

Giapeto Editore

Gazzetta FORENSE

Gennaio - Febbraio 2018

La disciplina dell'equo compenso e delle clausole vessatorie a tutela del professionista (contraente debole).

Le novità normative recate dalle leggi n. 172/2017 e n. 205/2017

ALDO NICCOLI

L'organizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero nel sistema vigente. Il nuovo volto delle Procure della Repubblica a seguito della Risoluzione del C.S.M. del 16 novembre 2017

SERGIO RICCHITELLI

Analisi della territorialità e della residenza fiscale delle persone fisiche e giuridiche

SIMONE STANZIOLA

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

gennaio - febbraio 2018

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 11 - Numero 1 - Gennaio/Febbraio 2018

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

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

EDITORE

Giapeto Editore Srl con socio unico - Via Medina 5 - 80133 Napoli

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Francesco Albertini, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Francesco Cossu, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Francesca Galgano, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzezzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfrellotti, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, 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 Jazzezzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Alessia Palladino, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Enza Sonetti, Giorgia Viola, Valeria Zannella

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore.

A tale scopo la direzione della Rivista si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni, il cui nominativo verrà reso noto in un elenco pubblicato periodicamente.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Grafica Tuccillo - marzo 2018

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

I PORTI E LE ZONE ECONOMICHE SPECIALI di Ugo Patroni Griffi	5
--	---

Diritto e procedura civile

LA DISCIPLINA DELL'EQUO COMPENSO E DELLE CLAUSOLE VESSATORIE A TUTELA DEL PROFESSIONISTA (CONTRAENTE DEBOLE). <i>Le novità normative recate dalle leggi n. 172/2017 e n. 205/2017</i> di Aldo Niccoli	12
IL BITCOIN È HALAL? UNA VISIONE ISLAMICAMENTE ORIENTATA SULLE VALUTE VIRTUALI di Vasco Fronzoni	19
LE SEZIONI UNITE SULLA VALIDITÀ DEI CONTATTI BANCARI MONOFIRMA di Elisa Asprone	27
SUL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE E RIPARTIZIONE DELL'ONERE PROBATORIO. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 23 gennaio 2018, n. 1558</i> di Pietro Sorrentino	35
SULLA RISARCIBILITÀ DEL C.D. STRAINING SUL POSTO DI LAVORO. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 16 febbraio 2018, n. 3871</i> di Vincenzo Sorrentino	39
UN NETTO "NO" ALLE LIQUIDAZIONI DI COMPENSI LEGALI INFERIORI AI MINIMI. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. VI Civ., ordinanza 11 dicembre 2017 n. 29594</i> di Ylenia Zaira Alfano	43
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ a cura di Mario De Bellis	47
RASSEGNA DI MERITO a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	49

Diritto e procedura penale

L'ORGANIZZAZIONE DELL'UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO NEL SISTEMA VIGENTE. IL NUOVO VOLTO DELLE PROCURE DELLA REPUBBLICA A SEGUITO DELLA RISOLUZIONE DEL C.S.M. DEL 16 NOVEMBRE 2017 di Sergio Ricchitelli	54
L'INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 131-BIS C.P. NEI PROCEDIMENTI DAVANTI AL GIUDICE DI PACE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite Penale, 28 novembre 2017 (ud. 22 giugno 2017) n. 53683</i> di Valeria Rey	60
RIMMISSIONE DEL PROCESSO E GARANZIE EUROPEE. LA RINNOVATA INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DELLA CASSAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. II penale, 14 giugno 2017, n. 35626</i> di Antonio Di Marco	71
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI a cura di Angelo Pignatelli	80
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ a cura di Andrea Alberico	84
RASSEGNA DI MERITO a cura di Giuseppina Marotta	88

Diritto amministrativo

IL CD. RITO "SUPER ACCELERATO" PER L'IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI AMMISSIONE ED ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO. <i>Nota all'ordinanza del T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018 n. 88</i> di Cristiana Lojodice	92
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>) a cura di Almerina Bove	99

