenzione personali: cioè, i soggetti indiziati del reato di assistenza agli associati *ex art.* 418 cod. pen.; le persone che abbiano posto in essere atti esecutivi – e non più, dunque, solamente preparatori – diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato o alla ricostituzione del partito fascista, con la commissione di uno dei reati indicati alla lett. d) dell'art. 4 del codice antimafia, tra cui figurano anche i reati con finalità di terrorismo; i soggetti indiziati del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art.* 640-*bis* cod. pen.; gli indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di numerosi reati contro la Pubblica Amministrazione, e in particolare di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, comma 1 (peculato), 316 (peculato mediante profitto dell'errore altrui), 316-*bis* (malversazione a danno dello Stato), 316-*ter* (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato), 317 (concussione), 318 (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319-*ter* (corruzione in atti giudiziari), 319-*quater* (induzione indebita a dare o promettere utilità), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio), 321 (pene per il corruttore), 322 (istigazione alla corruzione) e 322-*bis* cod. pen.; i soggetti indiziati di *stalking ex art.* 612-*bis* codice penale.

2.2. La titolarità della proposta e il procedimento di applicazione

La Legge n. 161/2017 (art. 5, comma 1) ha apportato significative modifiche anche all'art. 17 del codice antimafia relativo alla titolarità della proposta.

Ai sensi del nuovo comma 1 della suddetta norma, l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti dei soggetti di cui all'art. 16 può essere proposta «dal procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, dal procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, dal questore o dal direttore della Direzione investigati-

va antimafia». In particolare, la novella legislativa ha inciso, ampliandola, sulla legittimazione a proporre l'applicazione delle misure in esame del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo. Essa, infatti, può ora esplicarsi in ogni caso e non più soltanto nell'esercizio dei poteri e delle funzioni di impulso previste dall'articolo 371-*bis* del codice di rito²⁴.

Analogamente a quanto previsto per le misure di prevenzione personali, la novella – riscrivendo l'art. 17, comma 2, del codice antimafia – ha statuito che «nei casi previsti dall'articolo 4, comma 1, lettere c), i), i-*bis*) e i-*ter*)», le funzioni e le competenze spettanti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto sono attribuite anche al procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario dimora la persona, previo coordinamento con il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto. Nei medesimi casi, nelle udienze relative ai procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione, le funzioni di pubblico ministero possono essere esercitate anche dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente».

Dal confronto delle due norme della Legge di riforma (art. 2, comma 1, lett. a), relativamente alle misure personali e art. 5, comma 1, lett. b), per le misure reali) risulta di immeditata evidenza la diversa tecnica seguita dal Legislatore nel dettare le suddette modifiche. Nel primo caso sono indicati unicamente gli incisi con cui, fermo restando il testo previgente, è stata integrata la relativa disposizione, nel secondo caso, invece, si è operata una vera e propria "sostituzione" della precedente norma. Si tratta, a ben vedere, di un mero (inspiegabile) mutamento della tecnica adoperata dal Legislatore, privo, però, di effetti di rilevanza sostanziale, atteso che, pur attraverso strade diverse, le modifiche introdotte risultano perfettamente sovrapponibili.

In dettaglio, seppur limitatamente alle ipotesi di applicazione di misura nei confronti dei c.d. pericolosi generici di cui all'art. 1 (cui rinvia l'art. 4, comma 1, lett. c) a sua volta richiamato dall'art. 16) e delle persone indiziate di cui alle lett. i, i-*bis*) e i-*ter*) dell'art. 4, le funzioni e le competenze tipiche del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto sono attribuite anche al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale nel cui circondario dimora la persona²⁵.

Infine, se è vero che rimane immutato il dettato normativo di cui all'art. 17, comma 2, ultimo periodo, è altrettanto vero che l'ambito di applicazione di tale disposizione – ovvero, le ipotesi in cui, per esigenze

²³ Si ha, al contrario, rinvio fisso o statico allorché una determinata norma, pur mutata in conseguenza di un intervento di riforma del Legislatore, sopravvive nella precedente formulazione esclusivamente in ordine alla disciplina dettata dalla norma richiamante.

²⁴ FINOCCHIARO S., *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 ottobre 2017.

²⁵ Si sono già analizzate – con riferimento alle misure di prevenzione personali, cui si rinvia – le ragioni dell'espressa previsione legislativa del necessario coordinamento tra i due diversi uffici della Procura della Repubblica.

di coordinamento, le funzioni di Pubblico Ministero nelle udienze relative ai procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione, possono essere esercitate anche dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale competente – viene ampliato in conseguenza delle modifiche apportate al primo periodo della stessa norma.

Esigenze di coordinamento tra i diversi soggetti legittimati a proporre l'applicazione delle misure in esame hanno indotto il Legislatore (art. 5, comma 1, lett. c) della Legge di riforma) ad introdurre la previsione normativa di cui al nuovo comma 3-*bis* dell'art. 17 del codice antimafia. Con tale disposizione si pone in capo al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto l'onere di curare, attraverso il raccordo informativo con il Questore e con il direttore della Direzione investigativa antimafia, che le indagini relative all'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali non arrechino pregiudizio alle attività di indagine condotte anche in altri procedimenti²⁶.

A tal fine, il Questore territorialmente competente e il direttore della D.I.A. sono tenuti a:

- a) dare immediata comunicazione dei nominativi delle persone fisiche e giuridiche nei cui confronti sono disposti gli accertamenti personali o patrimoniali previsti dall'articolo 19;
- b) tenere costantemente aggiornato e informato il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto sullo svolgimento delle indagini;
- c) dare comunicazione per iscritto della proposta al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto almeno dieci giorni prima della sua presentazione al Tribunale. La mancata comunicazione comporta l'inammissibilità della proposta;
- d) trasmettere al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto, ove ritengano che non sussistano presupposti per l'esercizio dell'azione di prevenzione, provvedimento motivato entro dieci giorni dall'adozione dello stesso.

La disciplina relativa alle indagini patrimoniali (art. 19, D.lgs. n. 159/2011) è stata soltanto marginalmente interessata dalla Legge di riforma, che – ferma restando la possibilità per i soggetti di cui all'art. 17,

²⁶ «Il procuratore della Repubblica distrettuale, attraverso il raccordo con il questore e il direttore della DIA, curi che l'applicazione delle misure patrimoniali non rechi intralcio ad altre indagini in corso. Per evitare i possibili intralci a indagini parallele, in capo al questore competente e al direttore della DIA sono in tal senso assegnati precisi obblighi di informazione verso il procuratore della Repubblica distrettuale» (Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVII Legislatura. Documentazione per l'esame dei progetti di Legge, *Modifiche al Codice antimafia, al codice penale, alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e ad altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate A.C. 1039 ed abb. B*, 22 settembre 2017, p. 2).

commi 1 e 2, di richiedere, direttamente o a mezzo di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, ad ogni ufficio della Pubblica Amministrazione, ad ogni ente creditizio nonché alle imprese, società ed enti di ogni tipo informazioni e copia della documentazione ritenuta utile ai fini delle indagini nei confronti dei soggetti di cui ai commi 1, 2 e 3 – ha previsto, altresì, la possibilità di accedere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, al Sistema per l'interscambio di flussi dati (SID) dell'Agenzia delle entrate e richiedere quanto utile ai fini delle indagini. Si tratta, in sostanza, di un potenziamento degli strumenti dell'attività di indagine – che costituisce il primo passo verso l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali – il cui unico limite, indicato dallo stesso Legislatore, è rappresentato dagli eventuali nuovi o maggiori costi per la finanza pubblica (art. 5, comma 4).

Quanto al procedimento applicativo in senso stretto, in virtù del rinvio operato dall'art. 23, comma 1, D.lgs. n. 159/2011²⁷, anche per le misure di prevenzione patrimoniali trovano applicazione le modifiche introdotte dalla Legge di riforma all'art. 7 del codice antimafia.

Tuttavia, l'art. 5, comma 7, del provvedimento di riforma ha introdotto una modifica di rilevante importanza anche in ordine all'art. 23, comma 4, D.lgs. n. 159/2011, fattispecie dedicata specificamente al procedimento di prevenzione patrimoniale. Con la nuova previsione normativa la garanzia di intervento nel procedimento, riconosciuta ai terzi dall'art. 23 del codice antimafia, viene estesa anche a coloro che vantino sul bene in sequestro diritti reali di garanzia, e non più quindi solo ai titolari di diritti reali o personali di godimento.

In tal modo, il Legislatore è intervenuto, razionalizzandolo, su uno degli aspetti da sempre più dibattuti della disciplina normativa in materia di misure di prevenzione patrimoniali: la tutela dei terzi.

Il possibile intervento dei terzi che vantino diritti reali di garanzia sui beni sequestrati costituisce, infatti, un'importante conquista di legittimità, per una disciplina da sempre tacciata di incostituzionalità rispetto, tra gli altri, agli articoli 27 Cost. (principio di personalità della responsabilità penale), 41, comma 1, Cost. (libertà di iniziativa economica) e 42 Cost. (tutela del risparmio).

In particolare, la *ratio* di tale previsione va ravvisata nell'esigenza di estendere lo spettro di accertamento del Tribunale nella fase applicativa della misura di prevenzione. Con la norma in esame, infatti, viene garantito l'accertamento nel contraddittorio tra le parti della natura, eventualmente fittizia – strumentale, cioè, al mantenimento della titolarità dei beni oggetto del

²⁷ Art. 23, comma 1, D.lgs. n. 159/2011: «Salvo che sia diversamente disposto, al procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate dal titolo I, capo II, sezione I».

provvedimento in capo al proposto –, dei summenzionati diritti. Questi ultimi si rivelano meritevoli di tutela soltanto a seguito della provata sussistenza della buona fede o dell'affidamento incolpevole del creditore²⁸. Tuttavia, sembra che il Legislatore di riforma non si sia preoccupato di coordinare la nuova disposizione con quella di cui all'art. 52 del codice antimafia (anch'esso modificato dalla novella). Tale norma, infatti, ha mantenuto la previgente separazione tra i due casi per i quali è previsto l'intervento nel procedimento di prevenzione (titolari di diritti di proprietà o diritti reali o personali di godimento), e i casi di diritto di credito, anche se garantiti da ipoteca (diritti reali di garanzia), per i quali è previsto, appunto, il procedimento di verifica di cui agli artt. 52 e ss. D.lgs. n. 159/2011²⁹.

Infine, l'art. 23, comma 4, richiama le disposizioni di cui al titolo IV del libro I del codice antimafia («di cui al presente libro» è l'inciso introdotto dalla novella) per quanto concerne la liquidazione dei diritti reali o personali di godimento, nonché diritti reali di garanzia sui beni in sequestro. Il rinvio è all'art. 45 – secondo cui «a seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi» – dal quale si ricava che con l'acquisto dei beni al patrimonio dello Stato, il titolare di diritti reali o personali di godimento su tali beni ha diritto alla corresponsione di un equo indennizzo secondo le disposizioni di cui all'art. 52.

Infine, assume particolare rilevanza la modifica introdotta dall'art. 12 della Legge di riforma, con cui il Legislatore ha disposto che «al titolo II del libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, dopo il capo V è aggiunto» il capo *V-bis* composto da un'unica disposizione (l'art. 34-ter, «Trattazione prioritaria dei procedimenti di prevenzione patrimoniale»). Con tale norma si stabilisce che «è assicurata la priorità assoluta nella trattazione dei procedimenti» volti all'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali. A tal fine, la disposizione impone ai dirigenti degli uffici giudicanti e requirenti di adottare «i provvedimenti organizzativi necessari a garantire la trattazione prioritaria» da comunicarsi tempestivamente al consiglio giudiziario e al Consiglio Superiore della Magistratura³⁰.

²⁸ DE SIMONE M.V., *Codice Antimafia. Commento al D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 dopo il D.lgs. 218/2012 (Correttivo) e la Legge 228/2012 (Legge di stabilità 2013)*, Sant'Arcangelo di Romagna (RN), 2013, pag. 70.

²⁹ DE SIMONE M.V., *Cit.*, pag. 71.

³⁰ In particolare, «Il dirigente dell'ufficio comunica, sulla base delle indicazioni del Consiglio superiore della magistratura, con cadenza annuale, a tale organo e al Ministero della giustizia i dati sulla durata dei relativi procedimenti. Il Consiglio superiore della magistratura e il Ministero della giustizia valutano gli effetti dei provvedimenti adottati dai dirigenti degli uffici sulla trattazione prioritaria, sulla durata e sul rispetto dei termini dei procedimenti indicati al comma 1. In sede di comunicazioni sull'amministrazione della giustizia, ai sensi dell'articolo 86 dell'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, il Ministro della giustizia

La disposizione in esame risulta particolarmente significativa perché espressione della oramai consolidata consapevolezza della maggiore efficacia preventiva delle misure di carattere patrimoniale rispetto a quelle personali. In altri termini, il Legislatore ha trasfuso in una previsione normativa la particolare importanza riconosciuta nel nostro ordinamento – specie nell'ottica di un efficace contrasto alla criminalità organizzata e alle sue mutevoli strategie di infiltrazione nel circuito dell'economia legale, in cui riversa, al fine di ripulirla, gli ingenti patrimoni accumulati mediante la perpetrazione di attività delittuose – agli strumenti di prevenzione (*rectius*, ablazione) volti alla repressione di situazioni di pericolosità per la pubblica sicurezza, mediante la sottrazione delle (illecite) disponibilità economiche.

2.3. Il sequestro

Nella sua opera riformatrice, il Legislatore (art. 5, commi 4, 5 e 6 della novella) ha innovato in modo piuttosto incisivo, con la riformulazione di alcuni commi previgenti e l'aggiunta di due nuovi commi (il 2 e il 5), anche la disciplina del sequestro ordinario di cui all'art. 20, D.lgs. n. 159/2011.

Ai sensi del nuovo comma 1 dell'art. 20, fermi restando i presupposti applicativi – cioè, l'assoggettabilità alla misura dei beni che risultino nella disponibilità, diretta o indiretta, del soggetto, quando il loro valore appare sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego³¹ –, il Legislatore, nell'individuare il soggetto nei cui confronti disporre il provvedimento funzionale all'ablazione definitiva, ha ritenuto di sostituire la locuzione «persona nei cui confronti è iniziato il procedimento» con quella di «persona nei cui confronti è stata presentata la proposta». Sembrerebbe, *prima facie*, una modifica meramente «testuale» – finalizzata unicamente ad una maggiore determinatezza della previsione normativa rispetto alla precedente formulazione che sembrava fare, genericamente, riferimento ad un procedimento già avviato – priva, in quanto tale, di concreti riflessi pratici, atteso che la proposta di applicazione della misura di prevenzione costituisce null'altro che l'atto introduttivo del relativo procedimento.

In realtà, la *ratio* di tale intervento va ravvisata nell'esigenza, avvertita dalle Camere, di risolvere il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sorto in ordine all'individuazione del momento iniziale del procedimento applicativo delle misure di prevenzione, non-

riferisce alle Camere in merito alla trattazione dei procedimenti di cui al comma 1 del presente articolo» (art. 34-ter, comma 2, D.lgs. n. 159/2011).

³¹ In ordine alla ripartizione dell'onere della prova, Cass. Sez. I, n. 30219 del 15 gennaio 2016, De Padova e altro, Rv. 267326.

ché nella necessità di rendere la normativa in esame intrinsecamente coerente e in linea con i peculiari principi che regolano la materia. Infatti, all'orientamento secondo cui l'atto iniziale del procedimento di prevenzione sarebbe costituito dalla presentazione (*rectius*, deposito) della proposta, con la conseguente fissazione di un'udienza³², si contrapponeva la diversa concezione³³ secondo la quale – privando di qualsivoglia valore procedimentale il deposito della proposta da parte dell'organo precedente presso la cancelleria della sezione di Tribunale specializzata e competente a ordinare il sequestro – *il dies a quo* del procedimento in esame coinciderebbe con la fissazione dell'udienza, anche se dovesse, successivamente, rivelarsi non necessaria.

Ne consegue che, in una sorta di interpretazione autentica, il Legislatore di riforma ha positivizzato il primo dei suddetti orientamenti, identificando, in modo espresso e inequivoco, il momento iniziale del procedimento con il deposito della proposta da parte dei soggetti di cui all'art. 17 del codice antimafia. Invero, la stessa soluzione, sebbene non espressamente indicata dal Legislatore, avrebbe potuto ricavarsi anche dal testo legislativo previgente. Gli artt. 18, commi 3, 4 e 5 e 19, comma 5, infatti, riferendosi rispettivamente al procedimento che «può essere iniziato» e al «procedimento [...] iniziato», individuano il suddetto momento nella mera presentazione della proposta.

Ulteriore modifica introdotta dall'art. 5, comma 4, della Legge di riforma all'art. 20 del codice antimafia concerne la seconda parte del comma 1.

Si tratta di una disposizione completamente nuova in virtù della quale, oltre al sequestro dei beni ritenuti di origine illecita, il Tribunale può disporre anche l'amministrazione giudiziaria di aziende, nonché di beni strumentali all'esercizio delle relative attività economiche (art. 34), e la nuova misura – introdotta con la stessa Legge in esame – del controllo giudiziario dell'azienda di cui all'art. 34-*bis*. Tale previsione si spiega per la necessità di sanzionare il possesso ingiustificato di beni in capo ad un indiziato di pregnanti attività criminali³⁴, senza che, però, ciò comporti un'irragionevole e inaccettabile compressione degli interessi, di rango costituzionale, che vengono in rilievo (tra cui il diritto di proprietà e la libera iniziativa economica).

Sembrerebbe, dunque, che con la disposizione in esame il Legislatore abbia definito una sorta di «gerarchia operativa» tra le misure di prevenzione di carattere

patrimoniale indicate nella stesa norma, individuando una serie di linee guida per la scelta, da parte del giudice, del tipo di misura da applicare in concreto³⁵. Ne consegue, quindi, che la misura del sequestro può essere applicata soltanto nelle ipotesi, residuali, nelle quali non ricorrano i presupposti per l'applicazione delle diverse misure dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche (art. 34) e del nuovo controllo giudiziario delle aziende (art. 34-*bis*).

In sostanza, con la nuova disposizione il Legislatore ha inteso porre un argine alle conseguenze negative che, sovente, il sequestro (cioè, il congelamento temporaneo) di intere unità produttive determina in ordine alla operatività delle stesse. Le aziende sequestrate, infatti, subiscono spesso un rapido processo di deterioramento della situazione finanziaria ed economica, con effetti negativi anche sotto il profilo occupazionale. In considerazione di ciò, il Legislatore, sulla falsa riga di quanto previsto anche in tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (art. 15, D.lgs. n. 231/2011), impone l'adozione, in via preliminare, di misure patrimoniali più adeguate alla tutela di quelle realtà economiche che costituiscono possibili fonti di benessere finanziario per lo Stato.

In conclusione, quindi, l'adozione delle misure di cui agli artt. 34 e 34-*bis* del codice antimafia consente, quantomeno in teoria, di assicurare la conservazione del bene e la sua depurazione da (eventuali) illecità, senza che ciò debba comportare necessariamente l'arresto dell'attività produttiva; il tutto nella prospettiva di restituire al proposto, nel caso in cui non si pervenga alla confisca definitiva, un bene o un complesso di beni ancora finanziariamente operativi (contrariamente, appunto, a quanto spesso accade con il sequestro).

Infine, ai sensi del novellato art. 20, comma 1, ultima parte, «Il tribunale, quando dispone il sequestro di partecipazioni sociali totalitarie, ordina il sequestro dei relativi beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile, anche al fine di consentire gli adempimenti previsti dall'articolo 104 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271 [per assicurare la pubblicità presso i pubblici registri per i beni immobili e mobili registrati]».

«In ogni caso il sequestro avente ad oggetto partecipazioni sociali totalitarie si estende di diritto a tutti i beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile. Nel decreto di sequestro avente ad oggetto partecipazioni sociali il tribunale indica in modo specifico i conti correnti e i beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile ai quali si estende il sequestro».

Il Legislatore, quindi, si è preoccupato di precisare che, anche se il Tribunale omette la suddetta esten-

³² Cass., sez. V, n. 25676 dell'11 novembre 2008, Alfano e altri, Rv. 240435.

³³ MENDITTO F., *Sequestro di prevenzione ordinario, anticipato, urgente e applicazione disgiunta della misura patrimoniale nel caso di misura personale in atto: caratteri distintivi e norme applicabili*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 ottobre 2012.

³⁴ FIANDACA G. – VISCONTI C. (a cura di), *Scenari di mafia, Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, pag. 346.

³⁵ SCHIATTONE P., *cit.*, p. 23.

sione, il sequestro (avente ad oggetto partecipazioni sociali totalitarie) si estende di diritto a tutti i beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile.

Parafrasando la disposizione in esame, i beni costituiti in azienda, pur non costituendo frutto di attività illecite o di reimpiego, “subiscono” il sequestro per il solo fatto di afferire ad un’azienda le cui quote o azioni sono sequestrate nella totalità³⁶.

A ben vedere, proprio quest’ultima disposizione, in virtù della quale il sequestro avente ad oggetto partecipazioni sociali totalitarie si estende di diritto a tutti i beni aziendali e non solo a quelli corrispondenti al valore delle partecipazioni sociali effettivamente sequestrate, mal si concilia con la *ratio* della suddetta applicazione residuale del sequestro, cioè preservare l’operatività di quelle realtà economiche produttive che costituiscono fonte di benessere finanziario per lo Stato e che potrebbero subire un’irreparabile deterioramento dall’applicazione della misura del sequestro.

In altri termini, al fine di salvaguardare la genuinità dei mercati e dei relativi flussi finanziati, il Legislatore ha previsto, nel caso in cui non ricorrano i presupposti per l’applicazione delle misure di cui agli artt. 34 e 34-*bis* del codice antimafia, una sorta di “sequestro allargato” che si estende a tutte le risorse societarie potenzialmente “inquisite”.

Tuttavia, la nuova disciplina introdotta dal Legislatore non convince per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, come già adeguatamente osservato dalla dottrina, tale previsione legislativa potrebbe tradursi per l’imprenditore in una vera e propria *probatio diabolica*, perché «se l’onere di indicare i conti correnti può essere adempiuta senza particolare difficoltà, appare problematica l’indicazione specifica dei beni costituiti in azienda»³⁷.

In secondo luogo, l’ablazione di tutti i beni aziendali potrebbe avere conseguenze disastrose per il patrimonio della società, al punto da costringere gli amministratori a presentare istanza di fallimento in proprio o a ricorrere alla procedura della liquidazione della società.