Diritto tributario

ANALISI DELLA TERRITORIALITÀ E DELLA RESIDENZA FISCALE DELLE PERSONE FISICHE E GIURIDICHE 104
di Simone Stanzola

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE
DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 114
a cura di Maria Pia Nastri

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA 118
a cura di Celeste Pesce, Francesco Romanelli

Ordinamento giudiziario

LA CIRCOLARE SULLE PROCURE DEL CSM CHIARISCE I NUOVI ASSETTI ORGANIZZATIVI DELLE PROCURE E IL RUOLO
DEL PROCURATORE. 124
di Maria Laura Vitiello

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Sulla decorrenza del *dies a quo* dei benefici connessi allo status di "vittima del terrorismo". 132
di Elia Scafuri

DIRITTO PENALE

La partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo internazionale, con particolare riferimento
alla responsabilità penale dei *foreign fighters* a sostegno dell'ISIS. 136
di Carmela Miranda

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sulla sindacabilità da parte del giudice dell'ottemperanza delle cartelle di pagamento e degli atti di pignoramento
che possono impedire l'esecuzione di una sentenza di condanna a carico della p.a. 141
di Francesco Di Sabato

Focus sul paesaggio

IL GRUPPO *UNISCAPE* DELLA FEDERICO II E L'ATTUAZIONE DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEL PAESAGGIO. 146
di Elvira Petroncelli

PERCEZIONE DEL PAESAGGIO E IDENTITÀ POLITICA IN DUE TESTIMONIANZE DELLA ROMANITÀ ANTICA. 148
di Francesca Galgano

NOTE IN TEMA DI IMPOSIZIONE FISCALE E TUTELA DEL PAESAGGIO. 153
di Chiara Fontana

IL PATRIMONIO CULTURALE E L'IDENTITÀ NAZIONALE. 158
di Alfonso Vuolo

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA NUOVA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI. *Decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216* 162
di Giuseppe Sassone

DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO: UNA LEGGE ESTREMAMENTE COINVOLGENTE 173
di Teodora Scarfò

Recensioni

LA NUOVA LEGISLAZIONE ANTIMAFIA.

Commento alla L. 17 ottobre 2017, n. 161 (G.U. del 4 novembre 2017) di riforma del codice antimafia,
Dike giuridica editrice, Collana Le nuove leggi del diritto, 2017
di Livia De Gennaro e Nicola Graziano 181
di Giambattista Tona

INDICE DELLE SENTENZE 185

Ugo Patroni Griffi

Ordinario di Diritto Commerciale, Università degli Studi di Bari
Presidente autorità di sistema portuale adriatico meridionale

Editoriale

I porti e le zone economiche speciali

1. Le Zone Economiche Speciali sono delle aree territoriali contraddistinte da un regime giuridico particolare e diverso rispetto al territorio che le circonda. Segno comune delle Zes è infatti la creazione di un sistema giuridico/economico che favorisca la crescita delle imprese autoctone, attragga investimenti esteri, favorisca l'import export. Le misure legislative che rendono speciali queste zone variano da paese a paese. In molti casi consistono in esenzioni doganali (e in questo caso la Zes coincide con una zona franca), in altri in semplificazioni burocratiche, flessibilità dei rapporti di lavoro, aiuti economici, misure fiscali di sostegno. Comunque sia il modello delle zone economiche speciali si è dimostrato (salvo alcune eccezioni ed epic fails) idoneo a sostenere lo sviluppo e contrastare i periodi di recessione economica. In questa ultima direzione fanno scuola le 14 Zes polacche che hanno sostenuto la crescita e l'occupazione di tale paese ben oltre le percentuali medie degli altri paesi dell'eurozona.

Oggi le Zes nel mondo sono oltre 4500, in Europa oltre 70. E questi numeri sono in crescita. Non tutte le Zes sono però uguali. Esistono Zes 'generiche' ed altre tematiche, volte a sostenere lo sviluppo di determinate tipologie di imprese.