Ulteriori modifiche concernenti il provvedimento di sequestro attengono agli aspetti più propriamente procedurali.

La novella (art. 5, comma 4, n. 2) ha introdotto all’art. 20 un nuovo comma 2 con cui è stato sostituito

quello precedente, trasposto, con modifiche, al nuovo comma 3. Attualmente, ai sensi dell’art. 20, comma 2, D.lgs. n. 159/2011 «prima di ordinare il sequestro o disporre le misure di cui agli articoli 34 e 34-*bis* e di fissare l’udienza, il tribunale restituisce gli atti all’organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete e indica gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti di cui al comma 1 per l’applicazione del sequestro o delle misure di cui agli articoli 34 e 34-*bis*». Con tale disposizione, dunque, si conferma l’alternatività tra il sequestro e le misure patrimoniali di cui agli artt. 34 e 34-*bis* e si pone a carico del Tribunale l’obbligo – in realtà si tratta di una valutazione discrezionale del giudice – di restituire gli atti del procedimento al soggetto che ha depositato la proposta nel caso in cui ritenga che le indagini siano lacunose. La *ratio* di tale previsione risiede, evidentemente, nell’opportunità di garantire il corretto esercizio dell’azione di prevenzione mediante un controllo giurisdizionale pieno sulle indagini patrimoniali.

A ben vedere, tale modifica risulta emblematica del processo di progressiva assimilazione del procedimento di prevenzione al processo ordinario di cognizione e ai principi ad esso sottesi. Essa, infatti, ricorda le previsioni di cui agli artt. 409, comma 4, e 421-*bis* cod. proc. pen., con le quali si attribuisce rispettivamente al Giudice per le indagini preliminari (a seguito dell’opposizione alla richiesta di archiviazione e della fissazione della relativa udienza) e al Giudice dell’udienza preliminare (che non provvede a norma dell’art. 421, comma 4, del codice di rito) la facoltà di indicare con ordinanza al Pubblico Ministero le ulteriori indagini da compiere.

Il nuovo comma 3 dell’art. 20 disciplina le ipotesi di revoca del sequestro, precedentemente racchiuse nel comma 2. La norma, eccetto che per l’inversione dei periodi, è rimasta sostanzialmente invariata, disponendo che «il sequestro è revocato dal Tribunale quando risulta che esso ha per oggetto beni di legittima provenienza o dei quali l’indiziato non poteva disporre direttamente o indirettamente o in ogni altro caso in cui è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale»³⁸.

Tuttavia, alla previgente disposizione il Legislatore di riforma ha aggiunto un periodo di chiusura con il quale ha previsto che «il tribunale ordina le trascrizioni e le annotazioni consequenziali nei pubblici registri, nei libri sociali e nel registro delle imprese». Tale disposizione si pone in perfetta sintonia con la previsione di cui all’art. 20, comma 1, che impone, analoga-

³⁶ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, *Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*, Roma, 15 giugno 2017, pag. 3.

³⁷ MENDITTO F., *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice antimafia) e della confisca allargata. Il disegno di Legge approvato l’11 novembre 2015 dalla Camera dei Deputati*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 22 dicembre 2015.

³⁸ Secondo la precedente formulazione della norma «il sequestro è revocato dal tribunale quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando risulta che esso ha per oggetto beni di legittima provenienza o dei quali l’indiziato non poteva disporre direttamente o indirettamente» (art. 20, comma 2, D.lgs. n. 159/2011 nella formulazione precedente alla riforma).

mente, l'iscrizione del sequestro nei pubblici registri. La finalità del Legislatore è, evidentemente, quella di assicurare l'effettivo e immediato aggiornamento dei pubblici registri con riguardo ai "pesi giudiziari" (da cui può derivare un vincolo di destinazione) da cui risultano gravati determinati beni, mobili o immobili, ovvero universalità di mobili. La *ratio* dell'intervento in parola si comprende ancor di più ove si consideri la particolare condizione di subvalenza (anche alla luce della riforma in commento) dell'interesse individuale dei terzi, nonché la tutela indiretta e parziale ad essi riconosciuta, rispetto al preminente interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta provenienza illegittima, specie nel caso in cui il diritto vantato sia stato trascritto in epoca successiva alla disposizione del sequestro.

Anche al precedente comma 3 dell'art. 20 il Legislatore non ha apportato alcuna modifica, limitandosi all'allocatione dello stesso nel nuovo quarto comma del suddetto articolo.

Infine, la novella ha introdotto all'art. 20 il nuovo comma 5, in virtù del quale «il decreto di sequestro e il provvedimento di revoca, anche parziale, del sequestro sono comunicati, anche in via telematica, all'Agenzia di cui all'articolo 110 subito dopo la loro esecuzione». L'obiettivo del Legislatore, in linea con la rinnovata disciplina relativa all'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, è quello di garantire al cittadino trasparenza, coordinazione e aggiornamento continui tra organi e uffici afferenti a comparti amministrativi diversi³⁹.

Infine, quanto al sequestro, rilevanti modifiche sono state introdotte anche in ordine alla disciplina di esecuzione (art. 21) e al sequestro urgente (art. 22, comma 2).

Per quanto concerne l'esecuzione del sequestro, in virtù delle innovazioni apportate dall'art. 5, comma 5, lett. a), n. 1 e 2 e lett. b) della Legge di riforma, il nuovo art. 21, comma 1, del codice antimafia dispone che «Il sequestro è eseguito con le modalità previste dall'articolo 104 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. La polizia giudiziaria, eseguite le formalità ivi previste, procede all'apprensione materiale dei beni e all'immissione dell'amministratore giudiziario nel possesso degli stessi, anche se gravati da diritti reali o personali di godimento, con l'assistenza, ove ritenuto opportuno, dell'ufficiale giudiziario».

Dal raffronto tra il precedente e l'attuale dato letterale della norma in esame si evince che il Legislatore ha attuato una vera e propria inversione dei ruoli attribuiti all'ufficiale giudiziario e alla polizia giudiziaria: non è più il primo che procede all'apprensione materiale del bene e all'immissione dell'amministratore giudiziario nel possesso degli stessi, con l'assistenza

obbligatoria della polizia giudiziaria, ma è quest'ultima ad eseguire le suddette attività, con l'assistenza, ove ritenuto opportuno dalla stessa polizia giudiziaria, dell'ufficiale giudiziario.

Il Legislatore ha confermato, inoltre, che le modalità di esecuzione del sequestro sono regolate dall'art. 104 delle disposizioni di attuazione del codice di rito, secondo cui il sequestro (preventivo) è eseguito su: beni mobili e crediti, secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile per il pignoramento presso il debitore o presso il terzo in quanto applicabili; beni immobili o mobili registrati; beni aziendali organizzati per l'esercizio di un'impresa; azioni e quote sociali, con l'annotazione nei libri sociali e con l'iscrizione nel registro delle imprese; strumenti finanziari dematerializzati, ivi compresi i titoli del debito pubblico.

Anche il secondo comma è stato modificato, seppur limitatamente al primo periodo, dalla Legge di riforma. Secondo la precedente previsione normativa il Tribunale, con l'ausilio della forza pubblica, avrebbe ordinato lo sgombero degli immobili occupati senza titolo ovvero sulla scorta di titolo privo di data certa anteriore al sequestro, qualora gli occupanti non vi avessero provveduto spontaneamente. Con il recente intervento del Legislatore, tale attività è attribuita alla competenza del giudice delegato alla procedura (nominato dal Tribunale *ex* art. 35, comma 1) sentito l'amministratore giudiziario scelto tra gli iscritti al relativo albo di cui all'art. 35 del codice antimafia e previa valutazione delle circostanze specifiche del caso concreto.

In sostanza la nuova formulazione normativa, nel subordinare lo sgombero degli immobili occupati abusivamente al parere dell'amministratore giudiziario e alla valutazione del caso specifico, appare meno rigorosa rispetto alla formulazione precedente.

Per completezza espositiva occorre precisare che la novella in esame ha modificato (art. 30, comma 2, lett. b) anche l'art. 104, comma 1-*ter*, delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, statuendo che «i compiti del giudice delegato alla procedura sono svolti nel corso di tutto il procedimento dal giudice che ha emesso il decreto di sequestro ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, dal giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'articolo 35, comma 1, del codice».

Infine, per quanto riguarda le ipotesi di sequestro "straordinario", rimane invariata la disciplina del sequestro anticipato (art. 22, comma 1), per cui i soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2 – quando vi siano fondate ragioni di ritenere che i beni oggetto della, successiva, ablazione definitiva vengano dispersi, sottratti od alienati – possono richiedere al presidente del Tribunale competente per l'applicazione della misura di prevenzione, contestualmente al deposito della proposta di applicazione, di disporre anticipatamente il sequestro dei suddetti beni prima della fissazione

³⁹ SCHIATTONE P., *cit.*, p. 24.

dell'udienza. In tal caso, il presidente del Tribunale dispone, con decreto motivato, il sequestro – che dovrà essere convalidato dal Tribunale non oltre trenta giorni dalla proposta – entro cinque giorni dalla richiesta.

Seppur marginalmente, il Legislatore di riforma è intervenuto, invece, sulla disciplina del c.d. sequestro urgente. Ai sensi dell'art. 22, comma 2, i soggetti di cui all'articolo 17, commi 1 e 2, nonché gli organi incaricati di svolgere ulteriori indagini a norma dell'articolo 19, comma 5, possono richiedere, nei casi di particolare urgenza, di disporre il sequestro dei beni oggetto della proposta. In tal caso, la misura è disposta dal presidente del Tribunale con decreto motivato e perde efficacia se non è convalidata dal Tribunale nei trenta giorni successivi. Analogamente si procede se, nel corso del procedimento, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario, emerge l'esistenza di altri beni che potrebbero formare oggetto di confisca.

L'unico aspetto interessato dalla novella è il termine di trenta giorni (e non più dieci) entro il quale deve essere convalidato il sequestro urgente. In tal modo il Legislatore ha uniformato, quanto al termine entro cui deve intervenire la convalida, la disciplina del sequestro anticipato e quella del sequestro urgente.

Infine, la Legge di riforma (art. 5, comma 6, lett. b) ha introdotto all'art. 22 il comma 2-bis, con il quale ha precisato che ai fini del computo del termine entro il quale deve intervenire la convalida dei provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, si tiene conto delle cause di sospensione di cui al riformato art. 24, comma 2 del codice antimafia (accertamenti peritali, eventuale richiesta di ricusazione, morte del proposto, stesura della motivazione e deposito del decreto in cancelleria).

2.4. La confisca

Importanti innovazioni si sono registrate anche in ordine alla disciplina della confisca di prevenzione (art. 24).

Particolare rilevanza assume la disposizione introdotta dall'art. 5, comma 8, della Legge di riforma, in virtù della quale – fermo restando che il Tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti 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, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego (art. 24, comma 1, primo periodo) – «il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale» (art. 24, comma 1, secondo periodo). La stessa previsione è stata introdotta anche in relazione alla c.d. confisca allargata di cui all'art. 12-sexies D.L. 8 giugno 1992, n. 306, converti-

to, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 1992, n. 356.

Si tratta, a ben vedere, della positivizzazione di un orientamento già manifestatosi, e consolidatosi, in seno alla giurisprudenza di legittimità, la quale, dopo un iniziale contrasto tra due diverse opzioni interpretative, ha precisato che «in tema di confisca di prevenzione di cui all'art. 2 ter Legge 31 maggio 1965, n. 575 (attualmente art. 24 D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), la sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del proposto non può essere giustificata adducendo proventi da evasione fiscale, atteso che le disposizioni sulla confisca mirano a sottrarre alla disponibilità dell'interessato tutti i beni che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, senza distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso»⁴⁰.

Invero, la Legge di riforma ha recepito soltanto parzialmente il *dictum* delle Sezioni Unite. Con la suddetta pronuncia, infatti, la Corte di cassazione aveva escluso che lo stesso principio potesse applicarsi anche alla confisca allargata, stante la diversità di presupposti (condanna per alcuni delitti; giudizio di pericolosità che prescinde dall'accertamento di un fatto-reato) e la differente natura (misura di sicurezza atipica; misura di prevenzione) tra le due forme di confisca che ne escludono la sovrapposibilità. Al contrario, il Legislatore ha scelto di omogeneizzare, sotto questo profilo, le due diverse ipotesi di confisca.

Ulteriore innovazione introdotta all'art. 24, comma 1, attiene alla possibilità riconosciuta al Tribunale – in termini meno perentori rispetto all'alternativa posta dall'art. 20 con riferimento al sequestro – di applicare anche d'ufficio, ove non venga disposta la confisca, le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis, sempre che ricorrano i presupposti ivi previsti.

La novella ha, poi, introdotto all'art. 24 il nuovo comma 1-bis, con cui, analogamente a quanto previsto in tema di sequestro, si introduce l'estensione *ex lege* della confisca di partecipazioni sociali totalitarie anche ai beni costituiti in azienda ai sensi dell'art. 2555 e seguenti del codice civile, nonché l'indicazione specifica, nel decreto di confisca, dei conti correnti e dei beni aziendali cui si estende la misura ablatoria.

Rilevanti modifiche sono state apportate (art. 5, comma 8, lett. b) della Legge di riforma) anche alla disposizione di cui all'art. 24, comma 2, ove si è registrata l'introduzione di alcune, rilevanti, innovazioni in tema di proroga e sospensione del termine di efficacia del sequestro.

La novella ha lasciato immutata la disposizione secondo cui «il provvedimento di sequestro perde efficacia se il tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'am-

⁴⁰ Cass., Sez. U, n. 33451 del 29 maggio 2014, Repaci e altri, Rv. 260244.

ministratore giudiziario». Oggetto di riformulazione è, invece, la previsione della possibilità di proroga di tale termine in caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti.

Fermo restando il limite temporale di sei mesi di tale proroga, che può essere disposta dal Tribunale con decreto motivato, la novella ha eliminato l'inciso «per non più di due volte», con cui si consentiva al Tribunale di prorogare il termine di efficacia del sequestro per due periodi di sei mesi, non cumulabile in un'unica proroga di un anno. In tal modo, quindi, la Legge di riforma ha ridotto ad una soltanto la possibile proroga semestrale.

Inoltre, rispetto alla previgente formulazione normativa, la novella ha fornito un elenco dettagliato delle cause di sospensione del termine entro il quale deve intervenire il decreto di confisca a pena di inefficacia del sequestro. In particolare, accanto al già previsto rinvio alle cause di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare, si individuano ulteriori ipotesi di sospensione, per non più di novanta giorni, del termine di efficacia del sequestro: ove sia necessario procedere all'espletamento di accertamenti peritali sui beni dei quali la persona nei cui confronti è iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente; per il tempo necessario per la decisione definitiva sull'istanza di ricasazione presentata dal difensore e per il tempo decorrente dalla morte del proposto, intervenuta durante il procedimento, fino all'identificazione e alla citazione degli eredi o degli aventi causa («soggetti previsti dall'articolo 18, comma 2»); per il lasso di tempo necessario alla stesura delle motivazioni e al deposito del decreto in cancelleria («durante la pendenza dei termini previsti dai commi 10-*sexies*, 10-*septies* e 10-*octies* dell'articolo 7»).

Infine, ai sensi del neointrodotta comma 2-*bis* si dispone che con il provvedimento di revoca o di annullamento definitivi del decreto di confisca è ordinata la cancellazione di tutte le trascrizioni e le annotazioni.

Sempre in tema di confisca, la Legge di riforma ha modificato (art. 7, comma 1, lett. a) e b), L. n. 161/2017) l'art. 28, D.lgs. n. 159/2011 ridefinendo la disciplina della revocazione della confisca.

Innanzitutto, quanto alle forme con le quali può essere richiesta la revocazione della decisione sulla confisca di prevenzione, in luogo del precedente generico richiamo al solo art. 630 cod. proc. pen, la nuova formulazione normativa rinvia all'intera disciplina della revisione dettata dal codice di procedura penale («La revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione può essere richiesta, nelle forme previste dall'articolo 630 e seguenti del codice di procedura penale»), se compatibile con la natura del procedimento di prevenzione. Il Legislatore di riforma, inoltre, integrando la previgente disposizione, ha precisato che l'istanza di revisione deve essere presentata alla Corte d'appello competente ai sensi dell'art. 11 del codice di

rito. Infine, ai sensi del novellato art. 28, comma 4, in caso di accoglimento della richiesta di revisione, è la stessa Corte d'appello di cui al comma 1 – e quindi non più il Tribunale che ha disposto la confisca – a dover provvedere alla restituzione per equivalente ai sensi dell'art. 46 del codice antimafia.

Si conferma, dunque, non solo la circostanza per cui la definitività del trasferimento dei beni allo Stato non costituisce condizione ostativa alla richiesta di revocazione, volta all'accertamento dell'originaria insussistenza dei presupposti dell'ablazione, ma altresì la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto a quello dell'individuo alla restituzione, che quindi viene soddisfatto con una somma equivalente al valore del bene confiscato.

La novella legislativa ha introdotto importanti novità pure in tema di confisca per equivalente, disciplinata dall'art. 25 del codice antimafia, modificando il primo (e prima della riforma unico) comma e introducendone un secondo.

L'istituto in parola viene radicalmente «rivisto» quanto ai presupposti applicativi che legittimano il sequestro e la confisca di beni di valore equivalente a quelli di derivazione illecita, e quindi diversi da questi ultimi. Viene, infatti, eliminato il riferimento al presupposto necessario costituito dalla dispersione, distrazione e occultamento dei beni oggetto della proposta, volti all'elusione dell'esecuzione su di essi dei provvedimenti di sequestro o di confisca. In altri termini, in virtù della nuova disciplina è possibile disporre la confisca per equivalente ogniqualvolta «dopo la presentazione della proposta» non possa procedersi al sequestro dei beni indicati dall'art. 20, comma 1, «perché il proposto non ne ha la disponibilità, diretta o indiretta, anche ove trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede». Viene eliminato quindi ogni riferimento al necessario accertamento dell'elemento psicologico (l'intento elusivo) del proposto, in ordine al trasferimento dei beni oggetto della proposta di applicazione della misura reale.

Con tale disposizione il Legislatore è intervenuto su uno degli aspetti più critici della disciplina delle misure di prevenzione. Com'è noto, infatti, il tema della confisca per equivalente – con la quale si consente di disporre l'ablazione di beni diversi da quelli che, in quanto caratterizzati da una origine illecita, e quindi socialmente pericolosi, giustificano l'intervento preventivo – costituisce, secondo la dottrina maggioritaria, la chiara dimostrazione della funzione sanzionatoria, e non preventiva, dell'istituto in esame. Del resto, la stessa interpretazione ermeneutica ha trovato approdo anche in alcune pronunce della Suprema Corte che, in considerazione dei presupposti applicativi dell'istituto in parola, ne hanno riconosciuto l'espressa funzione sanzionatoria⁴¹.

⁴¹ Cass. Sez. I, n. 11768 del 28 febbraio 2012, Barilari e altro,

In sostanza, a fronte delle censure di incostituzionalità mosse alla normativa prevenzionale, di cui la confisca per equivalente costituisce uno dei temi maggiormente criticati, l'ultimo intervento legislativo ottiene nient'altro che l'effetto di evidenziare la contraddittorietà di un ordinamento che, mentre in sede penale (artt. 322-ter e 644 cod. pen.; art. 1, comma 143, L. 24 dicembre 2007, n. 244; art. 11, L. 16 marzo 2006, n. 146) – attesa la natura punitiva dell'istituto in parola – ne esclude l'applicabilità in difetto di una pronuncia di condanna, nella disciplina dettata dal nuovo codice antimafia, in virtù di una dichiarata natura preventiva della confisca di valore, se ne consente una applicazione diffusa, non più limitata alle ipotesi di alienazione dei beni con finalità di dispersione, distrazione e occultamento degli stessi.

Altrettanto rilevante è la previsione, contenuta nel (nuovo) comma 2 dell'art. 25, in virtù della quale, in caso di morte del soggetto proposto, la confisca per equivalente può essere disposta («si procede con le modalità di cui al comma 1 del presente articolo») anche nel procedimento proseguito nei confronti degli eredi o degli aventi causa (art. 18 comma 2) o in quello iniziato nei confronti dei successori a titolo universale o particolare (art. 18 comma 3) con riferimento a beni di legittima provenienza loro pervenuti dal proposto.

Ovviamente, il riferimento al primo comma consente di disancorare, anche in questo caso, l'operatività dell'istituto in esame da qualsivoglia accertamento dell'intento elusivo dell'ablazione.

Invero, tale previsione – come molti altri aspetti della novella in esame – è dimostrativa del “ritardo” con cui, sovente, il Legislatore interviene a definire la regolamentazione normativa di determinate materie su cui, in realtà, nel diritto vivente⁴² vi sono già consolidati orientamenti, limitandosi, quindi, ad operare un vero e proprio intervento di “ratifica legislativa”.

Infine, relativamente alle più importanti misure di prevenzione patrimoniali, sequestro e confisca, la novella legislativa – art. 8, comma 1, lett. a) e b) – si è preoccupata anche di chiarirne i rapporti con i medesimi istituti adottati in sede penale (art. 30, D.lgs. n. 159/2011).

Ribadito che «il sequestro e la confisca di prevenzione possono essere disposti anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro in un procedimento penale», la novella ha precisato che nel caso in cui il sequestro o la confisca di prevenzione vengano successivamente revocati «il giudice del procedimento penale provvede alla nomina di un nuovo custode, salvo che ritenga di confermare quello già nominato nel procedimento di prevenzione».

Quest'ultimo inciso ha sostituito quello di cui alla precedente formulazione normativa, con cui si utiliz-

zava espressamente il termine “amministratore” («salvo che ritenga di confermare l'amministratore»). A ben vedere, quella apportata al primo comma della norma in esame non costituisce una vera e propria modifica, quanto piuttosto la correzione di un errore nozionistico, atteso che la figura dell'amministratore è specifica del procedimento di prevenzione.

Immutata la disposizione di cui all'art. 30, comma 2, la novella ha modificato la previsione di cui al comma 3, stabilendo che, se la sentenza di condanna definitiva in sede penale, con cui viene contestualmente disposta la confisca, interviene prima della confisca definitiva di prevenzione, il Tribunale, se ha già disposto il sequestro ed è ancora in corso il procedimento di prevenzione, dichiara, con decreto, che la confisca è stata già eseguita in sede penale (anziché, come accadeva precedentemente alla riforma, disporre la confisca dichiarando la stessa già eseguita in sede penale). Si tratta, a ben vedere, di una modifica soltanto formale, che non incide sull'effetto sostanziale prodotto dal provvedimento pronunciato dal giudice della prevenzione.