Questa la scelta, implicita, del legislatore italiano. Prevedere l'istituzione nelle regioni meno sviluppate ed in transizione (Campania, Puglia, Basilicata, Molise, Calabria, Sicilia e Sardegna) di zone geograficamente delimitate e chiaramente identificate collegate ad un porto 'core' (inserito nelle reti TEN-T europee). La scelta, come anticipato implicita, è dunque di favorire lo sviluppo delle imprese collegate alla logistica marittima. Sostenendo lo sviluppo della portualità italiana e coerentemente con l'ampia e significativa riforma della stessa (Riforma Delrio). Non a caso il Comitato di Gestione della Zes è presieduto dal Presidente dell'Autorità di sistema portuale, composto da un rappresentante della regione (o regioni in caso di Zes interregionali), da un rappresentante della Presidenza del CdM e di uno del MIT e si avvale del Segretario generale dell'Adsp per l'esercizio delle funzioni amministrative gestionali.

I vantaggi delle imprese insediate nelle Zes consistono: a) procedure burocratiche semplificate; b) accesso alle infrastrutture logistiche esistenti e di quelle

realizzate con il piano di sviluppo; c) crediti d'imposta per gli investimenti. Per poterne godere le imprese devono mantenere l'attività nell'area per almeno sette anni. Sono escluse le imprese in liquidazione (evidentemente anche concorsuale).

2. Il primo decreto attuativo, appena approvato dal Governo, conferma la scelta. Le Zes elettivamente si sviluppano nei retroporti, ovvero intorno a piattaforme logistiche ed interporti (aree di diritto). Il piano di sviluppo strategico deve identificare le attività di specializzazione territoriale che si intendono rafforzare e il loro nesso economico-funzionale con i porti afferenti alla Adsp. Insomma, il legislatore prevede un duplice requisito per essere inseriti nella Zes: oggettivo (legame con l'attività portuale) e soggettivo (attività delle imprese).

Inoltre il decreto pone le basi per una concorrenza tra le Regioni. Le Zes non saranno in Italia tutte uguali, ma la loro attrattività dipenderà dalle semplificazioni che le Regioni e gli enti locali si impegnano ad adottare per le iniziative insediate nella Zes (devoluzione di poteri al comitato di indirizzo), agevolazioni ed incentivazioni regionali aggiuntive rispetto a quelle statali, supporto amministrativo apprestato al comitato di indirizzo.

Occorre, dunque, rivedere il cosiddetto principio di 'autonomia soggettiva' (di rilevanza costituzionale).

Ogni Ente ha le sue funzioni. Ogni Ente ha il suo organico (e i suoi burocrati/burocrazi, esperti nell'esercizio della 'burocrazia difensiva'). Ogni attività interseca più Enti. Ogni Ente ha i suoi tempi per il provvedimento. Ogni provvedimento ha i suoi vizi. Ogni vizio ha la sua competenza giurisdizionale.

3. L'effettivo raggiungimento degli obiettivi di rilevante interesse pubblico sottesi alla istituzione delle ZES è condizionato – tra le altre cose – alla disponibilità concreta di strumenti di semplificazione amministrativa riferiti alle aree e alle attività di intervento.

A tal fine, a mente dell'art.5 della legge 3 agosto 2017, n.123, di conversione del decreto-legge 20 giugno 2017 n.91, «1. Le nuove imprese e quelle già esistenti, che avviano un programma di attività economiche imprenditoriali o di investimenti di natura

incrementale nella ZES, possono usufruire delle seguenti tipologie di agevolazioni:

- a) procedure semplificate, individuate anche a mezzo di protocolli e convenzioni tra le amministrazioni locali e statali interessate, e regimi procedimentali speciali, recanti accelerazione dei termini procedurali ed adempimenti semplificati rispetto a procedure e regimi previsti dalla normativa regolamentare ordinariamente applicabile, sulla base di criteri derogatori e modalità individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare su proposta del Ministro per la coesione territoriale e il Mezzogiorno, se nominato, previa delibera del Consiglio dei ministri.
- b) accesso alle infrastrutture esistenti e previste nel Piano di sviluppo strategico della ZES di cui all'articolo 4, comma 5, alle condizioni definite dal soggetto per l'amministrazione, ai sensi della legge 28 gennaio 1994, n. 84, e successive modificazioni e integrazioni, nel rispetto della normativa europea e delle norme vigenti in materia di sicurezza, nonché delle disposizioni vigenti in materia di semplificazione previste dagli articoli 18 e 20 del decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169¹».