2.5. Il regime delle impugnazioni

L'art. 6 della suddetta Legge è intervenuto sulla disciplina delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali dettata dall'art. 27 del codice antimafia. Rispetto alla previgente disciplina viene integrato (*rectius*, ampliato) il novero dei provvedimenti, elencati dal comma 1, nei confronti dei quali è proponibile appello: anche il decreto che dispone o nega il sequestro (e non più soltanto la revoca), nonché il provvedimento di rigetto della richiesta di confisca, anche qualora non sia stato ancora disposto il sequestro. In tal modo, il Legislatore ha finalmente risolto la questione circa la proponibilità dell'appello, ovvero del solo ricorso per cassazione, avverso il provvedimento reietivo della richiesta di confisca, su cui, nel previgente vuoto normativo, si era formato un netto contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità⁴³.

Tali provvedimenti, dunque, ai sensi dell'art. 27, comma 1, ultimo periodo (analogia disposizione era prevista anche prima della riforma), sono comunicati senza indugio al Procuratore Generale presso la Corte di appello, al Procuratore della Repubblica e agli interessati, al fine di consentirgli di esercitare il potere di impugnazione ai sensi dell'art. 10 del codice, cui rinvia l'art. 27, comma 2 (disposizione rimasta immutata).

La disciplina relativa alle impugnazioni delle misu-

Rv. 252297.

⁴² Nel caso di specie vedasi Cass. Sez. U, n. 12621 del 22 dicembre 2016, De Angelis e altro, Rv. 270085.

⁴³ Nel senso dell'appellabilità: Cass. Sez. U, n. 20215 del 23 febbraio 2017, P.M. in proc. Yang Xinjao, Rv. 269590; Cass. Sez. I, n. 38028 del 25 maggio 2016, P.M. in proc. Wu, Rv. 268104; Cass. Sez. II, n. 26303 del 24 maggio 2016, Rv. 267152; Cass. Sez. V, n. 6083 dell'1 ottobre 2015, Rv. 266603. Nel senso della proponibilità del solo ricorso per cassazione: Sez. VI, n. 26842 del 03/06/2015, Rv. 263948; Sez. VI, n. 46478 del 17 ottobre 2013, Rv. 257748.

re di prevenzione patrimoniali è stata, poi, ridefinita con l'introduzione di due nuovi commi (commi 3-*bis* e 6-*bis*), con cui il Legislatore ha cercato di uniformare la disciplina dettata per il giudizio di appello e quello di cassazione.

Con il comma 3-*bis*, si è attribuita al Procuratore Generale (analogamente a quanto previsto dal comma 3 per il Pubblico Ministero nelle more del giudizio di appello) la possibilità di chiedere, entro dieci giorni dalla comunicazione alle parti, la sospensione dei provvedimenti della Corte di appello che, in riforma del decreto di confisca emesso dal Tribunale, dispongono la revoca del sequestro. Nel caso in cui il Procuratore Generale non dovesse avanzare tale richiesta, i suddetti provvedimenti diventano esecutivi dieci giorni dopo la comunicazione alle parti. La *ratio* di tale disposizione, nonché di quella di cui al comma 3, è evidentemente quella di evitare eventuali atti di distrazione dei beni restituiti in pendenza della definizione del ricorso in cassazione.

Infine, ai sensi del nuovo comma 6-*bis*, nel caso in cui la Corte di cassazione dispone l'annullamento dell'originario decreto con rinvio al Tribunale, comincia nuovamente a decorrere il termine di un anno e sei mesi di cui all'art. 24, comma 2, del codice antimafia, il cui *dies a quo* coincide con il momento della ricezione degli atti presso la cancelleria del Tribunale stesso.

2.6. Le misure patrimoniali diverse dalla confisca

Anche al Capo V del Titolo II del codice antimafia – relativo alle misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca – sono state apportate numerose ed incisive modifiche.

Quanto alla cauzione (art. 31), l'art. 9 della Legge di riforma ha precisato che, nel caso in cui il soggetto proposto si avvalga della facoltà della presentazione di idonee garanzie reali in luogo del deposito della cauzione, le relative spese sono anticipate dall'interessato non più «ai sensi dell'articolo 39 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile approvate con R.D. 18 dicembre 1941, n. 1368, bensì «secondo le modalità stabilite dal tribunale». La stessa norma prevede, inoltre, la possibilità che il Tribunale, in considerazione delle condizioni economiche della persona sottoposta a misura, disponga il pagamento della cauzione in rate mensili. Con quest'ultima disposizione, il Legislatore si è limitato, in realtà, a positivizzare una procedura già ammessa dalla giurisprudenza di legittimità⁴⁴.

⁴⁴ La Corte di cassazione, pur riconoscendo che, anche in assenza di una espressa previsione legislativa, il potere discrezionale attribuito al Tribunale gli consentisse di disporre, previo accertamento delle precarie condizioni economiche del proposto, il pagamento della cauzione in rate mensili, ha escluso, in applicazione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, che potesse ricorrersi per cassazione avverso il provvedimento con cui il giudice della prevenzione rigetta la richiesta di rateizzazione della cauzione (Cass. Sez. II, n. 46751 del 18 novembre 2008,

L'art. 10 della Legge di riforma ha inciso, invece, in maniera significativa sulla disciplina dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche (art. 34 del codice antimafia), modificando integralmente (a cominciare dalla rubrica a cui è stato aggiunto l'inciso «e delle aziende») il previgente testo normativo.

Il nuovo comma 1 dell'art. 34 costituisce, a ben vedere, una sorta di crasi delle disposizioni precedentemente contenute ai commi 1 e 2. Con tale disposizione, oltre ad implementare il panorama delle possibili indagini con l'inserimento degli accertamenti compiuti dall'Autorità nazionale anticorruzione ai sensi dell'articolo 213 del codice dei contratti pubblici (D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), è stata eliminata quella fase di ulteriori indagini – disposte dal Tribunale su richiesta dei soggetti legittimati – da espletare allorché, a seguito delle indagini patrimoniali di cui all'art. 19 o degli accertamenti compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso, emergevano sufficienti indizi circa la «contaminazione» dell'esercizio di determinate attività economiche, ma non ricorrevano i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione. Soltanto se all'esito di tali ulteriori indagini fossero emersi «sufficienti elementi» circa l'inquinamento delle suddette attività economiche poteva farsi luogo all'applicazione della misura de «l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività».

Attualmente, invece, laddove ci si trovi in presenza di una situazione come quella sopra descritta, «il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate dispone [direttamente] l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche, su proposta dei soggetti di cui al comma 1 dell'articolo 17 del presente decreto», sempre che ricorrano sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di tali attività sia, direttamente o indirettamente, sottoposto alle condizioni di assoggettamento o condizionamento mafioso o che possa, comunque, agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione (personale o patrimoniale), ovvero sottoposte a procedimenti penali per diversi delitti, tassativamente indicati dal Legislatore.

L'attuale comma 2 ridefinisce il termine di durata della misura, che può essere adottata per un periodo non superiore a un anno (originariamente sei mesi) e può essere prorogata di ulteriori sei mesi, per un periodo comunque non superiore complessivamente a due anni (originariamente dodici mesi), a richiesta del Pubblico Ministero («autorità proponente» secondo

Sabatelli e altri, Rv. 242803).

la precedente formulazione) o d'ufficio, a seguito di relazione dell'amministratore giudiziario che evidenzia la necessità di completare il programma di sostegno e di aiuto alle imprese amministrate e la rimozione delle situazioni di fatto e di diritto che avevano determinato la misura. A differenza della previgente disciplina, quindi, si prevede la possibilità di una proroga d'ufficio del termine di durata della misura.

La *ratio* di tale previsione legislativa è, evidentemente, quella di adeguare il termine di durata della misura in esame (troppo breve nella previsione originaria) alle finalità della stessa, specie in presenza di compendi patrimoniali di rilevante entità, volta alla raccolta di una serie di informazioni (art. 36) funzionali alle determinazioni da assumere ai sensi dell'art. 41 del codice antimafia.

Al terzo comma, riprendendo il previgente testo normativo, si ribadisce che con il provvedimento con cui si dispone la misura dell'amministrazione giudiziaria il Tribunale nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario. Tale disposizione viene, poi, integrata con la precisazione che l'amministratore giudiziario esercita tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura e che, nel caso di imprese esercitate in forma societaria, l'amministratore giudiziario può esercitare, senza percepire ulteriori emolumenti, i poteri spettanti agli organi di amministrazione e agli altri organi sociali secondo le modalità stabilite dal Tribunale, tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell'attività d'impresa.

Al nuovo comma 4 vengono, poi, ridefinite, in maniera più dettagliata rispetto alla previgente disciplina, le modalità di esecuzione della misura, disponendo che il provvedimento di amministrazione giudiziaria è eseguito sui beni aziendali con l'immissione dell'amministratore nel possesso e con l'iscrizione nel registro tenuto dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel quale è iscritta l'impresa; laddove si tratti di beni immobili o altri beni soggetti a iscrizione in pubblici registri, il provvedimento deve essere trascritto nei medesimi pubblici registri.

L'attuale comma 5 riproduce in maniera sostanzialmente identica il precedente comma 6, relativo ai doveri di relazione e segnalazione (art. 36) dell'amministratore giudiziario.

Al nuovo comma 6 dell'art. 34 sono indicati i possibili esiti della misura in discorso. Entro la data di scadenza (e, dunque, non più «entro i quindici giorni antecedenti la data di scadenza») dell'amministrazione giudiziaria dei beni o del sequestro di cui al comma 7, il Tribunale, qualora non ne disponga il rinnovo, delibera in camera di consiglio: 1) la revoca della misura, quando ne sono venuti meno i presupposti applicativi; la revoca della misura e la contestuale applicazione del controllo giudiziario (art. 34-*bis*), quando, pur non ricorrendo i presupposti della confisca, il pericolo di inquinamento delle attività economiche amministrate

non sia del tutto cessato; la confisca dei beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

L'ultimo comma (comma 7) consente al Tribunale di disporre, previa richiesta dei soggetti di cui all'articolo 17, il sequestro dei beni in amministrazione giudiziaria. Tuttavia, il sequestro può essere disposto – sino alla scadenza del termine di cui al comma 2 – soltanto quando vi sia fondato motivo di ritenere che tali beni vengano dispersi, sottratti o alienati, ovvero costituiscano frutto o reimpiego di attività illecite.

Infine, la Legge n. 161/2017 (art. 11) ha ampliato il novero delle misure patrimoniali diverse dalla confisca, introducendo al Capo V, Titolo II, D.lgs. n. 159/2011 la nuova misura del "Controllo giudiziario delle aziende" (art. 34-*bis*).

Tale istituto condivide con quello dell'amministrazione giudiziaria, di cui all'art. 34, la finalità di recidere i legami tra determinate attività economiche e i sodalizi mafiosi. In particolare, l'istituto del controllo giudiziario si applica «quando l'agevolazione prevista dal comma 1 dell'articolo 34 risulta occasionale», sempre che sussistano «circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività».

Ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 2, il Tribunale può disporre la misura in esame per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni (al termine del quale la misura perde efficacia) e con lo stesso provvedimento può imporre, nei confronti di determinate categorie soggettive (coloro che hanno la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende di cui al comma 1), una serie di doveri "informativi" – indicati dalla stessa disposizione – in ordine agli «atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a euro 7.000 o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa» (art. 34-*bis*, comma 2, lett. a). Tali obblighi devono essere adempiuti entro dieci giorni dal compimento dell'atto stesso e, comunque, non oltre il 31 gennaio di ogni anno per gli atti posti in essere nell'anno precedente.

Il Tribunale può, inoltre, (art. 34-*bis*, comma 2, lett. b), nominare un giudice delegato e un amministratore giudiziario. Quest'ultimo deve riferire periodicamente, almeno bimestralmente, al giudice delegato e al Pubblico Ministero gli esiti dell'attività di controllo delegatagli. In particolare, l'attività di controllo demandata all'amministratore giudiziario (tra cui: non cambiare sede, denominazione e ragione sociale dell'ente controllato; adempiere agli obblighi informativi di cui all'art. 34-*bis*, comma 2, lett. a) nei confronti dell'amministratore giudiziario; assumere

iniziative volte a prevenire il rischio di infiltrazione o condizionamento mafiosi; art. 34-*bis*, comma 3, lett. a), b), c), d) ed e) è stabilita dal Tribunale con lo stesso provvedimento di nomina.

Il Tribunale può verificare il corretto adempimento delle prescrizioni di cui al comma 3 autorizzando la polizia giudiziaria ad acquisire informazioni e copia della documentazione ritenute utili. Nel caso in cui venga accertata la violazione di una o più prescrizioni ovvero ricorrano i presupposti di cui al comma 1 dell'articolo 34, il Tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria dell'impresa (comma 4).

Ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 5, avverso il controllo giudiziario può essere proposta istanza di revoca da parte del titolare dell'attività economica sottoposta alla misura. Entro dieci giorni dal deposito dell'istanza il Tribunale fissa l'udienza e provvede nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale.

Ancora, l'applicazione del controllo giudiziario può essere richiesta dalle imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del Prefetto. Se accoglie l'istanza, il Tribunale può, successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali (comma 6).

Infine, il Legislatore ha precisato (comma 7) che il provvedimento con cui il Tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria o il controllo giudiziario nelle ipotesi di cui all'art. 34-*bis*, comma 6, comporta, naturalmente, la sospensione delle limitazioni previste dall'articolo 94.

In sostanza, con l'introduzione del nuovo istituto del controllo giudiziario, il Legislatore ha inciso, riducendolo, sull'ambito di applicazione dell'amministrazione giudiziaria che, di conseguenza, diventa una fattispecie ad applicazione residuale.

Esso non comporta un vero e proprio spossessamento della gestione dell'impresa sottoposta alla misura, quanto un controllo giudiziario, certamente meno invasivo rispetto alle altre misure patrimoniali, consistente in una «vigilanza prescrittiva» affidata ad un commissario giudiziario nominato dal tribunale, con il compito di monitorare dall'interno dell'azienda l'adempimento delle prescrizioni dell'autorità giudiziaria»⁴⁵.

3. Amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati

Il Capo III della L. n. 161/2017 ha introdotto numerose e rilevanti modifiche in ordine alle discipline dettate dal codice antimafia in materia di amministra-

zione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati.

L'art. 13 ha ridefinito la normativa relativa all'amministrazione dei beni sequestrati (art. 35, D.lgs. n. 159/2011). Premesso che organi della procedura permangono il Tribunale, il giudice delegato e l'amministratore delegato, la prima novità introdotta dalla novella attiene alle possibilità di nominare più amministratori giudiziari – che su disposizione del Tribunale possono agire anche disgiuntamente – allorché, avuto riguardo alle particolarità del caso, la gestione dei beni in stato di sequestro risulti particolarmente complessa (art. 35, comma 1).

Pur ribadendo che l'amministratore giudiziario deve essere scelto tra gli iscritti nel relativo Albo nazionale, il Legislatore di riforma si è preoccupato di precisare che tale scelta deve avvenire nel rispetto di criteri di trasparenza, al fine di assicurare «la rotazione degli incarichi tra gli amministratori, tenuto conto della natura e dell'entità dei beni in stato di sequestro, delle caratteristiche dell'attività aziendale da proseguire e delle specifiche competenze connesse alla gestione» (art. 35, comma 2). In particolare, i criteri di nomina degli amministratori giudiziari e dei coadiutori, nonché i criteri per l'individuazione degli incarichi per i quali è fatto divieto di cumulo, sono stabiliti con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno e con il Ministro dello sviluppo economico. In ogni caso, gli incarichi assegnati agli amministratori non possono essere superiori a tre. Per tale ragione è previsto che «all'atto della nomina l'amministratore giudiziario comunica al tribunale se e quali incarichi analoghi egli abbia in corso, anche se conferiti da altra autorità giudiziaria o dall'Agenzia» (art. 35, comma 2). Il Legislatore, tuttavia, non ha previsto alcuna sanzione per il caso di assegnazione all'amministratore giudiziario di un numero di incarichi superiore al limite indicato.

Nel caso in cui il sequestro abbia per oggetto complessi aziendali, l'amministratore giudiziario deve essere scelto «tra gli iscritti nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari» (art. 35, comma 2-*bis*).

Ulteriore novità introdotta dal Legislatore di riforma attiene alla possibilità che l'amministratore giudiziario sia scelto tra il personale dipendente dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (art. 35, comma 2-*ter*). Qualora, invece, il sequestro o la confisca riguardino aziende di straordinario interesse socio-economico, tenuto conto della consistenza patrimoniale e del numero degli occupati, o aziende concessionarie pubbliche o che gestiscono pubblici servizi, l'amministratore giudiziario può essere nominato tra gli iscritti nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari, indicati dalla società INVITALIA

⁴⁵ Camera dei Deputati, Servizio Studi, XVII Legislatura. *cit.*, pag. 5.

Spa tra i suoi dipendenti (art. 41-*bis*, comma 7). In entrambi i casi, però, l'amministratore giudiziario, per lo svolgimento dell'incarico, non ha diritto ad emolumenti aggiuntivi rispetto al trattamento economico di cui fruiscono quali dipendenti, ad eccezione del rimborso delle spese.

Quanto alle cause ostative all'assunzione dell'incarico, la novella ha ampliato il novero delle ipotesi indicate dall'art. 35, comma 3, con l'aggiunta: delle persone condannate alle pene accessorie previste dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o nei confronti delle quali sia stato disposto il rinvio a giudizio per i reati di cui all'articolo 4 del codice o per uno dei reati previsti dal Libro II, Titolo II, Capo I, e Titolo III, Capo I, del codice penale; delle persone che abbiano svolto attività lavorativa o professionale in favore del proposto o delle imprese a lui riconducibili. Le stesse persone non possono, altresì, svolgere le funzioni di coadiutore o diretto collaboratore dell'amministratore giudiziario nell'attività di gestione. Infine, non possono assumere tali uffici il coniuge, i parenti fino al quarto grado, gli affini entro il secondo grado, i conviventi o commensali abituali del magistrato che conferisce l'incarico, nonché i creditori o debitori di quest'ultimo, del suo coniuge o dei suoi figli, né le persone legate da uno stabile rapporto di collaborazione professionale con il coniuge o i figli dello stesso magistrato, né i prossimi congiunti, i conviventi, i creditori o debitori del dirigente di cancelleria che assiste lo stesso magistrato.

Il nuovo art. 35, comma 4, ribadendo che l'amministratore giudiziario può essere coadiuvato, sotto la sua responsabilità, da tecnici o da altri soggetti qualificati, ha previsto che, ove la complessità della gestione lo richieda, anche successivamente al sequestro, l'amministratore giudiziario può organizzare un proprio ufficio di coadiuzione, la cui composizione e il cui assetto interno devono essere comunicati al giudice delegato, indicando altresì se e quali incarichi analoghi abbiano in corso i coadiutori.

Al comma 5, invece, ribadita la qualifica di pubblico ufficiale rivestita dall'amministratore giudiziario, si precisa che quest'ultimo «ha il compito di provvedere alla gestione, alla custodia e alla conservazione dei beni sequestrati anche nel corso degli eventuali giudizi di impugnazione, sotto la direzione del giudice delegato».

Infine, con una modifica del comma 8 dell'art. 35, il Legislatore ha stabilito che l'amministratore giudiziario che, anche nel corso della procedura, cessa dal suo incarico, è tenuto a rendere il conto della gestione ai sensi dell'art. 43.

Disposizione totalmente nuova è quella di cui all'art. 35-*bis*, rubricato «Responsabilità della gestione e controlli della pubblica amministrazione». In virtù della nuova norma l'amministratore giudiziario, il coadiutore nominato ai sensi dell'articolo 35, comma 4, e l'amministratore nominato ai sensi dell'articolo 41,

comma 6, sono esenti da responsabilità civile per gli atti posti in essere nell'esercizio delle loro funzioni, tranne che per le ipotesi di dolo o colpa grave (art. 35-*bis*, comma 1).

I successivi commi 2 e 3 della norma prevedono la necessità che all'amministratore giudiziario siano comunicati gli accertamenti a qualsiasi titolo disposti sull'azienda sequestrata dalle pubbliche amministrazioni e il dovere del Prefetto della provincia di rilasciare all'amministratore giudiziario la nuova documentazione antimafia di cui all'articolo 84.

Sostanzialmente immutato, invece, è l'art. 36 del codice antimafia relativo alla relazione che l'amministratore giudiziario deve presentare al giudice delegato, entro trenta giorni dalla nomina. In particolare, il Legislatore della riforma, confermando la previgente disposizione in ordine ai contenuti di tale relazione, ha precisato che oltre allo stato e alla consistenza dei singoli beni ovvero delle singole aziende, l'amministratore deve indicare «i provvedimenti da adottare per la liberazione dei beni sequestrati» e l'indicazione delle forme di gestione più idonee e redditizie dei beni, finalizzata anche all'assunzione delle determinazioni del Tribunale *ex* art. 41. Infine, è stato totalmente riformulato il comma 4 relativo alle contestazioni della stima dei beni effettuata dall'amministratore giudiziario. La novella ha precisato che al deposito della relazione dell'amministratore giudiziario la cancelleria ne dà comunicazione alle parti, le quali possono prenderne visione soltanto limitatamente alla stima dei beni. A differenza della previgente disciplina si precisa, poi, che le contestazioni della suddetta stima devono essere motivate e sottoposte a un vaglio di ammissibilità del Tribunale. In caso di esito positivo, sentite le parti, il Tribunale dispone una perizia di stima – nel corso della quale la gestione prosegue con le modalità stabilite dal giudice delegato – da effettuarsi nelle forme previste dagli articoli 220 e seguenti del codice di procedura penale.

Unica modifica apportata all'art. 37, concernente i compiti dell'amministratore giudiziario, è costituita dall'aggiunta di un secondo periodo al comma 3, in virtù del quale «con decreto emanato dal Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro dell'interno, sono stabilite le norme per la gestione dei ricavi derivanti dall'amministrazione dei beni immobili».

Per quanto concerne, invece, l'assistenza legale, il Legislatore ha confermato che la difesa giudiziale dell'amministratore giudiziario può essere assunta dall'Avvocatura dello Stato, ma ha altresì precisato, colmando le lacune della previgente disciplina, che l'amministratore giudiziario, dopo essere stato autorizzato a stare in giudizio dal giudice delegato, deve inoltrare una richiesta in via telematica All'avvocatura dello Stato. Ove quest'ultima non si esprima entro cinque giorni, il giudice delegato può autorizzare la

nomina di un libero professionista (art. 39, comma 1-*bis*).

Infine, quanto alle modifiche relative al Capo I, Titolo III del codice antimafia, la Legge di riforma ha inciso significativamente sulla disciplina dettata dall'art. 38 in ordine ai compiti dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Sul punto, va preliminarmente precisato che la Legge n. 161/2017 si colloca nel solco di quegli interventi legislativi⁴⁶ che hanno progressivamente spostato in avanti il momento della presa in carico dei beni da parte dell'Agenzia. Infatti, ai sensi del nuovo art. 38, comma 1, l'Agenzia svolge soltanto attività di ausilio e di supporto all'autorità giudiziaria fino al decreto di confisca di secondo grado emesso dalla Corte di appello nei procedimenti di prevenzione. Tale impostazione, fortemente criticata in dottrina⁴⁷, si è resa necessaria per far fronte alla scarsità di risorse, umane e materiali, dell'Agenzia, che non le consentiva un'efficace gestione dei beni sottoposti a confisca di primo grado e di quelli da destinare in quanto sottoposti a confisca definitiva. In seguito all'intervento di riforma, quindi, l'amministrazione dei beni è conferita all'Agenzia – che ne cura la gestione fino all'emissione del provvedimento di destinazione – con il provvedimento di confisca emesso in giudizio di appello (art. 38, comma 3). Nella propria attività di gestione l'Agenzia si avvale – salvo la sussistenza di gravi irregolarità o incapacità o altri giusti motivi – di un coadiutore individuato nell'amministratore giudiziario nominato dal Tribunale, il quale, per l'attività di amministrazione condotta sotto la direzione dell'Agenzia, predispone separato conto di gestione (art. 38, comma 4).

Infine, allo scopo di velocizzare ed agevolare la procedura relativa alle richieste di utilizzo dei beni confiscati da parte degli aventi diritto e alla conseguente assegnazione di questi ultimi, il Legislatore ha ridotto (da sei mesi) ad un mese, dalla comunicazione del deposito del provvedimento di confisca di secondo grado, il termine entro il quale l'Agenzia pubblica nel proprio sito internet l'elenco dei beni immobili oggetto di confisca (art. 38, comma 5).

Il Legislatore di riforma è intervenuto anche in ordine alla disciplina relativa alla gestione dei beni sequestrati e confiscati (Titolo III, Capo II, D.lgs. n. 159/2011). Ai sensi dell'art. 40, comma 1, le direttive generali della gestione dei beni sequestrati sono dettate dal giudice delegato, che – alla luce delle modifiche

introdotte dalla novella (art. 14, L. n. 161/2017) – si avvale dell'ausilio e del supporto dell'Agenzia.

Le disposizioni di cui ai commi successivi disciplinano l'attività di gestione in particolari situazioni. In dettaglio, il giudice delegato, nel caso in cui al proposto vengano a mancare i mezzi di sussistenza, può concedergli un sussidio a titolo di alimenti per lui e per la sua famiglia (art. 40, comma 2). Qualora, invece, la casa di proprietà del proposto risulti necessaria all'abitazione di lui e della sua famiglia, può essere avanzata al Tribunale istanza di autorizzazione all'utilizzo dell'immobile per i suddetti fini abitativi. Il Tribunale, se accoglie la richiesta del proposto, dispone, con decreto revocabile in ogni momento, il differimento dell'esecuzione dello sgombero non oltre il decreto di confisca definitivo. In tal caso, il beneficiario, deve corrispondere – pena la revoca del provvedimento – l'indennità eventualmente determinata dal Tribunale, nonché provvedere, a sue cure, alle spese e agli oneri inerenti all'unità immobiliare. Se, invece, rigetta la richiesta, il Tribunale dispone, con lo stesso provvedimento di rigetto, l'esecuzione dello sgombero se precedentemente differito (art. 40, comma 2-*bis*).

Con l'introduzione di due nuovi commi, la Legge di riforma ha, poi, previsto che «l'amministratore giudiziario, con l'autorizzazione scritta del giudice delegato, può locare o concedere in comodato i beni immobili» (commi 3-*bis* e 3-*ter*). Qualora, invece, i beni immobili oggetto della proposta di applicazione della misura siano concessi in locazione o in comodato sulla scorta di titolo di data certa anteriore al sequestro, spetterà all'amministratore giudiziario porre in essere, previa autorizzazione del giudice delegato, gli atti necessari per ottenere la cessazione del contratto alla scadenza naturale (comma 3-*quater*).

La novella è intervenuta ad integrare anche la disciplina dettata dall'art. 40, comma 4, in materia di reclamo avverso gli atti dell'amministratore giudiziario. In primo luogo, il Legislatore ha fornito maggiori indicazioni in ordine agli atti dell'amministratore giudiziario nei confronti dei quali i soggetti elencati nella stessa norma (il Pubblico Ministero, il proposto e ogni altro interessato) possono validamente proporre reclamo: quelli posti in essere in assenza di autorizzazione scritta del giudice delegato. In secondo luogo, viene esteso da dieci a quindici giorni il termine di impugnazione, che comincia a decorrere dal momento di effettiva conoscenza dell'atto (la previgente disciplina nulla diceva in ordine al *dies a quo* del termine di impugnazione).

Particolarmente innovativa è, poi, la disciplina dettata dal Legislatore di riforma in ordine alla gestione delle aziende sequestrate (art. 41, D.lgs. n. 159/2011).

Nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto aziende di cui agli articoli 2555 e seguenti del codice civile (anche per effetto del sequestro di partecipazioni societarie, in virtù della modifica dell'art. 20) oltre alle relazioni di cui all'art. 36, comma 1, l'amministratore

⁴⁶ Il D.L. n. 4/2010 prevedeva la devoluzione dei beni all'amministrazione dell'Agenzia fin dalla fase del sequestro. Con la successiva Legge n. 10/2010 e fino alla recente riforma del codice antimafia, l'Agenzia svolgeva attività di ausilio e di supporto all'amministratore giudiziario fino al decreto di confisca di primo grado, per assumere, con tale provvedimento, l'amministrazione dei beni.

⁴⁷ DE SIMONE M.V., *cit.*, pag. 70.

giudiziario deve presentare, entro tre mesi dalla sua nomina, prorogabili a sei mesi per giustificati motivi dal giudice delegato, una relazione che trasmette anche all'Agenzia, contenente una serie di requisiti ulteriori espressamente indicati dall'art. 41, comma 1, tra cui una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, tenuto conto del grado di caratterizzazione della stessa con il proposto e i suoi familiari, della natura dell'attività esercitata, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata e di quella necessaria per il regolare esercizio dell'impresa, della capacità produttiva e del mercato di riferimento nonché degli oneri correlati al processo di legalizzazione dell'azienda. Con tale disposizione il Legislatore ha, evidentemente, inteso uniformare la previsione di cui all'art. 36 (che indica il contenuto della relazione dell'amministratore giudiziario) con quella di cui all'art. 41 (che indica i requisiti ulteriori della relazione quando oggetto di sequestro è un'azienda).

Importante novità, introdotta nella stessa norma, è rappresentata dalla previsione secondo cui, in caso di proposta di prosecuzione o di ripresa dell'attività, al programma dell'amministratore giudiziario deve essere allegata, previa autorizzazione del giudice delegato, la relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lett. d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del programma medesimo (art. 41, comma 1, lett.c). Alla suddetta proposta deve, inoltre, essere allegato l'elenco nominativo dei creditori e di coloro che vantano diritti reali o personali, di godimento o di garanzia, sui beni ai sensi dell'art. 57, comma 1, e delle persone che risultano prestare o avere prestato attività lavorativa in favore dell'impresa. Ancora, l'amministratore giudiziario deve riferire in ordine alla presenza di organizzazioni sindacali all'interno dell'azienda alla data del sequestro e acquisire le loro eventuali proposte sul programma di prosecuzione o di ripresa dell'attività, che trasmette, con il proprio parere, al giudice delegato (comma 1-ter).

La manutenzione ordinaria o straordinaria nell'attività di gestione degli immobili e dei beni aziendali viene conferita, in via preferenziale (nel chiaro intento di favorirne l'inserimento sul mercato), alle imprese fornitrici di lavoro, beni e servizi già sequestrate ovvero confiscate (comma 1-quater).

La decisione del giudice delegato in ordine alla prosecuzione o alla sospensione dell'attività di impresa deve intervenire entro trenta giorni dall'immissione in possesso. Le determinazioni così assunte potranno, poi, essere rivalutate dopo il deposito della relazione semestrale. Se viene autorizzata la prosecuzione, conservano efficacia, fino all'approvazione del programma, le autorizzazioni, le concessioni e i titoli abilitativi necessari allo svolgimento dell'attività, già rilasciati ai

titolari delle aziende in stato di sequestro in relazione ai compendi sequestrati (comma 1-quinquies).

In caso di partecipazioni societarie, il Legislatore distingue tra l'ipotesi in cui il sequestro abbia ad oggetto quote che assicurino le maggioranze di cui all'art. 2359 cod. civ. e quote che non assicurino dette maggioranze. Nel primo caso, il Tribunale impartisce le direttive sull'eventuale revoca dell'amministratore della società, che può essere nominato nella persona dell'amministratore giudiziario; qualora, invece, non sia prevista l'assunzione della qualità di amministratore della società, il Tribunale determina le modalità di controllo e di esercizio dei poteri da parte dell'amministratore giudiziario. Nel secondo caso, invece, il Tribunale si limita a dare le opportune direttive all'amministratore giudiziario.

Quanto alla procedura per l'approvazione del programma, il Legislatore, innovando la disciplina previgente che non prevedeva la fissazione di una apposita udienza, ha stabilito che la relazione dell'amministratore giudiziario e la relativa proposta di prosecuzione sono esaminate dal Tribunale nell'ambito di un'udienza – che si svolge in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 cod. proc. pen. – cui partecipano e sono sentiti (se compaiono) il Pubblico Ministero, i difensori delle parti, l'Agenzia e l'amministratore giudiziario. «Ove rilevi concrete prospettive di prosecuzione o di ripresa dell'attività dell'impresa, il tribunale approva il programma con decreto motivato e impartisce le direttive per la gestione dell'impresa» (comma 1-sexies).

All'esito dell'udienza il Tribunale approva il programma di prosecuzione o ripresa dell'attività aziendale, ovvero, se mancano concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, il Tribunale, acquisito il parere del Pubblico Ministero, dei difensori delle parti e dell'amministratore giudiziario, dispone la messa in liquidazione dell'impresa (art. 41, comma 5).

Particolarmente innovativa è la previsione di cui al neointrodotta comma 2-bis, in virtù del quale l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione scritta del giudice delegato, può affittare l'azienda o un ramo di azienda. Il successivo comma 2-ter stabilisce che l'affitto (o la concessione in comodato) possa avvenire in favore di enti, associazioni e altri soggetti indicati dall'art. 48, comma 3, lett. c) del codice antimafia (comuni, province e regioni; comunità ed associazioni aventi particolari requisiti), alle cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata o imprenditori attivi nel medesimo settore o settori affini.

La novella legislativa ha, poi, introdotto tre nuovi articoli (artt. 41-bis, 41-ter e 41-quater) con cui il Legislatore ha cercato, a vario titolo, di agevolare la gestione delle aziende sequestrate e confiscate da parte dell'amministrazione giudiziaria.

In particolare, l'art. 15 della Legge n. 161/2017 ha introdotto nel Codice l'articolo 41-bis, che consente alle attività imprenditoriali non irreversibilmente in-

quate dai capitali o dai metodi illeciti di fruire di una serie di strumenti finanziari, volti al sostegno e alla valorizzazione delle aziende sequestrate. L'accesso alle risorse del Fondo di garanzia e del Fondo per la crescita sostenibile di cui all'articolo 1, comma 196, della Legge di stabilità 2016 deve essere richiesto dall'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, o dall'Agenzia, dopo l'adozione dei provvedimenti di prosecuzione dell'attività dell'azienda adottati dal Tribunale sulla base delle concrete prospettive di ripresa (comma 1). I crediti derivanti dai finanziamenti agevolati hanno privilegio sugli immobili, sugli impianti e su ogni loro pertinenza, sui macchinari e sugli utensili dell'impresa (comma 2). Il suddetto privilegio deve essere, poi, annotato presso gli uffici dei registri immobiliari e gli uffici tavolari competenti, nonché nel registro tenuto presso la cancelleria del Tribunale del luogo ove ha sede l'impresa finanziata (comma 5). Dopo la data di annotazione, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sugli stessi beni. Nell'ipotesi in cui non sia possibile fare valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo (comma 3). Il privilegio è preferito a ogni altro titolo di prelazione da qualsiasi causa derivante, anche se preesistente alle annotazioni, fatta eccezione per i privilegi per spese di giustizia e per quelli per crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società o enti cooperativi e delle imprese artigiane (comma 4). Ancora, ai sensi del comma 6, il Tribunale, anche su proposta dell'Agenzia, ove rilevi concrete prospettive di prosecuzione dell'attività dell'azienda sequestrata (o confiscata), può impartire (nelle forme previste dall'art. 41, comma 1-*sexies*), le direttive per la sua ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese. Dopo il provvedimento di confisca emesso dalla Corte di appello, provvede nello stesso modo l'Agenzia nazionale. Al comma 7 sono dettate particolari disposizioni per il caso in cui il sequestro o la confisca riguardino aziende di straordinario interesse socio-economico, tenuto conto della consistenza patrimoniale e del numero degli occupati, ovvero aziende concessionarie pubbliche o che gestiscono pubblici servizi. In tali casi l'amministratore giudiziario può essere nominato tra gli iscritti nella sezione di esperti in gestione aziendale dell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari, indicati dalla società INVITALIA Spa tra i suoi dipendenti. Infine, l'ultimo comma (comma 8) del nuovo articolo stabilisce che l'Agenzia deve adottare con delibera del Consiglio direttivo, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della disposizione, i criteri per l'individuazione delle aziende sequestrate e confiscate di straordinario interesse socio-economico e per la definizione dei piani di valorizzazione.

Completamente nuovo è anche l'art. 41-*ter*, con cui la novella ha introdotto i tavoli provinciali perma-

menti sulle aziende sequestrate e confiscate presso le prefetture-uffici territoriali del Governo, quali organi consultivi di cui possono avvalersi l'amministratore giudiziario e l'Agenzia nazionale nell'esercizio delle proprie attività. Il compito di tali organi è quello di favorire la prosecuzione dell'attività aziendale predisponendo le condizioni per consentire la collaborazione fra le aziende sequestrate e gli operatori economici del territorio. Nella composizione dei tavoli provinciali permanenti, coordinati e convocati dal Prefetto o da un suo delegato, è assicurata la presenza di rappresentanti dello Stato (vi è un rappresentante dell'Agenzia, uno del Ministero dello sviluppo economico, uno della Regione, uno della sede territorialmente competente dell'Ispettorato nazionale del lavoro, uno della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura), delle associazioni sindacali e delle organizzazioni dei datori di lavoro più rappresentative a livello nazionale (art. 41-*ter*, comma 2). Tuttavia, ove ne ravvisi l'opportunità, il Prefetto può estendere la partecipazione al tavolo anche ai rappresentanti degli Enti locali.

Infine, l'art. 41-*quater*, allo scopo di assicurare ulteriori opportunità alle aziende sequestrate, stabilisce che nella gestione dell'azienda l'amministratore giudiziario, sentito il competente tavolo provinciale permanente, previa autorizzazione del giudice delegato, e l'Agenzia nazionale (dopo la confisca di secondo grado) possono avvalersi del supporto tecnico, a titolo gratuito, di imprenditori attivi nel medesimo settore o in settori affini a quelli in cui opera l'azienda sequestrata o non definitivamente confiscata (comma 1), nonché del supporto tecnico delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura per favorire il collegamento dell'azienda sequestrata o confiscata in raggruppamenti e in reti d'impresa (comma 3). Inoltre, agli imprenditori che abbiano svolto utile attività di supporto tecnico per un periodo non inferiore a dodici mesi viene attribuito un diritto di prelazione da esercitare, a parità di condizioni, al momento della vendita o dell'affitto dell'azienda.

L'art. 17 della Legge di riforma ha modificato parzialmente gli art. 43 e 44 del codice antimafia, relativi, rispettivamente, al rendiconto di gestione che l'amministratore dovrà presentare al giudice delegato e alla gestione dei beni confiscati da parte dell'Agenzia. Quanto alla prima norma, il Legislatore, lasciando immutata la sostanza della previgente disciplina, ha precisato, al comma 1, che il rendiconto deve essere presentato entro sessanta giorni dal deposito (in precedenza non era indicato un termine) del provvedimento di confisca di primo grado. Ulteriore novità è costituita dall'introduzione del comma 5-*bis* con cui si dispone che in caso di revoca del sequestro è l'Agenzia nazionale, subentrata all'amministratore giudiziario, a predisporre il suddetto rendiconto. In tutti gli altri casi «trasmette al giudice delegato una relazione sull'am-

ministrazione dei beni, esponendo le somme pagate e riscosse, le spese sostenute e il saldo finale».

In ordine alla gestione dei beni da parte dell'Agenzia nazionale, il nuovo art. 44 – in conformità alle modifiche apportate all'art. 38 – stabilisce che l'Agenzia gestisce i beni confiscati anche in via non definitiva dal decreto di confisca della Corte di appello (e non più, dunque, dal provvedimento di confisca del Tribunale) e che tale attività si svolga in ossequio alle linee guida adottate dall'Agenzia nazionale ai sensi dell'articolo 112, comma 4, lettera d).

Ulteriori modifiche sono state apportate anche al Capo III, Titolo III del D.lgs. n. 159/2011 relativo alla destinazione dei beni confiscati.

Innanzitutto, il Legislatore ha introdotto il nuovo art. 45-*bis* con cui si stabilisce che, qualora a seguito della comunicazione del provvedimento definitivo di confisca l'immobile risulti ancora occupato, l'Agenzia può, con provvedimento revocabile in ogni momento, differire l'esecuzione dello sgombero o dell'allontanamento nel caso in cui il bene sia stato concesso in comodato ai soggetti indicati dall'art. 48, comma 3, lett. c), ovvero qualora lo ritenga opportuno in vista dei provvedimenti di destinazione da adottare. Risulta evidente come quest'ultimo inciso lasci ampio spazio alle valutazioni discrezionali dell'Agenzia nazionale in ordine ai casi in cui disporre il differimento dell'esecuzione o dello sgombero.

La novella ha, poi, ampliato il novero di casi in presenza dei quali la restituzione agli aventi diritto dei beni confiscati può avvenire per equivalente (art. 46). All'elenco previsto dalla disposizione previgente la Legge di riforma ha aggiunto il caso dei beni assegnati per finalità sociali, per fini di giustizia o di ordine pubblico o di protezione civile di cui alle lettere a), b) e c) dell'articolo 48, comma 3.

Infine, per quanto concerne il procedimento di destinazione dei beni e delle somme, il Legislatore è intervenuto in riforma degli artt. 47 e 48 del codice antimafia.

In primo luogo, con la modifica dell'art. 47 la novella ha precisato – individuandolo nella comunicazione del progetto di pagamento dei crediti effettuata ai sensi dell'articolo 61, comma 4 – il *dies a quo* da cui comincia a decorrere il termine di trenta giorni entro cui l'Agenzia provvede all'adozione del provvedimento di destinazione nei casi in cui occorre fare applicazione delle disposizioni di cui al titolo IV («La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali»).

In secondo luogo, quanto alle modifiche apportate all'art. 48 del codice antimafia, il Legislatore ha innanzitutto previsto, con riguardo ai beni immobili e alle aziende, che la vendita delle partecipazioni societarie maggioritarie o totalitarie è consentita, in via residuale, soltanto ove la società risulti priva di beni costituiti in azienda ai sensi degli articoli 2555 e seguenti del codice civile o di beni immobili. In ogni caso, la vendita

delle partecipazioni deve svolgersi con modalità tali da garantire la tutela dei livelli occupazionali preesistenti.

La novella ha, poi, stabilito che i beni immobili confiscati e mantenuti nel patrimonio dello Stato possono essere utilizzati, con l'autorizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri (e non più del Ministro dell'interno) dall'Agenzia nazionale per finalità economiche. I beni in esame possono, poi, essere trasferiti al patrimonio del Comune, della Provincia o della Regione ove l'immobile è sito, non più soltanto per finalità istituzionali o sociali, ma altresì per finalità economiche, con vincolo di reimpiego dei proventi per scopi sociali. Ogni mese gli Enti territoriali devono aggiornare l'elenco dei beni confiscati ad essi trasferiti e renderlo pubblico, a pena di responsabilità dirigenziale *ex* art. 46 D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, mediante l'inserimento dello stesso nel sito internet istituzionale dell'ente (art. 48, comma 3, lett. c).

Sempre all'art. 48, comma 3, lett. c) il Legislatore di riforma ha integrato l'elenco di soggetti destinatari finali dei beni da assegnare. In dettaglio, i beni ottenuti dall'Agenzia nazionale possono essere amministrati direttamente dagli Enti territoriali, oppure possono essere assegnati in concessione a titolo gratuito, oltre ai soggetti già previsti dalla previgente disciplina, anche «ad altre tipologie di cooperative purché a mutualità prevalente, fermo restando il requisito della mancanza dello scopo di lucro [...], nonché agli Enti parco nazionali e regionali».

La novella ha, poi, disposto che l'Agenzia revoca il trasferimento ovvero nomina un commissario con poteri sostitutivi se entro un anno dal trasferimento l'Ente territoriale non ha provveduto all'assegnazione o all'utilizzazione del bene (in precedenza la revoca e la nomina del commissario conseguivano alla mancata destinazione del bene, sempre nel termine di un anno dal trasferimento).

In un'ottica di accentramento in capo all'Agenzia di tutte le decisioni relative alla scelta del fruitore finale del bene e di velocizzazione della procedura, il Legislatore ha, infine, conferito all'Agenzia la possibilità di assegnare direttamente i beni a titolo gratuito, ove risulti evidente la loro destinazione sociale, agli stessi enti ed associazioni a cui avrebbero potuto assegnarli gli Enti territoriali (art. 48, comma 3, lett. c-*bis*).