Se per un verso, i criteri derogatori e le modalità per la gestione di procedure semplificate e dei regimi semplificati non sono stati individuati con il recente DPCM (che invero è stato predisposto ai sensi dell'art.4 e non già dell'art.5), per altro verso le Autorità di Sistema Portuale regionali possono invece celermente verificare se la rispettive dotazioni dello Sportello Unico Amministrativo introdotto con l'art.18 del decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169 corrispondano alle esigenze delle istituende ZES.

Ciò detto, sempre in tema di semplificazioni, l'art.6 del DPCM predisposto ai sensi dell'art.4 della legge, prevede che il Piano di Sviluppo Strategico, tra l'altro, debba contenere:

«e) l'individuazione delle semplificazioni amministrative, di propria competenza, per la realizzazione

¹ Si riporta il testo degli articoli 18 e 20 del decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169 recante riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124:

«Art. 18 (Introduzione dell'articolo 15-bis alla legge 28 gennaio 1994, n. 84). - 1. Dopo l'articolo 15 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, è inserito il seguente: «Art. 15-bis (Sportello unico amministrativo). -1. Presso la AdSP opera lo Sportello Unico Amministrativo (SUA) che, per tutti i procedimenti amministrativi ed autorizzativi concernenti le attività economiche, ad eccezione di quelli concernenti lo Sportello unico doganale e dei controlli e la sicurezza, svolge funzione unica di front office rispetto ai soggetti deputati ad operare in porto». 2. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti adotta il regolamento attuativo dello Sportello unico amministrativo come introdotto dal comma 1 del presente articolo, per disciplinare le relative modalità organizzative e di funzionamento».

degli investimenti che la Regione si impegna ad adottare per le iniziative imprenditoriali localizzate nella ZES».

Tra i compiti del Comitato di Indirizzo, inoltre, a mente dell'art.8 del DPCM, vi è:

- quello (lett.c) di definire le condizioni di accesso alle infrastrutture esistenti nelle aree ZES, anche ai sensi della disciplina sul SUA di cui all'art.18 del decreto legislativo 4 agosto 2016, n. 169;
- quello (lett. e) di promuovere protocolli e convenzioni tra le amministrazioni locali e statali interessate, volti a disciplinare procedure semplificate e regimi semplificati sulla base dei criteri derogatori e delle modalità individuate con DPCM ai sensi dell'art.5 del d.l. 91/2017 (non ancora predisposto, neanche in bozza).

4. Grande responsabilità è attribuita alle Regioni per il successo delle Zes. Il tempo dirà se di tale responsabilità le Regioni faranno buon uso. Sulla loro capacità poggia la speranza di far decollare la logistica del meridione e di promuovere una rigenerazione economica coerente con i principi della cosiddetta blu e circular economy. Che oggi presiedono allo sviluppo delle Zes estere più innovative

La "blu economy", come è noto, è frutto del pensiero del famoso economista belga Gunter Pauli. Gunter Pauli² ritiene che tanto la *red economy*, quanto la *green economy* non riescano a dare risposta alla domanda di uno sviluppo consapevole, e dunque sostenibile, dell'economia.

Perché non possa farlo la *red economy* è del tutto intuibile. La *red economy* è infatti fondata sul consumismo. Che ha generato l'attuale crisi economica, e ha compromesso il diritto al benessere delle future generazioni.

Meno ovvio che non possa farlo la cosiddetta *green economy*. Tale modello economico infatti alloca, nell'ottica della preservazione dell'ambiente, maggiori costi alle imprese. Costi che poi, prevedibilmente, sono trasferiti ai consumatori. Compromettendo così, anche essa, il benessere collettivo. O almeno di quelle fasce di cittadini che non sono in grado di sopportare il maggior costo collegabile a tale metodologia produttiva.

Insomma, entrambi i modelli o hanno fallito, o sono destinati a fallire.