Ancora, con il nuovo comma 7-*bis*, è stata disciplinata la procedura relativa all'alienazione dei beni mobili di terzi rinvenuti negli immobili confiscati e non ritirati dal proprietario nel termine di trenta giorni dalla notificazione del relativo invito da parte dell'Agenzia. Tali beni saranno venduti direttamente dall'Agenzia, ovvero assegnati gratuitamente alle amministrazioni statali o agli Enti territoriali che ne facciano richiesta.

Un'altra disposizione inserita dalla Legge di riforma è quella di cui al comma 8-*bis*, in virtù della quale le aziende sono mantenute al patrimonio dello Stato e

trasferite, con provvedimento dell’Agenzia che ne disciplina le modalità operative, agli enti o alle associazioni individuati – quali assegnatari in concessione ai sensi dell’art. 48, comma 3, lett. c) – che le utilizzano per finalità istituzionali, qualora si ravvisi un prevalente interesse pubblico, anche con riferimento all’opportunità della prosecuzione dell’attività da parte dei soggetti indicati. Il trasferimento deve avvenire con le modalità indicate nel provvedimento dell’Agenzia e senza che ne derivino nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Ancora, con la modifica dell’art. 48, comma 12, il Legislatore ha previsto che, oltre agli «altri organi dello Stato» e «agli enti territoriali», i beni mobili, anche iscritti in pubblici registri, possono essere destinati anche ai soggetti previsti dal comma 3, lettera c). Permane, inoltre, la previsione secondo cui tali beni possono essere utilizzati dall’Agenzia per l’impiego in attività istituzionali.

La Legge di riforma ha, poi, aggiunto all’art. 48 i commi 15-*bis* e 15-*ter*. In applicazione della prima di tali disposizioni, l’Agenzia, con delibera del Consiglio direttivo e sentito il Comitato consultivo di indirizzo, può disporre il trasferimento dei beni al patrimonio degli Enti territoriali che ne facciano richiesta, qualora si tratti di beni che gli Enti territoriali medesimi già utilizzano, a qualsiasi titolo, per finalità istituzionali. Con la seconda, invece, il Legislatore si è preoccupato di precisare che per la destinazione dei beni immobili confiscati già facenti parte del patrimonio aziendale di società, le cui partecipazioni sociali siano state confiscate in via totalitaria o siano comunque tali da assicurare il controllo della società, si applicano le disposizioni generali sulla destinazione dei beni immobili. Tuttavia, l’Agenzia può dichiarare la natura aziendale dei predetti immobili, ordinando al conservatore dei registri immobiliari la cancellazione di tutte le trascrizioni pregiudizievoli, al fine di assicurare l’intestazione del bene in capo alla medesima società.

Infine, l’art. 19 è intervenuto sull’articolo 51 del Codice, concernente il regime fiscale dei beni sequestrati, per indicare, con una più puntuale formulazione, che se il sequestro si protrae oltre il periodo d’imposta in cui ha inizio, il reddito derivante dal bene è determinato dall’amministratore giudiziario in via provvisoria, ai soli fini fiscali.

4. La tutela dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali

La Legge 17 ottobre 2017 n. 161 ha apportato significative modifiche al Titolo IV, Libro I del codice antimafia (artt. 52-65) che disciplina i rapporti tra procedimento di prevenzione e diritti dei terzi, valutati anche nella prospettiva dei rapporti pendenti al momento dell’esecuzione del sequestro.

Un primo significativo intervento riformatore attiene alle condizioni in presenza delle quali i diritti

dei terzi non vengono pregiudicati dalla confisca di prevenzione. Innanzitutto, con la modifica dell’art. 52, comma 1, lett. a), la tutela dei diritti dei terzi è assicurata soltanto nel caso in cui il proposto non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito. Tuttavia, rispetto alla previgente formulazione normativa, la novella ha eliminato l’obbligo della previa escussione del patrimonio del soggetto sottoposto al procedimento di prevenzione, prevedendo, in luogo di tale gravoso adempimento, la mera dimostrazione, pur sempre a carico del terzo interessato, che il proposto non dispone di altri beni su cui soddisfare le proprie ragioni. Analogamente alla precedente formulazione della norma, nel caso di crediti assistiti da una causa di prelazione sui beni sequestrati, il terzo è dispensato anche dal dovere di dimostrare che il proposto non dispone di altri beni, in quanto il suo diritto trova diretta soddisfazione sui quelli sequestrati. Risulta evidente, dunque, come la nuova formulazione della norma definisca una disciplina della tutela delle ragioni dei terzi più snella e agevole, e quindi più vantaggiosa.

Quanto alla condizione prevista dall’art. 52, comma 1, lett. b), immutata la prima parte della disposizione per cui il credito non deve essere strumentale all’attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, si dispone che la tutela dei diritti dei terzi è possibile «sempre che il creditore dimostri la buona fede e l’inconsapevole affidamento». In altri termini, mentre la previgente formulazione della norma richiedeva alternativamente⁴⁸, quale ulteriore presupposto per la tutela in discorso, la mancanza – sul piano oggettivo – di un collegamento tra il credito del terzo e l’attività illecita del proposto, o – sul piano soggettivo – per l’ipotesi che un tale collegamento sussistesse, l’affidamento incolpevole del terzo, ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza tale da scusare l’ignoranza o la mancanza di diligenza, l’attuale disposizione sembra richiedere la dimostrazione di entrambi questi presupposti. In tal modo, la nuova disciplina sembra aggravare sensibilmente, in punto di prova, la posizione dei terzi creditori.

La novella ha, poi, integrato la disposizione di cui all’art. 52, comma 2, precisando, in conformità alle modifiche normative in materia di crediti aziendali, che i crediti accertati «concorrono al riparto sul valore dei beni o dei compensi aziendali ai quali si riferiscono in base alle risultanze della contabilità separata di cui all’articolo 37, comma 5».

Ancora, ferma restando la disciplina relativa alle modalità di accertamento e valutazione della buona fede di cui all’art. 52, comma 3, la Legge di riforma ha introdotto il nuovo comma 3-*bis* in base al quale «il decreto con cui sia stata rigettata definitivamente la domanda di ammissione del credito [...] in ragio-

⁴⁸ Cass., Sez. U, n. 9 del 28 aprile 1999, Bacherotti, Rv. 213511.

ne del mancato riconoscimento della buona fede nella concessione del credito, proposta da soggetto sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia, è comunicato a quest'ultima» per ogni eventuale e opportuna valutazione.

Infine, il Legislatore ha modificato il comma 4 dell'articolo in esame, precisando che, oltre a quello dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento (così come previsto dalla disposizione previgente), la confisca definitiva di un bene determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto reale di garanzia.

Anche l'art. 53, relativo al limite della garanzia patrimoniale dello Stato nei confronti dei creditori anteriori al sequestro, è stato modificato dalla Legge di riforma del codice antimafia. In particolare, la novella ha introdotto un'ulteriore restrizione alla porzione di patrimonio su cui devono essere soddisfatte le ragioni dei terzi: il limite del 60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati deve essere considerato «al netto delle spese del procedimento di confisca nonché di amministrazione dei beni sequestrati e di quelle sostenute nel procedimento di cui agli articoli da 57 a 61».

Quanto alla disciplina relativa ai pagamenti, la Legge di riforma ha lasciato immutata la disposizione concernente il «pagamento di crediti prededucibili» e ha introdotto il nuovo art. 54-*bis*, volto a disciplinare il «pagamento di debiti anteriori al sequestro».

Detta norma, al comma 1, dispone che, nel caso in cui per la prosecuzione dell'attività risultino necessarie determinate prestazioni di beni o servizi, l'amministratore giudiziario può chiedere al giudice delegato di essere autorizzato a disporre il pagamento, anche parziale o rateale, dei relativi crediti sorti anteriormente al provvedimento di sequestro. Al comma 2, è prevista la possibilità che l'amministratore giudiziario, nel programma di prosecuzione o ripresa dell'attività di cui all'articolo 41, sia autorizzato dal Tribunale a rinegoziare le esposizioni debitorie dell'impresa e a provvedere ai conseguenti pagamenti. A ben vedere, tale disposizione introduce, in nome di una ritenuta essenzialità di determinati rapporti commerciali per la prosecuzione dell'attività imprenditoriale sottoposta a sequestro, una deroga alle modalità procedurali disposte dal codice antimafia per la tutela dei terzi che, nell'ottica del dichiarato rafforzamento delle tutele dei terzi, desta non poche perplessità.

L'art. 20, comma 4, della Legge di modifica è intervenuto sulla disciplina delle azioni esecutive di cui all'art. 55 del codice antimafia. Immutata la disposizione di cui al comma 1, con cui si dispone l'impossibilità di avviare nuove azioni esecutive a seguito del sequestro, ovvero di proseguire quelle già avviate, al comma 2 viene stabilita la sospensione, sino alla conclusione del procedimento di prevenzione, delle procedure esecutive già pendenti al momento del sequestro, nonché l'estinzione delle stesse ove concernino i beni

per i quali interviene un provvedimento definitivo di confisca. Nel caso in cui i beni vengano dissequestrati, invece, la procedura esecutiva deve essere iniziata o riassunta entro il termine di un anno dall'irrevocabilità del provvedimento che ha disposto la restituzione del bene. Infine, ai sensi del novellato comma 3, il giudizio civile avente ad oggetto il diritto di proprietà ovvero diritti reali o personali di godimento sul bene sottoposto a sequestro è sospeso sino alla conclusione del procedimento di prevenzione.

Il Legislatore è, poi, intervenuto sulla disciplina dei rapporti giuridici dettata dall'art. 56 D.lgs. n. 159/2011. La regola generale di cui al comma 1 dispone la sospensione dell'esecuzione dei contratti relativi all'azienda sequestrata o stipulati dal proposto in relazione al bene in stato di sequestro che al momento dell'esecuzione della misura di prevenzione devono essere ancora, in tutto o in parte, eseguiti. La sospensione perdura fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, dichiara – non oltre sei mesi dall'immissione nel possesso – di subentrare nel contratto in luogo del proposto, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di risolvere il contratto. L'unica tipologia di contratti che si sottrae a tale disciplina è costituita dai contratti ad effetti reali, in relazione ai quali si sia già realizzato il trasferimento del diritto.

In logica continuazione con il disposto del comma 1 si pone la disposizione di cui al comma 4, secondo la quale in caso di risoluzione del contratto in forza del provvedimento del giudice delegato, è fatto salvo il diritto del terzo ad ottenere dal proposto il risarcimento dei danni conseguenti alla suddetta risoluzione. Viene eliminato, rispetto alla disposizione previgente, il riferimento agli artt. da 72 a 83 della Legge fallimentare, in conformità alla scelta del Legislatore di adottare una regola comune per tutti i rapporti contrattuali⁴⁹.

Importanti modifiche sono state dettate dalla Legge di riforma anche in ordine alla disciplina dell'accertamento dei crediti racchiusa nel Capo II, Titolo IV (artt. da 57 a 62) del codice antimafia.

Innanzitutto, all'art. 57, comma 1 – rubricato «Elenco dei crediti. Fissazione dell'udienza di verifica dei crediti» – si precisa che alle relazioni che l'amministratore giudiziario deve presentare al giudice delegato deve essere allegato l'elenco nominativo di tutti i creditori anteriori al sequestro, ivi compresi quelli di cui all'articolo 54-*bis*, nonché l'elenco nominativo, non più soltanto di coloro che vantano diritti personali sui beni (come previsto dalla previgente disposizione), ma altresì dei titolari di diritti reali di godimento o garanzia. Al secondo comma, l'intervento riformatore ha disposto che il termine perentorio – non superiore a sessanta giorni (la previgente formulazione prevedeva

⁴⁹ AIELLO A., *Brevi riflessioni sulla disciplina del Codice antimafia in tema di tutela dei terzi alla luce dell'ultima proposta di riforma*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 20 aprile 2016.

un termine non superiore a novanta giorni) – per il deposito delle istanze di accertamento dei crediti è assegnato dal giudice delegato soltanto dopo il deposito del decreto di confisca di primo grado, e non più anche prima della confisca. Con la novella è mutato, poi, anche il termine entro il quale il giudice delegato fissa la data dell'udienza di verifica dei crediti: entro i sessanta giorni (e non più trenta) successivi al suddetto termine.

Quanto alla disciplina relativa alla «domanda del creditore», il Legislatore ha precisato (art. 58, comma 5) che le domande presentate successivamente al termine di cui all'art. 57, e comunque non oltre il termine di un anno dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo («dalla definitività del provvedimento di confisca» secondo la precedente formulazione), sono ammesse soltanto se il creditore dimostra, a pena di inammissibilità della richiesta, di non aver potuto presentare la domanda tempestivamente per causa a lui non imputabile. A tale norma la novella ha, poi, aggiunto due nuovi commi (5-*bis* e 5-*ter*). Con il primo si dispone che le domande dei creditori sono sottoposte al vaglio dell'amministratore giudiziario, il quale redige un progetto di stato passivo e rassegna le proprie, motivate, conclusioni sull'ammissione o sull'esclusione delle stesse. In logica continuazione si pone il comma 5-*ter*, secondo cui il progetto di stato passivo deve essere depositato almeno venti giorni prima dell'udienza fissata per la verifica dei crediti. Eventuali osservazioni scritte e documentazioni aggiuntive possono essere depositate, a pena di nullità, fino a cinque giorni prima della stessa udienza dai creditori e dai titolari dei diritti sui beni oggetto di confisca.

Ulteriore materia incisa dall'intervento riformatore è quella della verifica dei crediti e della composizione dello stato passivo. La novella è intervenuta, innanzitutto, sulla disposizione di cui all'art. 59, comma 1, alla quale ha apportato due integrazioni. Con la prima si precisa che l'udienza indicata in apertura del comma è quella «fissata per la verifica dei crediti». La seconda, consistente nella sostituzione dell'avverbio «sommariamente» in luogo di «succintamente» quanto alle modalità di esposizione delle ragioni del rigetto, da parte del giudice delegato, dell'istanza di ammissione allo stato passivo, sembra esprimere la necessità che il suddetto provvedimento, benché sintetico, fornisca una compiuta illustrazione delle ragioni del rigetto. Ancora, con la integrazione della disposizione di cui al comma 6, il Legislatore ha esteso la facoltà dei creditori esclusi dallo stato passivo formato dal giudice delegato di proporre impugnazione anche verso i crediti ammessi ai sensi dell'art. 54-*bis*, cioè quelli relativi a titoli antecedenti al sequestro, i quali trovano, totale o parziale, soddisfazione già durante il procedimento. Con le modifiche al comma 8 sono state significativamente ridotte le facoltà difensive esercitabili all'udienza di cui al comma 7 (in cui sono trattate, in modo congiunto, le opposizioni e le impugnazio-

ni). In particolare, ferma restando la possibilità, per ciascuna parte, di svolgere le proprie deduzioni con l'assistenza del difensore, la produzione di documenti nuovi è consentita soltanto se la parte prova di non esserne venuta in possesso tempestivamente per causa ad essa non imputabile. Infine, il Legislatore ha eliminato dall'art. 59, comma 9, il riferimento alla possibile presentazione di memorie e ha abrogato il comma 10 dello stesso articolo, con cui si disciplinava il caso di presentazione di domande di ammissione del credito anche dopo la confisca definitiva.

Particolarmente incisive sono, poi, le modifiche dettate in tema di liquidazione dei beni. Ai sensi del nuovo art. 60, comma 1, l'Agenzia (e non più l'amministratore giudiziario, che, in seguito alle modifiche apportate dalla novella, cessa le proprie funzioni con il provvedimento di confisca emesso dalla Corte di appello), dopo l'irrevocabilità del provvedimento di confisca, procede al pagamento dei creditori ammessi al passivo «in ragione delle distinte masse nonché dell'ordine dei privilegi e delle cause legittime di prelazione sui beni trasferiti al patrimonio dello Stato». Nell'eventualità che le somme apprese, riscosse o comunque ricevute non siano sufficienti a soddisfare i creditori utilmente collocati al passivo, l'Agenzia nazionale procede alla liquidazione dei beni mobili, delle aziende o rami d'azienda e degli immobili. Inoltre, nel caso in cui dalla redditività dei beni possano derivare risorse utili per il pagamento dei crediti, la vendita degli stessi viene ritardata per un termine massimo non superiore ad un anno dall'irrevocabilità del provvedimento di confisca. Con la disposizione di cui al secondo comma si stabilisce che l'attività di vendita si svolge secondo procedure competitive sulla base del valore di stima risultante dalle relazioni di cui, non più soltanto all'art. 36, ma altresì di quelle previste dall'art. 41, nonché sulla base di stime effettuate da parte di esperti. In conformità alle modifiche apportate ai commi precedenti, il comma quattro dell'art. 60 dispone che nel caso in cui pervenga un'offerta irrevocabile di acquisto per un importo non inferiore al dieci per cento del prezzo offerto, l'Agenzia può sospendere la vendita non ancora conclusa. Infine, in conseguenza della centralità attribuita all'Agenzia in tale fase, la novella ha abrogato il comma 5, con cui si prevedeva il dovere del soggetto competente per la fase della liquidazione (l'amministratore giudiziario) di informare il giudice delegato circa l'esito della vendita.

Infine, sempre in ordine alle modifiche concernenti la disciplina relativa all'accertamento dei crediti, l'art. 20, comma 5, della Legge di riforma ha apportato alcune modifiche all'art. 61 del codice antimafia, relativo al progetto e al conseguente piano di pagamento dei crediti. In particolare, la redazione del progetto è rimessa all'Agenzia (e non più all'amministratore giudiziario), la quale deve provvedervi dopo l'irrevocabilità del provvedimento di confisca. La disposizione

previgente, invece, prevedeva il termine di «sessanta giorni successivi alla formazione dello stato passivo, ovvero nei dieci giorni successivi all'ultima vendita». Predisposto il progetto di pagamento, l'Agenzia ne ordina il deposito disponendo che dello stesso sia data comunicazione a tutti i creditori (art. 61, comma 4). Decorso il termine di dieci giorni dalla comunicazione – entro cui i creditori possono presentare osservazioni sulla graduazione e sulla collocazione dei crediti, nonché sul valore dei beni o delle aziende confiscati (art. 61, comma 5) – l'Agenzia determina il piano di pagamento, tenuto conto delle osservazioni eventualmente pervenute. Ancora, la novella ha modificato il comma 7, prevedendo che l'opposizione al suddetto piano debba proporsi, nel termine di dieci giorni dalla comunicazione dello stesso, non più dinanzi al Tribunale della prevenzione, ma alla sezione civile della Corte di appello del distretto della sezione specializzata o del giudice penale competente ad adottare il provvedimento di confisca. La fase di opposizione si svolge in camera di consiglio e si applicano gli articoli 702-*bis* e seguenti del codice di procedura civile, relativi alla disciplina del procedimento sommario di cognizione. Infine, sempre al comma 7 si stabilisce che le somme contestate sono accantonate e che nel caso in cui non sia possibile procedere all'accantonamento, i pagamenti sono sospesi fino alla decisione sull'opposizione. Quando il piano di pagamento diventa definitivo, l'Agenzia procede ai pagamenti dovuti entro i limiti di cui all'articolo 53 (comma 8).

Infine, l'intervento riformatore del Legislatore ha interessato anche la disciplina relativa ai rapporti tra procedimento di prevenzione e procedure concorsuali. Tale materia è governata, com'è noto, dal principio secondo cui le vicende fallimentari assumono carattere recessivo rispetto alla prevenzione, per cui i beni interessati da quest'ultima sono sottratti alla massa fallimentare. In primo luogo, la novella ha modificato l'art. 63 del codice antimafia relativo alle ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento interviene in epoca successiva al sequestro di prevenzione. Sono rimasti immutati i primi tre commi dell'articolo. In particolare, al comma 1, ferme restando le iniziative assunte dal debitore o dai creditori, si individua in capo al Pubblico Ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario, la legittimazione attiva a richiedere al Tribunale competente la dichiarazione di fallimento. Ai commi 2 e 3 si disciplinano, rispettivamente, le ipotesi in cui l'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o a confisca di prevenzione sia soggetto alla procedura di liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento, nel qual caso il Pubblico Ministero chiede al Tribunale competente l'emissione del provvedimento di cui all'articolo 195 della Legge fallimentare, e quella relativa alla segnalazione alla Banca d'Italia, da parte del Pubblico Ministero, della sussistenza del procedimento di prevenzio-

ne su beni appartenenti ad istituti bancari o creditizi ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui al decreto legislativo n. 385/1993. La novella ha modificato, invece, il comma 4, in cui, previa conferma dell'esclusione dalla massa fallimentare dei beni assoggettati a sequestro o confisca, ha precisato che la verifica dei crediti e dei diritti relativi ai suddetti beni è svolta «dal giudice delegato del tribunale di prevenzione [e non dal giudice delegato al fallimento] nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 52 e seguenti». L'unica modifica introdotta al comma 6 consiste nella eliminazione del riferimento all'applicazione della disciplina relativa alla tutela dei terzi di cui agli artt. 52 e seguenti del codice. In logica continuazione rispetto alle modifiche apportate ai commi precedenti si pongono le innovazioni introdotte al comma 7 dell'art. 63, ove si stabilisce che in caso di revoca del sequestro o della confisca, il curatore procede all'apprensione dei beni in applicazione della normativa di cui alla Legge fallimentare e il giudice delegato al fallimento procede alla verifica dei crediti e dei diritti in relazione ai beni per i quali è intervenuta la revoca del sequestro o della confisca. Nel caso in cui la revoca intervenga dopo la chiusura del fallimento, ancorché siano trascorsi cinque anni da tale momento, il Tribunale provvede, anche su iniziativa del Pubblico Ministero, alla riapertura della procedura fallimentare. Infine, la novella ha introdotto all'art. 63 il nuovo comma 8-*bis*, in virtù del quale, nel caso in cui siano stati sequestrati complessi aziendali e produttivi o partecipazioni societarie di maggioranza, l'amministratore giudiziario può, prima che intervenga la confisca definitiva e previa autorizzazione del Tribunale, presentare al Tribunale fallimentare domanda per l'ammissione al concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché predisporre un piano attestato da un revisore legale volto al risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e al riequilibrio finanziario. Inoltre, il piano di ristrutturazione, ove finalizzato a garantire la salvaguardia dell'unità produttiva e il mantenimento dei livelli occupazionali, può prevedere l'alienazione dei beni sequestrati anche fuori dei casi di cui all'articolo 48.

Infine, la novella ha modificato anche la disciplina relativa alle ipotesi di sequestro successivo alla dichiarazione di fallimento (art. 64 codice antimafia). È rimasto immutato il comma 1, in virtù del quale il sequestro di prevenzione di beni interessati dalla procedura fallimentare comporta la separazione di tali beni – disposta dal giudice delegato al fallimento, sentito il curatore ed il comitato dei creditori – dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministratore giudiziario. Con la modifica del secondo comma, invece, il Legislatore ha snellito la disposizione previgente, stabilendo che, salvo le ipotesi di chiusura del fallimento di cui al comma 7, il giudice delegato del Tribunale di prevenzione deve procedere, ai sensi degli artt. 52 e

seguenti, alla verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, ancorché già verificati dal giudice del fallimento. In logica continuazione con le modifiche apportate alle precedenti disposizioni del codice antimafia, è stato abrogato il comma 3 dell'art. 64, che estendeva la suddetta verifica ai crediti ed ai diritti insinuati nel fallimento dopo il deposito della richiesta di applicazione di una misura di prevenzione. Ai sensi del novellato comma 4, il Tribunale fallimentare sospende – sino all'esito del procedimento di prevenzione – i giudizi di impugnazione di cui all'articolo 98 della Legge fallimentare, eventualmente pendenti nel momento in cui interviene il sequestro di prevenzione e relativi ai crediti e ai diritti interessati dal sequestro. In caso di revoca del sequestro, spetta alle parti interessate riassumere il giudizio. Ulteriori modifiche consistono nell'abrogazione del comma 5, con cui si stabiliva la partecipazione alle ripartizioni dell'attivo fallimentare dei soli creditori ammessi al passivo fallimentare, e nella rimodulazione del sesto comma, in virtù del quale i crediti inerenti ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, sono soddisfatti sui beni oggetto di confisca secondo il piano di pagamento di cui all'articolo 61. Infine, il Legislatore ha eliminato il riferimento alla disciplina relativa alla tutela dei terzi dal comma 7, che indica i casi (sequestro o confisca di prevenzione aventi per oggetto l'intera massa attiva fallimentare ovvero, nel caso di società di persone, l'intero patrimonio personale dei soci illimitatamente responsabili), in cui il Tribunale, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, dichiara la chiusura del fallimento.

5. Le modifiche in ordine alle circostanze aggravanti, alle sanzioni e alla documentazione antimafia

Il Capo IV della Legge di riforma, recante modifiche alla disciplina relativa alla tutela dei terzi e ai rapporti tra il procedimento di prevenzione e le procedure concorsuali, comprende gli artt. da 23 a 28, con cui il Legislatore ha introdotto alcune modifiche in ordine alle circostanze aggravanti e alle sanzioni penali previste per la violazione delle prescrizioni imposte con le misure di prevenzione, nonché in materia di documentazione antimafia.

In particolare, l'art. 23 ha modificato l'articolo 71 del codice antimafia che prevede una circostanza aggravante (aumento di pena da un terzo alla metà) per una serie di delitti, allorché siano commessi da un soggetto sottoposto in via definitiva a una misura di prevenzione personale durante il periodo di applicazione e fino ai tre anni successivi all'esecuzione della misura. Ai delitti già previsti dalla previgente disposizione, la novella ha aggiunto: scambio elettorale politico mafioso (art. 416-ter cod. pen.); assistenza agli associati (art. 418 cod. pen.); una serie di delitti contro la Pubblica Amministrazione, che, ad eccezione della fattispecie di peculato d'uso ex art. 314 cod. pen, cor-

rispondono a quelli previsti dal nuovo art. 4, comma 1, lett. i-bis) del Codice.

La Legge di riforma ha, poi modificato i commi 6 e 8 dell'art. 76 del codice, rubricato «altre sanzioni penali». Ai sensi del nuovo comma 6 è punito con la reclusione da uno a quattro anni colui che omette di adempiere ai doveri informativi di cui alla lettera a) del comma 2 dell'articolo 34-bis nei confronti dell'amministratore giudiziario. L'unica modifica concernente la disposizione di cui al comma 8 attiene all'aumento della pena massima da cinque a sei anni per il sorvegliato speciale che contravvenga al divieto di svolgere attività di propaganda elettorale.

Per quanto riguarda le modifiche relative al Libro II del D.lgs. n. 159/2011, concernente la documentazione antimafia, la Legge di riforma ha rimodulato le disposizioni di cui agli artt. 83, 84, 85 e 91 D.lgs. n. 159/2011.

Al comma 1 del primo di tali articoli («Ambito di applicazione della documentazione antimafia»), è stato precisato che l'obbligo di acquisire la documentazione antimafia di cui all'articolo 84 prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'articolo 67 grava non più sui «concessionari di opere pubbliche», bensì sui «concessionari di lavori o di servizi pubblici». Con riferimento ai casi di esonero della richiesta di documentazione antimafia (comma 3), la novella ha eliminato il riferimento alle erogazioni di valore complessivo superiore a 150.000 euro, con la conseguenza che i soggetti di cui al comma 1 dovranno, ora, acquisire la documentazione antimafia per tutti i tipi di erogazione, indipendentemente dal loro valore. Infine, la Legge di riforma ha introdotto all'art. 83 il nuovo comma 3-bis, con cui si prevede l'obbligo di acquisire la documentazione in esame per le concessioni di terreni agricoli e zootecnici demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei. A ben vedere, tale disposizione consiste nella positivizzazione del «Protocollo Antoci di Legalità» del 2015, con cui si obbligano le aziende che intendano affittare i terreni del Parco dei Nebrodi (firmatario del protocollo) a fornire il certificato antimafia rilasciato dalla Prefettura.

L'art. 84 del codice è stato interessato soltanto dall'introduzione del delitto di cui all'art. 603-bis (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro), cioè il c.d. «caporalato», nell'elenco dei reati ivi indicato, con riferimento ai quali, ai sensi del comma 4, lett. a), i provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio consentono di desumere la sussistenza di situazioni di pericolo di infiltrazione mafiosa, che, quindi, danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva.

L'art. 85, che individua le categorie soggettive sottoposte alla verifica antimafia, è stato modificato dall'art. 27 della Legge di riforma. In particolare, con la novella viene eliminato l'inciso dell'art. 85, comma 2, lett. b) secondo cui i consorziati erano sottoposti alla suddetta verifica ove detenessero nei consorzi una partecipazione superiore al 10 per cento, oppure una partecipazione inferiore al 10 per cento, ma in presenza della stipula di un patto parasociale riferibile a una partecipazione pari o superiore al 10 per cento. È stato eliminato anche l'inciso finale della lett. b) che estendeva la verifica in discorso ai soci o consorziati per conto dei quali le società consortili o i consorzi operassero in modo esclusivo nei confronti della Pubblica Amministrazione. Ne consegue, quindi, che, alla luce delle modifiche apportate all'art. 85 del codice antimafia, la documentazione antimafia per le società di capitali anche consortili deve necessariamente riferirsi – oltre che a tutti i soggetti già contemplati dalla previgente disciplina – a tutti i consorziati senza distinzioni di sorta.

Infine, l'art. 28 della Legge di riforma ha modificato l'art. 91 del codice antimafia, relativo all'«*Informazione antimafia*», con l'introduzione del nuovo comma 1-*bis*. La nuova disposizione, in conformità alle modifiche apportate all'art. 83 del codice, stabilisce che l'informazione antimafia – che deve essere acquisita dai soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti – «è sempre richiesta nelle ipotesi di concessione di terreni agricoli demaniali che ricadono nell'ambito dei regimi di sostegno previsti dalla politica agricola comune, a prescindere dal loro valore complessivo, nonché su tutti i terreni agricoli, a qualunque titolo acquisiti, che usufruiscono di fondi europei».

6. L'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati alla criminalità organizzata

La Legge di riforma del codice antimafia (art. 29) ha introdotto significative novità anche nel Titolo II, Libro III (art. da 110 a 114) D.lgs. n. 159/2011, rimodulando completamente la disciplina dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, al fine di potenziarne le dotazioni organiche e coordinarne le disposizioni con le modifiche introdotte dalla riforma.

Con la modifica dell'art. 110, comma 1, il Legislatore ha stabilito che la sede principale dell'Agenzia non è più a Reggio Calabria⁵⁰, bensì a Roma, e che, compatibilmente con le sue esigenze di funzionalità,

⁵⁰ Originariamente la sede principale dell'Agenzia era stata individuata a Reggio Calabria in quanto la sua costituzione venne annunciata nel Consiglio dei Ministri tenutosi in detta città il 28 gennaio 2010 in seguito ad alcuni atti intimidatori della N'drangheta.

per le sue sedi sono impiegati, su disposizione della stessa Agenzia, immobili confiscati alla criminalità organizzata.

Anche il comma 2 dell'art. 110, relativo ai compiti attribuiti all'Agenzia (che permane sotto la vigilanza del Ministro dell'interno), è stato significativamente modificato dall'intervento di riforma. Innanzitutto, la novella ha ridefinito i contenuti e la portata dell'attività di acquisizione di informazioni – necessarie per l'esercizio dei compiti attribuiti all'Ufficio – demandata all'Agenzia ai sensi dell'art. 11, comma 2, lett. a). Il Legislatore ha, poi, chiarito che l'attività di ausilio dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione e custodia dei beni sequestrati nel corso del procedimento di prevenzione, nonché dei procedimenti penali per i delitti di cui agli articoli 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen. e 12-*sexies* L. n. 356/1992, è finalizzata «a rendere possibile, sin dalla fase del sequestro, l'assegnazione provvisoria dei beni immobili e delle aziende per fini istituzionali o sociali agli enti, alle associazioni e alle cooperative di cui all'articolo 48, comma 3». Infine, in conformità alle modifiche apportate all'art. 38, si prevede che l'attività dell'Agenzia consistente nell'amministrazione e destinazione dei beni confiscati ha inizio con il provvedimento di confisca emesso dalla Corte di appello.

La Legge di riforma è intervenuta anche sulla disciplina relativa all'organizzazione dell'Agenzia. Con la modifica dell'art. 111, da un lato, è stato ampliato l'elenco degli organi dell'Agenzia, con l'aggiunta – a quelli già previsti dalla previgente disposizione: Direttore; Consiglio direttivo e Collegio dei revisori – del Comitato consultivo di indirizzo, dall'altro è stata ridefinita la disciplina degli organi originari.

Quanto alla figura del Direttore, ferma restando la procedura di nomina (con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri), è stato ampliato il novero dei soggetti tra cui è scelto, ricomprendendo non più soltanto i prefetti, bensì tutte le figure professionali che abbiano maturato esperienza professionale specifica, almeno quinquennale, nella gestione dei beni e delle aziende (prefetti, dirigenti dell'Agenzia del demanio, magistrati che abbiano conseguito almeno la quinta valutazione di professionalità o delle magistrature superiori).

Quanto al Consiglio direttivo (presieduto dal Direttore), invece, la Legge di riforma ne ha integrato la composizione con l'aggiunta, rispetto agli originari componenti, di un rappresentante del Ministero dell'interno designato dal Ministro dell'interno e da un qualificato esperto in materia di progetti di finanziamenti europei e nazionali designato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri o dal Ministro delegato per la politica di coesione. Inoltre, i componenti del Consiglio direttivo non sono più nominati dal Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Mi-

nistro dell'interno, ma direttamente con decreto di quest'ultimo.

In ordine alla disciplina del Collegio dei revisori, il Legislatore si è limitato a sostituire, con riferimento alla categoria di soggetti di cui si compone tale organo, l'inciso «fra gli iscritti nel registro dei revisori contabili» con quello «fra gli iscritti nel registro dei revisori legali».

Infine, con l'introduzione del nuovo comma 6, la Legge di riforma ha dettato la disciplina del nuovo Comitato consultivo di indirizzo. Presieduto dal Direttore, esso è composto: a) da un qualificato esperto in materia di politica di coesione territoriale, designato dal Dipartimento per le politiche di coesione; b) da un rappresentante del Ministero dello sviluppo economico, designato dal medesimo Ministro; c) da un rappresentante del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, designato dal medesimo Ministro; d) da un responsabile dei fondi del Programma operativo nazionale "sicurezza", designato dal Ministro dell'interno; e) da un rappresentante del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, designato dal medesimo Ministro; f) da un rappresentante delle regioni, designato dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome; g) da un rappresentante dei comuni, designato dall'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI); h) da un rappresentante delle associazioni che possono essere destinatarie o assegnatarie dei beni sequestrati o confiscati, di cui all'articolo 48, comma 3, lettera c), designato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali sulla base di criteri di trasparenza, rappresentatività e rotazione semestrale, specificati nel decreto di nomina; i) da un rappresentante delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, da un rappresentante delle cooperative e da un rappresentante delle associazioni dei datori di lavoro, designati dalle rispettive associazioni. I componenti del Comitato consultivo di indirizzo sono nominati con decreto del Ministro dell'interno. Ai componenti non spetta alcun compenso, indennità, gettone di presenza, rimborso di spese o emolumento comunque denominato. Ai sensi del nuovo comma 7, alle riunioni del predetto Comitato possono essere chiamati a partecipare i rappresentanti degli Enti territoriali ove i beni o le aziende sequestrati e confiscati si trovano.

La novella ha, poi, introdotto significative modifiche in ordine alle attribuzioni degli organi dell'Agenzia. La rappresentanza dell'Agenzia è rimasta in capo al Direttore, il quale convoca con frequenza periodica il Consiglio direttivo e il Comitato consultivo di indirizzo, stabilendo l'ordine del giorno delle sedute. Ai sensi del riformulato comma 2 dell'art. 112, L'Agenzia, prima di subentrare – con il provvedimento di confisca emesso dalla Corte d'appello – all'amministratore giudiziario nell'amministrazione dei beni, coadiuva l'autorità giudiziaria nella gestione. Inoltre,

in virtù delle modifiche apportate all'art. 112, comma 3, l'Agenzia si avvale («può avvalersi» secondo la previgente disposizione) delle prefetture-uffici territoriali del Governo territorialmente competenti – presso le quali è istituito, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un apposito nucleo di supporto (la cui composizione è definita con decreto del Ministro dell'Interno) – non più soltanto per le attività connesse all'amministrazione e alla destinazione dei beni sequestrati e confiscati anche in via non definitiva, ma anche per il monitoraggio sul corretto utilizzo dei beni assegnati. Successivamente, «i prefetti, con il provvedimento di costituzione del nucleo di supporto, individuano, sulla base di linee guida adottate dal Consiglio direttivo dell'Agenzia, le altre amministrazioni, gli enti e le associazioni che partecipano alle attività del nucleo con propri rappresentanti».

Quanto, in particolare, alle attribuzioni dei singoli organi, al Consiglio direttivo, che comunque conserva le funzioni già conferitegli dalla previgente normativa, sono assegnati numerosi compiti, sia durante la fase del sequestro, in cui l'Agenzia svolge attività di supporto all'autorità giudiziaria e all'amministratore giudiziario, che in quella successiva alla confisca disposta dalla Corte d'appello, in cui, invece, l'Agenzia si occupa a pieno titolo dell'amministrazione e gestione dei beni. In tale attività, il Consiglio direttivo utilizza i dati raccolti attraverso il proprio sistema informativo per facilitare le collaborazioni tra amministratori giudiziari e tra coadiutori e favorire i rapporti commerciali tra le imprese sequestrate o confiscate; assiste l'amministratore giudiziario nell'attività di analisi aziendale volta a verificare la possibilità di prosecuzione o ripresa dell'attività imprenditoriale ovvero avviare procedure di liquidazione o di ristrutturazione del debito; stipula protocolli di intesa con le strutture interessate e con le associazioni di categoria per l'individuazione di professionalità necessarie per la prosecuzione o la ripresa dell'attività d'impresa; verifica in modo continuo e sistematico, avvalendosi delle prefetture-uffici territoriali del Governo e, ove necessario, delle Forze di polizia, la conformità dell'utilizzo dei beni, da parte dei privati e degli enti pubblici, ai provvedimenti di assegnazione e di destinazione. Infine, previo parere motivato del Comitato consultivo di indirizzo, il Consiglio direttivo emana le linee guida interne che intende seguire sia per fornire ausilio all'autorità giudiziaria, sia per stabilire la destinazione dei beni confiscati; predisporre protocolli operativi su base nazionale per concordare con l'Associazione bancaria italiana (ABI) e con la Banca d'Italia modalità di rinegoziazione dei rapporti bancari già in essere con le aziende sequestrate o confiscate; approva il bilancio preventivo e il conto consuntivo; sottoscrive convenzioni e protocolli con pubbliche amministrazioni, Regioni, Enti locali, ordini professionali, enti e associazioni per le finalità del presente decreto.

Al Comitato consultivo di indirizzo, invece, sono attribuiti due diversi compiti: esprimere pareri motivati su determinate questioni (tra cui, le linee guida e gli interventi necessari per la salvaguardia del valore patrimoniale e dei livelli occupazionali delle aziende, ovvero per l'aumento della redditività degli immobili; il bilancio preventivo e il conto consuntivo; la destinazione e l'utilizzazione dei beni sequestrati o confiscati) e presentare proposte finalizzate all'interazione degli amministratori giudiziari delle aziende ovvero all'accertamento della disponibilità degli Enti territoriali, delle associazioni e delle cooperative di cui all'articolo 48, comma 3, lettera c), a prendere in carico i beni immobili, che non facciano parte di compendio aziendale, sin dalla fase del sequestro.

Infine, per il Collegio dei revisori, la Legge di riforma ne ha individuato i compiti limitandosi a fare riferimento a quelli previsti dall'art. 20 del decreto legislativo 30 giugno 2011, n. 123.

Ancora, l'art. 29 della Legge di riforma è intervenuto sull'art. 113 del codice antimafia, precisando che il regolamento di organizzazione dell'Agenzia nazionale debba prevedere che la selezione del personale avvenga privilegiando le specifiche competenze in materia di gestione aziendale, accesso al credito e finanziamenti europei.

Due disposizioni totalmente nuove sono quelle di cui agli artt. 113-*bis* e 113-*ter*, rubricati, rispettivamente, «Disposizioni volte a garantire la funzionalità dell'Agenzia» e «Incarichi speciali».

All'art. 113-*bis* viene disciplinata la dotazione organica dell'Agenzia e, al comma 1, è disposto l'aumento del personale da trenta a duecento unità. La stessa norma prevede, poi, che il Direttore dell'Agenzia, previa delibera del Consiglio direttivo, può avvalersi, a determinate condizioni (nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto dell'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165), di personale specializzato in materia di gestioni aziendali e patrimoniali, assunto con contratti a tempo determinato.

Ancora, ai sensi dell'art. 113-*ter*, è prevista la possibilità che, in aggiunta al personale indicato nell'articolo precedente, in seno all'Agenzia e alle dirette dipendenze funzionali del Direttore possa operare un contingente, composto da un numero non superiore a dieci unità, «di personale con qualifica dirigenziale o equiparata, appartenente alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del D.lgs. n. 165/2001, e successive modificazioni, alle Forze di polizia di cui all'articolo 16 della Legge 1 aprile 1981, n. 121, nonché ad enti pubblici economici».

In conclusione, le modifiche introdotte dalla Legge di riforma in ordine alla disciplina dell'Agenzia nazionale dimostrano la presa di coscienza, da parte del Legislatore, di tutte le criticità afferenti la fase dell'amministrazione e destinazione dei beni definitivamente

confiscati, che spesso si risolve nel totale abbandono degli stessi, nonché, nel caso in cui si tratti di attività imprenditoriali, nel loro irrimediabile collasso. Ne consegue, quindi, la necessità – che il Legislatore ha cercato di soddisfare – di potenziare la struttura di tale Ufficio, affinché lo stesso possa disporre di un personale più numeroso e qualificato, e di stabilire con maggiore precisione i suoi ambiti di intervento.

7. Le modifiche *extra codicem*

La Legge 17 ottobre 2017, n. 161 non ha confinato il proprio intervento di riforma al codice antimafia, ma ha introdotto rilevanti novità anche in ordine al codice penale, al codice di rito e ad altre leggi speciali. Si tratta di un intervento di ampio respiro che, oltre alla disciplina dettata dal D.lgs. 159/2011, ha modificato anche alcune disposizioni del codice penale e di procedura penale, nonché alcune norme di attuazione del codice di rito, la responsabilità amministrativa da reato degli enti e la confisca allargata. Con la stessa Legge, inoltre, si delega al Governo l'emanazione di una norma in tema di tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate.

L'art. 30, comma 1, della Legge di riforma – in conformità alla ritenuta particolare gravità del reato, al punto da ritenere necessario un intervento dello Stato in termini preventivi (nuovo art. 4 del codice antimafia) nei confronti degli autori dello stesso – ha modificato, aumentandola («da uno a sei anni» si passa a «da due a sette anni»), la cornice edittale della pena detentiva prevista per il reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-*bis* cod. pen.).

Il comma 2 della stessa norma ha, opportunamente, modificato l'art. 104 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al D.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, al fine di raccordarlo alle modifiche apportate al codice antimafia. Innanzitutto, il comma 1 di tale disposizione non rinvia più, quanto alla nomina dell'amministratore giudiziario, «all'articolo 2-sexies, comma 3, della Legge 31 maggio 1965, n. 575», bensì «all'articolo 35 del codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni». Nello stesso articolo sono stati, poi, introdotti due nuovi commi (1-*bis* e 1-*ter*). Il primo rinvia alla disciplina di cui al libro I, titolo III, del codice antimafia per la nomina dell'amministratore giudiziario da parte del giudice che dispone il sequestro; il secondo attribuisce i compiti del giudice delegato alla procedura al giudice che ha emesso il decreto di sequestro, ovvero, nel caso di provvedimento emesso da organo collegiale, al giudice delegato nominato ai sensi e per gli effetti dell'art. 35, comma 1, del codice.

Analogamente a quanto disposto in materia di misure di prevenzione dal nuovo art. 34-*ter*, la Legge di riforma ha modificato l'art. 132-*bis* delle dispo-

sizioni di attuazione del cod. proc. pen. (rubricato «Formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi») assicurando la priorità assoluta nella formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi a quelli nei quali vi sono beni sequestrati in funzione della confisca di cui all'articolo 12-*sexies* D.L. n. 306/1992.

Ulteriori modifiche sono state dettate dalla Legge di riforma (art. 30, comma 3) in materia di responsabilità amministrativa derivante da reato degli enti di cui al D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Oggetto di riforma è l'art. 25-*duodecies*, che viene ad essere ampliato con l'aggiunta dei commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater*. Le nuove disposizioni normative hanno esteso la responsabilità delle persone giuridiche anche in relazione alla commissione dei delitti di cui all'articolo 12, commi 3, 3-*bis*, 3-*ter* e 5 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni (rubricato «Disposizioni contro le immigrazioni clandestine»), con la conseguente applicazione all'ente di sanzioni pecuniarie e interdittive (per una durata non inferiore a un anno).

L'art. 31 della novella ha, poi, introdotto significative innovazioni in ordine all'ambito di applicazione dell'art. 12-*sexies* D.L. n. 306/1992, convertito nella L. n. 356/1992, cioè della c.d. confisca "allargata" o "per sproporzione".

Con la modifica dell'art. 12-*sexies*, comma 1, ad opera dell'art. 31, comma 1, lett. a), è stato ampliato, con l'aggiunta delle fattispecie indicate dall'art. 51, comma 3-*bis*, cod. proc. pen., il catalogo dei reati a cui consegue «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».

Parallelamente, al fine di evitare la ridondanza della norma, è stata eliminata l'espressa indicazione di quei reati già contenuti nell'elenco di cui alla suddetta disposizione del codice di rito (ad eccezione – per mero difetto di coordinamento – di quello di cui all'art. 260 D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152). Infine, l'ambito di applicazione dell'istituto in parola è stato ridefinito mediante l'aggiunta di due nuove ipotesi delittuose (art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 – ad eccezione della ipotesi di lieve entità di cui al comma 5 – e art. 295, comma 2, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e l'eliminazione delle fattispecie relative alla corruzione tra privati (art. 2635 cod. civ.) e ai reati informatici (artt. 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater*, 635-*quinquies* cod. pen.), introdotte dal D.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, che ha dato attuazione alla direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

Tuttavia, in sede di promulgazione, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ha evidenziato l'insufficienza di tale disposizione, invitando il Legislatore ad intervenire nuovamente sulla stessa al fine di renderla conforme alla normativa europea. In tal modo, la disposizione in parola è stata modificata con il D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito con modificazioni dalla L. 4 dicembre 2017, n. 172 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale il successivo 5 dicembre 2017), il quale, oltre a precisare che il divieto di giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego di evasione fiscale non trova applicazione nei casi in cui l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge, ha fatto rivivere la disposizione previgente all'entrata in vigore della legge di riforma del codice antimafia nella parte in cui si dispone che la confisca è disposta in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta per i reati di cui all'art. 2635 cod. civ. e agli articoli 617-*quinquies*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* del codice penale quando le condotte quivi descritte riguardano tre o più sistemi.

Inoltre, al comma 1 è stato aggiunto un periodo di chiusura con cui, disattendendo il *dictum* delle Sezioni Unite⁵¹, è fatto divieto – in conformità alle modifiche apportate all'art. 24 del codice antimafia – al condannato di «giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale».

In logica continuazione con le modifiche apportate al comma 1, nonché con la riforma della confisca di prevenzione, si pone l'abrogazione, ad opera dell'art. 31, comma 1, lett. b) della novella, dei commi 2 e 2-*bis* dell'art. 12-*sexies*. Per effetto di tali abrogazioni, è stato modificato (*rectius*, adeguato) anche il testo del comma 2-*ter* dell'articolo in esame (che richiamava il comma abrogato), recante la disciplina della c.d. confisca allargata per equivalente.

Anche i commi 2-*quater*, 3 e 4 della disposizione in esame sono stati abrogati dalla Legge di riforma, mentre il comma 4-*bis* è stato modificato al fine di conformare la disciplina della confisca allargata a quella della confisca di prevenzione. In particolare, si dispone che in materia di confisca allargata trovano applicazione le disposizioni concernenti l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati e quelle in tema di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice antimafia. In tali casi, inoltre, 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.

⁵¹ Si rinvia al paragrafo 2.4.

Infine, la Legge di riforma (art. 31, comma 1, lett. f) ha introdotto all'art. 12-*sexies* cinque nuovi commi (da 4-*quinquies* a 4-*nonies*).

Il nuovo comma 4-*quinquies* appresta maggiore tutela alle esigenze di difesa dei terzi, prevedendo che i soggetti titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni sequestrati, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo, devono essere citati nel giudizio di cognizione. Tuttavia, alla luce della mancata previsione di una sanzione per effetto della mancata citazione dei terzi e in considerazione delle affinità tra confisca allargata e confisca di prevenzione, sembra doversi ritenere applicabile, in caso di mancata citazione, il principio sancito dalla giurisprudenza di legittimità in materia di confisca di prevenzione, per cui «l'omessa citazione del terzo non determina la nullità del procedimento, ma una semplice irregolarità che non inficia il procedimento medesimo, e quindi l'applicazione della misura, ferma restando la facoltà dell'*extraneus* di esplicitare successivamente le sue difese, provocando un incidente di esecuzione»⁵².

Va, infine, osservato che, a differenza di quanto previsto in materia di prevenzione antimafia, nell'art. 12-*sexies* la necessaria citazione dei terzi non è estesa anche ai titolari di diritti di garanzia.

Il successivo comma 4-*sexies* attribuisce al giudice dell'esecuzione la competenza a disporre la confisca allargata (sia quella diretta, sia quella per equivalente) dopo l'irrevocabilità della sentenza. Il giudice vi provvede nelle forme previste dall'articolo 667, comma 4, del codice di rito. Avverso il decreto di confisca può essere proposta opposizione, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione dello stesso provvedimento.

Al comma 4-*septies* è stata introdotta una particolare ipotesi di confisca allargata, in quanto disposta in assenza di una formale sentenza di condanna. In particolare, secondo la nuova disposizione, la confisca in esame (quella diretta, ma non quella per equivalente) può essere disposta anche dalla Corte di appello, ovvero dalla Corte di cassazione, anche quando il reato a cui essa consegue sia stato dichiarato, in uno dei gradi di giudizio, estinto per prescrizione o amnistia. In questi casi, il giudice dovrà decidere sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato. A ben vedere, tale disposizione è destinata ad innescare forti discussioni, atteso che sembra porsi in contrasto con i principi sanciti dalla Corte EDU nella celebre pronuncia *Varvara c. Italia* in tema di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva e "sopravvivenza" del provvedimento di confisca urbanistica.

Ancora, il comma 4-*octies*, positivizzando un consolidato orientamento della giurisprudenza di legitti-

mità⁵³, stabilisce che 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 cod. proc. pen., nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa.

Infine, il comma 4-*nonies* reca la disciplina relativa all'opposizione ai provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria competente ad amministrare i beni sequestrati. Quest'ultima è individuata nel giudice che ha disposto il sequestro ovvero, se organo collegiale, il giudice delegato nominato dal collegio stesso.

L'art. 32 della Legge di riforma ha modificato l'art. 4 della Legge 22 dicembre 1999, n. 512, recante la disciplina dell'accesso al Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso. In particolare, la novella ha introdotto nella suddetta norma un novo comma (2-*ter*) con cui ne ha significativamente ristretto l'ambito di applicazione. In virtù della nuova disposizione, infatti, gli enti costituiti parte civile nelle forme previste dal codice di procedura penale e quelli costituiti in un giudizio civile nelle forme previste dal codice di procedura civile accedono al Fondo, ai fini del rimborso delle spese processuali, a condizione che la loro affidabilità e capacità operativa in favore delle vittime dei reati di tipo mafioso emergano da una serie di circostanze, quali: la chiara enunciazione nell'atto costitutivo dell'ente della finalità di assistenza e solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso; la partecipazione, nell'ultimo biennio, ad almeno un giudizio civile ed uno penale; la partecipazione, effettiva e non occasionale, a iniziative di diffusione della cultura della legalità e dei valori di solidarietà cui si ispira la stessa Legge; l'insussistenza di condizioni ostative (la pendenza di un procedimento penale, ovvero la pronuncia di sentenza definitiva di condanna, per uno dei reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a); l'applicazione in via definitiva di una misura di prevenzione, nonché la mera pendenza del relativo procedimento; l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 1, comma 2, lett. b), nei confronti del presidente o del rappresentante legale dell'ente.

⁵³ «L'estinzione della pena per morte del condannato non impedisce al giudice della esecuzione, trattandosi di evento verificatosi in epoca successiva all'irrevocabilità della condanna, di disporre la confisca ex art. 12-*sexies* L. n. 356 del 1992 e la relativa esecuzione, sempre che sussistano i presupposti della sua applicazione. L'applicabilità della confisca anche a seguito di estinzione del reato – che vale come principio generale per l'istituto di cui all'art. 240 cod. pen. – trova, per quel che concerne la speciale confisca di cui al predetto art. 12-*sexies*, una "ratio" aggiuntiva nella considerazione che essa accomuna la funzione repressiva, propria di ogni misura di sicurezza patrimoniale, con quella derivata dalla affine misura di prevenzione patrimoniale di cui all'art. 2-*ter* L. n. 575 del 1965, quale ostacolo inteso ad evitare il proliferare di ricchezze non giustificate, immesse nel circuito di realtà economiche a forte influenza criminale» (Cass. Sez. V, n. 9576 del 25 gennaio 2008, P.G. in proc. Doldo e altri, Rv. 239117).

⁵² Sez. U, n. 47239 del 30 ottobre 2014, Borrelli e altro.

Infine, l'art. 33, comma 1, della Legge di riforma ha modificato l'art. 7-*bis* della Legge sull'ordinamento giudiziario (Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12), introducendovi il nuovo comma 2-*sexies*. Con tale disposizione il Legislatore ha stabilito che presso ogni Tribunale del capoluogo del distretto, nonché presso le Corti di appello, devono essere istituite sezioni, ovvero individuati collegi, che trattino in via esclusiva i procedimenti di prevenzione al fine di assicurarne un più celere svolgimento. A tal fine, a detti collegi o sezioni specializzati è riconosciuta l'assegnazione, con delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, di un numero di magistrati proporzionalmente determinato e comunque non inferiore a tre componenti, nonché una copertura prioritaria delle eventuali carenze di organico e la riduzione, sempre con delibera del C.S.M., del carico di lavoro dei magistrati che svolgono le proprie funzioni anche in altri settori. In ogni caso, il presidente del Tribunale o della Corte di appello assicura che i suddetti collegi o sezioni siano composti prevalentemente da magistrati forniti di specifica esperienza nella materia della prevenzione o dei reati di criminalità organizzata, o che abbiano svolto funzioni civili, fallimentari e societarie, garantendo la necessaria integrazione delle competenze. Infine, la stessa disposizione, in deroga alle sue stesse prescrizioni, dispone l'istituzione di sezioni o collegi specializzati in materia di misure di prevenzione presso il Tribunale circondariale di Trapani e il Tribunale circondariale di Santa Maria Capua Vetere.

L'art. 33, comma 2, della novella ha delegato il Governo ad adottare, entro quattro mesi dall'entrata in vigore della Legge e in ossequio ai principi e criteri direttivi espressamente enunciati, «un decreto legislativo recante disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità relative agli uffici di amministratore giudiziario e di coadiutore dell'amministrazione giudiziaria, nonché di curatore nelle procedure fallimentari e figure affini delle altre procedure concorsuali». Il terzo ed ultimo comma dell'art. 33 della novella dispone che lo schema del suddetto Decreto legislativo deve essere trasmesso alle Camere, unitamente ad una relazione tecnica sulla neutralità finanziaria del medesimo, affinché le competenti Commissioni parlamentari esprimano i loro pareri entro sessanta giorni, decorsi i quali il decreto può essere comunque adottato. Il Governo, qualora non intenda conformarsi ai pareri parlamentari, ritrasmette il testo alle Camere con le proprie osservazioni ed eventuali modifiche. Le Commissioni competenti esprimono i pareri definitivi entro il termine di dieci giorni. Decorso tale termine, il decreto può essere comunque adottato.

Infine, l'art. 34 della Legge di riforma ha delegato al Governo l'adozione, secondo le direttive espressamente indicate, di un decreto legislativo recante disposizioni per le imprese sequestrate e confiscate sottoposte ad amministrazione giudiziaria fino alla loro

assegnazione. In particolare, la normativa delegata deve delineare una modalità di gestione che favorisca l'emersione del lavoro irregolare nonché il contrasto dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento del lavoro e consenta, ove necessario, l'accesso all'integrazione salariale e agli ammortizzatori sociali.

8. Le disposizioni di attuazione e transitorie

Infine, al Capo VII della Legge in esame (artt. da 35 a 37) il Legislatore ha dettato alcune disposizioni recanti la disciplina transitoria e i criteri di attuazione.

L'art. 35 indica i tempi per l'attuazione della riforma, prevedendo in primo luogo che, entro trenta giorni (dalla entrata in vigore della Legge), il C.S.M. debba adottare il provvedimento di attuazione della nuova disposizione dell'ordinamento giudiziario concernente l'istituzione delle sezioni specializzate; entro i successivi sessanta giorni i dirigenti degli uffici giudiziari devono adottare i provvedimenti volti a garantire la trattazione prioritaria dei procedimenti di prevenzione patrimoniale (comma 1). Nello stesso termine l'Agenzia nazionale deve adottare, con delibera del Consiglio direttivo, i criteri per l'individuazione del proprio personale, tra cui coloro da nominare amministratore giudiziario *ex art.* 35, comma 2-*ter* del codice antimafia. Ai sensi del comma 2 dell'articolo 35, entro novanta giorni dall'entrata in vigore della novella devono essere emanati i decreti ministeriali e i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, compresi quelli relativi al Fondo unico giustizia, e devono essere istituiti o nominati gli organi previsti dal codice antimafia. Infine, entro centoventi giorni dall'entrata in vigore della Legge il Presidente del Consiglio dei ministri deve presentare una relazione al Parlamento sull'attuazione della riforma (comma 3).

L'art. 36 reca disposizioni transitorie in ordine all'applicazione di specifiche modifiche del codice antimafia. In particolare, le modifiche relative alla competenza dell'Agenzia nazionale non si applicano ai casi nei quali l'amministrazione è stata assunta ai sensi delle previgenti disposizioni del codice antimafia; le modifiche concernenti il procedimento di applicazione si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore della novella, sia già stata formulata la proposta di applicazione della misura di prevenzione, tuttavia, nei procedimenti che, alla stessa data, si trovino in fase successiva alla prima udienza, l'eccezione di incompetenza per territorio può essere proposta alla prima udienza successiva alla data di entrata in vigore della Legge di riforma; le modifiche relative all'ampliamento delle categorie soggettive, al contenuto dell'avviso di fissazione dell'udienza, alla riduzione del termine di efficacia del sequestro e al sequestro e confisca per equivalente non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore della novella, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione; la nuova disposizione di cui all'art.

45-*bis* (in ordine al differimento dell'esecuzione dello sgombero o dell'allontanamento degli immobili ancora occupati a seguito di provvedimento definitivo di confisca) si applica ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della Legge di riforma, sempre che sia già intervenuto il provvedimento di confisca non più soggetto ad impugnazione.

L'art. 37 fornisce una sorta di interpretazione autentica delle disposizioni di cui all'art. 1, commi da 194 a 206, della Legge 24 dicembre 2012, n. 228, in applicazione delle quali non possono essere iniziate o proseguite, a pena di nullità, azioni esecutive sui beni confiscati prima dell'entrata in vigore del Codice antimafia (13 ottobre 2011). Il Legislatore di riforma, infatti, ha precisato che tale disciplina si applica anche in riferimento ai beni confiscati ai sensi dell'art. 12-*sexies* del D.L. 306/1992, all'esito di procedimenti iscritti nel registro delle notizie di reato prima della citata data di entrata in vigore.

Infine, all'art. 38 sono dettate disposizioni finanziarie relative all'attuazione della Legge di riforma. Ad eccezione di quanto previsto per le risorse necessarie alla riforma dell'Agenzia nazionale (art. 29 della novella) e per il sostegno dei lavoratori delle aziende sequestrate e confiscate (art. 34), le modifiche di cui alla presente Legge devono essere attuate senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Resta ferma l'acquisizione all'entrata del bilancio dello Stato della quota del Fondo unico giustizia derivante da risorse riassegnate, oggetto di sequestro penale o amministrativo.

Recensioni

LA RESPONSABILITÀ CIVILE
di Guido Alpa, Utet Giuridica, 2018 1277
a cura di Vittorio Sabato Ambrosio



La responsabilità civile, di Guido Alpa, Utet Giuridica, 2018

All'operatore giuridico, appassionato ai grandi temi del diritto civile, si segnala l'opera, ormai giunta alla sua seconda edizione, intitolata "Responsabilità Civile", curata dal Prof. Guido Alpa, che ha il pregio di effettuare una ricostruzione sistematica della materia onde mettere a suo agio il lettore per indirizzarlo nei meandri di una tematica affascinante che vive e si trasforma attraverso l'opera della giurisprudenza.

Proprio per soccombere alle enormi difficoltà che incontra l'interprete nell'approcciarsi ai temi che riguardano la responsabilità civile, l'Autore si fa carico di tali incombenza - sottolineando il marasma normativo della materia e la sua continua e stravolgente evoluzione - e cerca di offrire al lettore un'opera che ripercorre in maniera compiuta tutti gli aspetti della materia.

Infatti, nel testo si rileva che nella formula "*responsabilità civile*" si racchiudono la teoria dell'atto illecito, la teoria del danno, gli aspetti assicurativi, ma anche le connessioni con il diritto di famiglia della proprietà, del contratto, del credito, per non parlare dei temi centrali della teoria generale del diritto, dall'uso delle clausole generali alle tecniche interpretative, alla creatività della giurisprudenza. Nella prassi, poi, questo settore è in costante espansione. Le questioni problematiche affrontate nel testo si interfacciano con i repertori di giurisprudenza, in cui si può notare che una percentuale assai considerevole delle sentenze civili fa ricorso alle regole della responsabilità civile per dare soluzione a casi tradizionali, a casi nuovi, a casi "difficili". La ricchezza della materia, la sua duttilità, le sue novità giustificano persino la pubblicazione di riviste ad erga.

L'Autore, nelle pagine del testo, evidenzia che la nobiltà intellettuale di questa materia è stata raggiunta attraverso un percorso faticoso, dando conto dell'*excursus* giurisprudenziale avvenuto a partire dalla metà del secolo scorso. Pur accompagnando la codificazione di regole e principi da epoca memorabile, la disciplina degli effetti giuridici della lesione di beni protetti nella nostra esperienza ha cominciato a conoscere la sua stagione più feconda e felice solo al tornante degli anni Sessanta essendo prima considerata una appendice, per così dire, ora del diritto di proprietà, ora del diritto contrattuale e comunque terreno di elezione dei pratici piuttosto che non degli accademici.

Tanto è vero che le opere simili della prima metà del nostro secolo si contano sulle dita di una mano.

In conclusione, il lavoro offerto dal Prof. Alpa rappresenta un utile strumento che, oltre a fornire un taglio pratico della materia, si qualifica anche per la consistenza degli approfondimenti svolti, e allo stesso tempo, offre al lettore una preparazione adeguata su una materia che presenta molteplici aspetti interessanti.

Indice delle sentenze

Diritto Civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. III, 14.11.2017, n. 26827
(con nota di Sorrentino)
- Cass., sez. un., 15.11.2017, n. 27093 s.m.
- Cass., sez. un., 16.11.2017, n. 27199 s.m.
- Cass., sez. un., 20.11.2017, n. 27436 s.m.
- Cass., sez. IV, 27.11.2017, n. 28250 s.m.
- Cass., sez. II, 30.11.2017, n. 28766 s.m.
- Cass., sez. VI, 14.12.2017, n. 30139
(con nota di Chirico)
- Cass., sez. un., 22.12.2017, n. 30877 s.m.
- Cass., sez. un., 27.12.2017, n. 30985
(con nota di Alfano)
- Cass., sez. un., 16.01.2018, n. 898 s.m.

CORTE DI APPELLO

App. Napoli, 03.01.2018 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Napoli Nord, 10.04.2017 s.m.
- Trib. Santa Maria C. V., 06.06.2017 s.m.
- Trib. Cosenza, 13.07.2017 s.m.
- Trib. Modena, 09.09.2017 s.m.
- Trib. Chieti, 03.10.2017 s.m.
- Trib. Torino, 16.10.2017 s.m.
- Trib. Napoli, 23.10.2017 s.m.
- Trib. di Torino, 25.10.2017 s.m.
- Trib. Roma, 06.11.2017 s.m.
- Trib. Napoli Nord, 06.11.2017 s.m.
- Trib. Torino, 24.11.2017 s.m.
- Trib. Torino, 29.11.2017 s.m.
- Trib. Nocera Inferiore, 20.12.2017 s.m.
- Trib. Napoli, 09.01.2018 s.m.

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez.un., sent. 30.11.2017, n. 111
(con nota di Pignatelli)
- Cass., sez. 2, sent. 24.10.2017 n. 50672 s.m.
- Cass., sez. 2, sent. 12.10.2017 n. 54267 s.m.
- Cass., sez. 2, sent. 10.10.2017 n. 50949 s.m.
- Cass., sez. 4, sent. 28.09.2017 n. 53150 s.m.

- Cass., sez. 6, sent. 15.09.2017 n. 46492 s.m.
- Cass., sez. 6, sent. 19.07.2017 n. 45111 s.m.
- Cass., sez. 6, sent. 20.06.2017 n. 41767s.m.
- Cass., sez. 6, sent. 13.06.2017 n. 40548 s.m.
- Cass., sez. II, sent. 3.04.2017, n. 36160
(con nota di Laudonia)
- Cass., sez. 3, sent. 2.03.2017 n. 52040 s.m.
- Cass., sez. 3, sent. 2.03.2017 n. 51578 s.m.

CORTE DI APPELLO

Napoli, sez. VI, sent. 4.10.2017, n. 8609 s.m.

TRIBUNALE

- Nola, G.M., sent. 16.11.2017, n. 2470 s.m.
- Nola, G.M., ord. 16.11.2017, n. 270 s.m.
- Nola GM, sent. 7.11.2017, n. 2839 s.m.
- Avellino, G.M., sent. 6.11.2017, n. 1947 s.m.
- Nola, G.M., sent. 3.11.2017, n. 56 s.m.
- Nola, G.O.T., sent. 27.10.2017, n. 2708 s.m.
- Napoli, G.M., sent. 17.10.2017, n. 10586 s.m.
- Nola, G.M., sent. 17.10.2017, n. 2546 s.m.
- Nola, G.M., sent. 26.09.2017, n. 2170 s.m.

G.D.P.

Nola, sent. 16.11.2017, n. 206 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. sez. V, 04.10.2017, n. 23162 s.m.
- Cass., sez. un., 23.10.2017, n. 24964 s.m.
- Cass., sez. V, 15.11.2017, n. 27045 s.m.
- Cass., sez. V, 13.12.2017, n. 29886 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

- CGUE, 22.11.2017, C-251/1 s.m.
- CGUE, 23.11.2017, C-246/2016 s.m.

Diritto amministrativo

CONSIGLIO DI STATO

- Cons. Stato, sez. V, 30.10.2017, n. 4973 s.m.
- Cons. Stato, sez. III, 08.11.2017, n. 5170 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 08.11.2017, n. 5146 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 13.11.2017, n. 5224 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 14.11.2017, n. 5240 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 17.11.2017, n. 5303 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 21.11.2017, n. 5392 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 22.11.2017, n. 5424 s.m.
Cons. Stato, sez. V, 13.12.2017, n. 5854 s.m.
Cons. Stato, sez. III, 19.12.2017, n. 5965 s.m.

Diritto Internazionale

CORTE SUPREMA REGNO UNITO
U.K. Supreme Court, 06.12.2017, [2017] UKSC 78
s.m.

Diritto dell'Unione Europea

CORTE DI GIUSTIZIA
Corte giust., cause riunite C-217/15 e C-350/15,
05.04.2017 (con nota di Valentino)
Corte giust., III sez., causa C-547/16, 23.11.2017
s.m.

Sommario annuale

Indice per Sezioni

Editoriale

GIOVANNI LEGNINI, *Il Giudice e l'Economia. Prolusione all'inaugurazione anno accademico Università Mercatorum*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 5

ADRIANO GIANNOLA, *Zone Economiche Speciali, nuove frontiere dello sviluppo*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 173

FRANCESCO FIMMANÒ, *Crisi del capitalismo finanziario italiano e fondazioni di origine bancaria*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 445

MASSIMO KROGH, *Contro il declino della Corte Suprema di Cassazione*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 629

RAFFAELE CANTONE, *L'importanza di misurare la corruzione*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 925

FRANCESCO FIMMANÒ - VITTORIO OCCORSIO, *Il futuro della Law and Economics*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1109

L'osservazione

DOMENICO CUTTAIA, *Con l'aiuto dell'Università un impegno sempre più forte contro la criminalità organizzata*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 180

Diritto Civile

LORENZO RICCIO, *Il patto marciano: profili storici e sistematici*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 12

- *Il pegno: storia di una garanzia in evoluzione*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 466

LUCIA DI MARTINO, *Sulla frazionabilità dei crediti derivanti da rapporto di lavoro. Nota a Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 23

YLENIA ZAIRA ALFANO, *In tema di separazione ed adulterio: l'addebito va al "primo traditore". Nota a Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3318*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 30

- *Sul contratto di locazione "in nero": la registrazione tardiva sana il contratto con efficacia ex tunc. Nota a Corte di Cassazione, sez. III civ., sentenza 28 aprile 2017, n. 10498*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 219

- *Contratto di locazione avente ad oggetto immobili ad uso non abitativo: è legittima la clausola del canone "crescente". Nota a Cass., sez. III civ., 21 giugno 2017, n. 15348*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 492

- *Sulla rilevanza della colpa del lavoratore per l'indennizzabilità dell'infortunio sul lavoro. Nota a Corte di Cassazione, Sezione lavoro, 20 luglio 2017, n. 17917*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 649

- *Sull'indennità risarcitoria per licenziamento effettuato su contestazione tardiva. Nota a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 27 dicembre 2017, n. 30985*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1135

PIETRO SORRENTINO, *Sulla necessaria applicazione delle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano per la quantificazione del danno non patrimoniale. Nota a App. Roma, sez. III, 21 dicembre 2016, n. 7200*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 33

- *Sulle richieste di risarcimento a seguito di sinistri stradali mortali: presupposti e prova dei danni. Nota a Trib. Napoli, sez. VIII civ., 20 febbraio 2017, n. 2137*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 237

- *Sulla possibile riconducibilità di alcune neoplasie all'uso del cellulare e riconoscimento della malattia professionale. Nota a Trib. Ivrea, sez. lav., 21 aprile 2017, n. 96*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 486

- *Sulla validità del contratto "sale and lease back". Nota a Corte di Cassazione, Sezione III, 6 luglio 2017, n. 16646*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 667

- *Omesso consenso informato all'intervento: sul diverso onere probatorio a seconda del diritto fatto valere. Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 14 novembre 2017, n. 26827*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1123

GIANLUCA CASCELLA, *L'ambito applicativo del forum destinataesolutionis secondo le Sezioni Unite. Osser-*

- vazioni a margine di SS.UU. n. 17989 del 13 settembre 2016, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 184
- RICCARDO SABATO, *Luci ed ombre sulla buona fede: tra controllo di meritevolezza e "apriscatole giuridico"*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 191
- ROBERTA UMMARINO, *Il preliminare di preliminare e il diritto alla provvigione del mediatore*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 200
- GAETANO SCUOTTO, *Sulla immeritevolezza della clausola claims made priva di postuma inserita in un contratto di assicurazione. Nota a Corte di Cassazione, sez. III civ., 28 aprile 2017, n. 10506*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 211
- *Sulla franchigia aggregata, efficacia del contratto di assicurazione e relativo onere probatorio. Nota a Tribunale di Roma, Sezione XIII, 26 giugno 2017, n. 13032*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p.655
- MARYNA VAHABAVA, *Institutio ex re certa e l'alienazione totale o parziale dei beni che ne formano oggetto prima della morte del de cuius. Nota a Cass. civ., sez. VI, 17 marzo 2017, n. 6972*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 231
- EDUARDO SAVARESE, *Composizione della crisi e procedimenti di esecuzione forzata individuale*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 454
- VINCENZO SORRENTINO, *Sul principio della compensatio lucris cum damno. Nota a Cass., sez. III civile, Ordinanza interlocutoria del 22 giugno 2017, n. 15534*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 473
- FRANCESCO COSSU, *The intervention of the bodies of an italian company following the occurrence of an event involving its dissolution*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 634
- PIETRO PAOLO FERRARO, *Il divieto di abuso di dipendenza economica del professionista*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p.928
- LEONE MELILLO, *Dallo "scisma sommerso" all'era di Papa Francesco*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p.937
- ANDREA CARBONE, *Sul risarcimento del danno differenziale e personalizzazione della liquidazione. Nota a Tribunale di Napoli, sez. Lavoro, 4 gennaio 2017, n. 9311*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 942
- ROSA ABAGNALE, *Sull'opposizione alla cartella di pagamento, emessa ai fini della riscossione di una sanzione amministrativa pecuniaria comminata per violazione del codice della strada. Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, 23 maggio - 22 settembre 2017, n. 22080*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 953
- FARA CICCARELLI, *Sulla prova del nesso di causalità, in ambito civile, fra la condotta omissiva dei sanitari ed il decesso, applicabilità dei principi della "preponderanza dell'evidenza" o del "più probabile che non". Nota a Tribunale di Catania, Sezione V, 23 ottobre 2017, n. 4445*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 964
- LUIGI MOLVETTI - GIUSEPPE TAIS, *Sulla legittimità del patto di prova. Rilevanza delle Mansioni. Nota a Corte di Appello di Napoli, Sez. lavoro, 25 maggio 2017 n. 3871*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 970
- DARIO ROMBOLÀ, *La specificità dei motivi in Appello: l'evoluzione storica e la soluzione delle Sezioni unite del 16 novembre 2017 n. 27199*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1114
- UGO MARIA CHIRICO, *Il domicilio digitale soppianta la notifica in cancelleria. Nota a Corte di Cassazione, Sezione VI civile, 14 dicembre 2017, n. 30139*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1131

Diritto e procedura penale

- LUIGI GIORDANO - ANDREA NOCERA, *Market abuse: Ne bis in idem doppio binario sanzionatorio*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p.46
- *Anche il condizionamento della delibera a contrarre "turba" il procedimento di scelta del contraente, Nota a Corte di Cassazione, sez. VI penale, 16 febbraio 2017 n. 13432*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 508
- FABIANA POMES, *Prime indicazioni sul nuovo delitto di inquinamento ambientale. Nota a Corte di Cassazione, Sez. III penale, 3 novembre 2016, n. 46170*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p.55
- SISTO MACCHIARELLI, *Risolto il contrasto sulla sorte delle statuizioni civili per i reati degradati a illeciti civili con il d.lgs. n. 7/2016. Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 7 novembre 2016, n. 46688*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 262
- *L'eventuale natura sessuale del bacio sulla guancia: una nuova prospettiva dal giudice della nomofilachia. Nota a Cassazione Penale, Sezione III, 5 maggio 2016, n. 18679*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 698
- SALVATORE IOPPOLI, *Ne bis in idem e diritto vivente nell'ordinamento multilivello: il fatto nella dimensione empirica delineata dalla consulta. Nota a Corte costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 279
- ALDO CIMMINO, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale al vaglio della nomofilachia. n. 7/2016. Nota a Corte di Cassazione, sez. III, 21 settembre*

2016, n. 46170, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 298

ALESSANDRA AGRILLO, *Lo stato dell'arte in tema di scommesse ed il rapporto con il diritto comunitario*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 517

Valentina Picone, *Principi ordinatori in materia di autodifesa del diritto: l'art. 52 c.p.*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 680

ALFONSO LAUDONIA, *Bancarotta fraudolenta nel concordato con continuità aziendale e momento di attivazione della giurisdizione penale. Nota a Cassazione Penale, Sezione V, sentenza 6 ottobre 2016, n. 50675*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 686

- *La partecipazione dell'indagato detenuto al procedimento di riesame: il revirement interpretativo della Corte di Cassazione. Nota a Corte di Cassazione, Sez. II, 3 aprile 2017, n. 36160*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1159

ANNALISA IMPARATO, *La nuova responsabilità penale del medico alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 984

MARTINA TARZIA, *Limiti applicativi della sospensione condizionale della pena e divieto di reformatio in pejus*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 990

ERICA VICENTINI, *Sequestro di materiale informatico poi restituito: ammissibile il riesame pur della sola copia. Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, 20 luglio 2017, n. 40963*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 999

SERGIO RICCHITELLI, *Il sistema delle misure di prevenzione nella legislazione italiana. Lineamenti generali, principi e fattispecie – guida dell'evoluzione normativa. Lo stato dell'arte*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1150

Diritto amministrativo

BIAGIO GILIBERTI, *Sulla legittimazione a ricorrere nel contenzioso in materia di gare pubbliche. Nota a Corte di Giustizia, sez. VIII, 21 dicembre 2016, C-355/15*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 80

ROSSELLA VERDEROSA, *La disciplina dei Contratti pubblici nel nuovo Codice degli Appalti. Il sistema unico di qualificazione. Il DGUE. Il Rating d'impresa ed il sistema SOA. L'avalimento*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 326

LUCA LONGHI, *La determinazione della tariffa del servizio idrico integrato oggi tra Comuni, Enti d'Ambito e AEEGSI. Nota a T.a.r. Lombardia, sez. II, 27 settembre 2016, n. 1749*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 341

ALFONSO LAUDONIA, *Il subappalto non autorizzato: risvolti penalistici e l'applicazione della norma penale ai cd. contratti similari*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 542

ROSANNA ITTO, *Taratura e verifiche di funzionalità degli autovelox: a due anni dalla sentenza della Corte Costituzionale arrivano le indicazioni del ministero: più garanzie per gli automobilisti*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 718

DANIELA D'APONTE, *Sulla definitività dell'accertamento della (ir)regolarità contributiva dei partecipanti alle procedure di affidamento ex art. 80, c. 4, d. lgs. n. 50 del 2016. Cons. Stato, Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 21*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 724

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO, *La tutela cautelare nel nuovo rito su ammissioni ed esclusioni nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1024

Diritto tributario

MARIA RUSSO, *Tassazione dei redditi derivanti da attività di amministratore di società conseguiti da un soggetto non residente*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 94

DANIELA PARISI E LORENZO SACCHETTI, *Ripetizione di interessi anatocistici in favore del correntista: profili tributari di interesse erariale*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 100

ENZA SONETTI, *Le misure dirette a favorire l'adempimento tributario delle p.m.i.: una visione comparata*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 358

ANTONIO MIELE - MARIA LUISA MIELE, *La nuova contabilità semplificata per cassa*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 364

ANTONIO URICCHIO, *Zone economiche speciali e fiscalità portuale tra incentivi fiscali e modelli di prelievo. Relazione al Convegno 5 maggio 2017 "I Corridoi Transeuropei I e VIII: opportunità d'Integrazione Culturale e di Sviluppo del Sud"*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 558

ANTONIO URICCHIO - MARIO AULENTA, *Profili tributari e finanziari delle società partecipate pubbliche e delle società in house*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 734

SARA DI DONATO, *Fiscalità internazionale: dalle strategie elusive di corporate governante alle manovre di "tassazione sleale" degli Stati membri. L'action plan di contrasto dell'UE*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 753

EDUARDO MARIA PICCIRILLI, *L'attività di consulenza giuridica volta alla fattiva collaborazione tra fisco e*

contribuente e il diritto di interpello, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1034

GIOVANNA CARUGNO - MARIA RUSSO, *Introduzione al trattamento fiscale dei proventi da diritto d'autore*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1184

Diritto internazionale

MASSIMILIANO CUBUZIO, *L'articolo 23 della decisione quadro 2002/584/GAI e i casi "riconosciuti" di forza maggiore. Nota a Corte di Giustizia (Terza Sezione), 25 gennaio 2017, Causa C-640/1, Minister for Justice and Equality c. Tomas Vilkas*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 108

FORTUNA GIOVARELLI, *L'esclusione dallo status di rifugiato per i partecipanti alle attività di una rete terroristica. Nota a Corte di Giustizia (Grande Sezione), 31 gennaio 2017, causa C -573/14, Commissaire general aux refuges et aux apatrides c. Mustafa Lounani*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 372

CLAUDIA LUGLIO, *Nuovi strumenti europei per la lotta al terrorismo. La direttiva 541/2017/UE*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 570

ANDREA CIRCOLO, *La sospensione dei diritti degli Stati membri alla luce di violazioni gravi dei valori UE*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 764

LUCIA JESSICA ROSOTTA, *La cittadinanza europea leit motiv del diritto a godere dei benefici sociali: esclusione di qualsiasi forma di discriminazione, soprattutto di quelle che mettono a rischio il progetto d'integrazione familiare europeo. Nota a sentenza della Corte di Giustizia, 15 dicembre 2016, Seconda Sezione, Cause riunite C - 401/15 a C - 403/15, Noémie Depesme, Said Kerrou, Adrien Kauffmann, Maxime Lefort ct Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 772

FRANCESCO ROMANELLI, *La Corte di Giustizia ribadisce che ai sensi del Regolamento Dublino III compete agli Stati Membri di ingresso provvedere alla protezione dei cittadini di paesi terzi richiedenti asilo*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 785

CLAUDIA LUGLIO, *Una svolta storica nel panorama europeo: l'EPPO è divenuta realtà*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1196

LUIGI VALENTINO, *Sanzioni statali in materia IVA tra statuizioni CEDU, Corte di giustizia e principio del ne bis in idem. Nota a Corte di Giustizia, 5 aprile 2017, Cause riunite C217/15 e C-350/15, Orsi e Baldetti*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1206

Ordinamento giudiziario

NICOLA GRAZIANO, *La Circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019: analisi delle novità più rilevanti*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 132

ANTONIO LEPRE, *Organizzazione del lavoro del giudice civile, benessere e flessibilità organizzative: tra un modello verticistico burocratico-formale e un modello snello e fondato sui risultati*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 808

Focus

ASSUNTA ESTER PICCOLO, *Sulla idoneità del provvedimento di revoca dei contributi pubblici alle imprese ad essere titolo esecutivo 474 c.p.c. per l'iscrizione a ruolo finalizzato al successivo prelievo coattivo*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 142

GIACOMO ROMANO, *Le regole dibattimentali sulla formazione della prova si estendono anche al procedimento di esecuzione e sorveglianza*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 146

- *I dubbi di legittimità del c.d. codice antimafia alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte EDU*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 593

- *Il diritto di assunzione del vincitore di concorso pubblico e la responsabilità della p.a.* in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 390

- *Sull'ammissibilità del suicidio assistito e l'esistenza del c.d. diritto ad una morte dignitosa.* in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 821

- *Il risarcimento ex art. 35-ter ord. penit. si applica anche in stato di custodia cautelare*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1056

ELIA SCAFURI, *Sulla ammissibilità del ricorso amministrativo notificato in forma cartacea dopo il 1° gennaio 2017*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 151

- *Sulla "temporalizzazione" della detenzione dei documenti amministrativi ostensibili dopo la conclusione del procedimento*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 401

- *Rito "super-accelerato": decorrenza del termine per impugnare l'ammissione di altro concorrente ad una gara pubblica*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 598

- *La giurisdizione in caso di tutela della parità di trattamento nei concorsi pubblici*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 828

- *Sulle condizioni di ammissibilità del ricorso collet-*

- tivo proposto innanzi al Giudice amministrativo, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1063
- *Esame di abilitazione alla professione forense: identità delle formule di stile e annullamento della prova*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1230
- ANTONELLA D'ERRICO, *La lista Falciani tra inutilizzabilità della documentazione, obblighi di fedeltà del dipendente verso l'istituto datore di lavoro e tutela della riservatezza dei dati bancari*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 397
- FEDERICA DE NINNO, *Sull'ammissibilità della querela di falso avente ad oggetto le schede di prova dei candidati di un pubblico concorso*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 590
- CHIARA ESPOSITO, *Sulla possibilità per un dipendente pubblico iscritto nell'albo degli avvocati di assumere il patrocinio in controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 818
- GAETANO ALBANESE, *Revoca della patente di guida ex art. 120 del Codice della Strada; «droghe leggere» e «droghe pesanti»*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1052
- FRANCESCO DI SABATO, *La controversa qualificazione giuridica del diritto al corrispettivo per la fornitura di strumentazioni per le intercettazioni telefoniche e ambientali*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1224
- DONATO GRECO, *È fondato l'incidente di esecuzione volto a far dichiarare prescritto ora per allora il reato accertato con sentenza irrevocabile di condanna, quando sia intervenuta una declaratoria di illegittimità costituzionale della norma penale applicata al caso di specie, relativamente alla tipologia del trattamento sanzionatorio ivi previsto, in modo tale da mutare la natura del reato da delittuosa a contravvenzionale, e ne discenda così un diverso e più breve termine di prescrizione, per cui, se nel processo di cognizione concluso non si fosse applicata la norma viziata, la causa estintiva sarebbe già maturata ed il reato sarebbe stato dichiarato estinto per intervenuta prescrizione*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1227
- to disciplinare nel pubblico impiego, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 423
- VALERIA BOVE, *Legge sul cyberbullismo: un'occasione persa? Legge 29 maggio 2017, n. 71, Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyber bullismo*, in *Gazz. For.*, 2017, 3, p. 604
- *La riforma del codice di procedura penale, tra esigenze di razionalizzazione del sistema e necessità di adeguamento al dictum giurisprudenziale. Parte seconda: gli interventi di immediata applicazione in tema di riti speciali e di motivazione della sentenza*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 864
- PAOLA BORRELLI, *La riforma Orlando, tra esigenze di razionalizzazione del sistema e necessità di adeguamento al dictum giurisprudenziale. Parte prima: cosa cambia nelle indagini preliminari e nel procedimento di archiviazione*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 836
- MARCO DE LEVA, *La riforma Orlando, tra esigenze di razionalizzazione del sistema e necessità di adeguamento al dictum giurisprudenziale. Parte terza: gli interventi emblematici in tema di appello, partecipazione a distanza e definizione del procedimento per incapacità irreversibile*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 885
- CLAUDIA TORDO CAPRIOLI, *Il nodo gordiano del termine di prescrizione del reato e la riforma Orlando: un intervento claudicante?*, in *Gazz. For.*, 2017, 4, p. 905
- TEODORA SCARFÒ, *Il lungo cammino del terzo settore. Un mutamento giuridico e culturale*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1070
- ROBERTA D'ONOFRIO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1077
- VALENTINA VITULANO, *Alcuni aspetti della Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Gazz. For.*, 2017, 5, p. 1088
- LUIGI CAPRIELLO, *La riforma del codice antimafia: il difficile equilibrio tra il consolidamento dello strumento preventivo e le esigenze di razionalizzazione del sistema*, in *Gazz. For.*, 2017, 6, p. 1236

Novità legislative

- GIUSEPPE DE MARZO, *La riforma del processo civile in Cassazione*, in *Gazz. For.*, 2017, 1, p. 160
- FEDERICO LUME, *La riforma dei processi in materia di immigrazione e protezione internazionale*, in *Gazz. For.*, 2017, 2, p. 410
- MATILDE PEZZULLO, *I furbetti del cartellino parte seconda: il decreto Madia "correttivo" sul licenziamen-*

Recensioni

- PAOLO PURI, *Il sistema notarile di riscossione dei tributi, in Saggi di diritto tributario collana diretta da Fabrizio Amatucci, Pietro Boria e Antonio Felice Uricchio Aracne editrice, dicembre 2016*, in *Gazz. For.*, 2017,

1, p.274

GIUSEPPE AMARELLI, *Il diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale, a cura di Ubaldo Naz-zaro, Quaderni dell'accademia pontaniana, pp. 11-208, in Gazz. For., 2017, 2, p.432*

MARIA SARAH PAPILO, *Leo Peppe, Civis Romana. For-me giuridiche e modelli sociali dell'appartenenza e dell'identità femminili in Roma antica, Grifo, Lecce 2016, pp. 510, in Gazz. For., 2017, 3, p.618*

PIERLUIGI ROMANELLO, *Anna BellodiAnsaloni, L'arte dell'avvocato, ActorVeritatis, Studi di Retorica e de-ontologia forense; BononiaUniversity Press, 2016, in Gazz. For., 2017, 4, p. 916*

LUCA LONGHI, *Ho visto cose. Tutti i trucchi per rubare in Italia raccontati da un manager pubblico di Alber-to Pierobon con Alessandro Zardetto, ed. Ponte alle Grazie, 2017, pp. 224, in Gazz. For., 2017, 5, p. 1098*

VITTORIO SABATO AMBROSIO, *La responsabilità civile di Guido Alpa, Utet Giuridica, 2018, in Gazz. For., 2017, 6, p. 1278*

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 spediscilo, 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