Ci sarebbe, però, una terza via. Quella appunto della economia blu. I cui fondamentali sono tratti dagli ecosistemi naturali, che mostrano di saper superare gli ostacoli frapposti alla sopravvivenza attraverso due innate abilità: creatività ed innovazione. L'esercizio di tali facoltà consente, nella predicazione di Gunter Pauli, di eliminare i rifiuti dei processi produttivi e di

² G. PAULI, *Blue economy*, New Messico, 2010; ID., *The Blue Economy 3.0*, Xilibris, 2017.

raggiungere la piena capacità produttiva, e con essa la piena occupazione. L'economia blu, al pari degli ecosistemi, si prefigge di essere autosufficiente. La sostenibilità è connessa alla possibilità di riutilizzare i rifiuti delle produzioni industriali. Pertanto il modello della blu economy sembra in qualche modo coincidere con quello della economia circolare. Si è correttamente ricordato che «l'economia circolare è esattamente il contrario dell'economia lineare responsabile della produzione dei rifiuti in natura: grazie all'utilizzo efficiente delle risorse, l'economia circolare determina una frattura tra la crescita economica convenzionale ed il consumo energetico, l'inquinamento, i gas serra. L'attuale modello economico del "prendere, produrre e buttare" ha un costo ambientale spropositato, pertanto non è più applicabile. L'economia futura deve ispirarsi all'andamento ciclico della materia e alla trasformazione continua dell'energia, caratteristiche proprie degli ecosistemi naturali. Questi ultimi sono legati ai sistemi socio-economici dei Paesi dal flusso di risorse esistente fra essi. Il primo flusso è costituito da materie prime che dall'ecosistema vengono veicolate al processo industriale; il secondo gruppo è quello formato dai materiali di scarto, i quali seguono la traiettoria opposta e, una volta terminato il ciclo produttivo, devono tornare all'ambiente originario. Se la domanda dei beni è superiore alle risorse che l'ecosistema può fornire, oppure se i prodotti di scarto sono superiori alla capacità di metabolizzazione dell'ambiente, si manifestano degli scompensi. L'economia circolare trasforma le attività economiche di "sfruttamento intensivo delle risorse, basso utilizzo di risorse per prodotto, alte emissioni inquinanti" in "sfruttamento contenuto delle risorse, alto utilizzo di risorse per prodotto e basse emissioni inquinanti". I flussi di materia in entrata e in uscita del sistema economico sono ridotti al minimo rispetto a quelli dell'economia lineare, grazie ai cicli di energia interni al processo industriale.

L'economia circolare cambia radicalmente il rapporto lineare che lega le risorse al prodotto finito e allo scarto, poiché tramite questo modello economico lo scarto costituisce una nuova fonte di energia per il processo produttivo, secondo il principio delle "tre R": Riduzione, Riciclo, Riutilizzo. In una prospettiva ecologica ciò permette di riequilibrare il flusso di materia tra l'ecosistema ed il sistema socio-economico, promuovendo allo stesso tempo lo sviluppo sostenibile, che considera l'ambiente quale fattore endogeno dell'economia di mercato.

L'economia circolare è caratterizzata dai seguenti elementi: valorizzazione dei rifiuti in qualità di risorse; limitato sfruttamento delle risorse non rinnovabili e utilizzo di quelle rinnovabili; adesione ai principi dell'ecologia industriale, incentivando l'eco-consumo con la messa in vendita di prodotti ecologici.

L'economia circolare comprende al suo interno tutte le attività di produzione e consumo che consentono

di utilizzare in modo efficiente le risorse minimizzando le emissioni nocive, come l'eco-agricoltura e l'industria ecologica. In conformità ai principi della circular economy, l'ambiente non è più considerato una risorsa gratuita; il suo prezzo reale viene contabilizzato sotto forma di costi per il trattamento dei rifiuti generati dal sistema industriale. Le esternalità ambientali negative vengono così reintegrate nel calcolo economico.

Il potenziamento dell'economia circolare non è affatto un compito facile, in quanto le politiche orientate alla sua realizzazione sono rigidamente fissate, tanto nei termini di pianificazione globale, quanto nei termini di selezione dei settori industriali oggetto di rinnovamento. Diversi attori economici entrano in gioco ed ognuno deve assumersi le proprie responsabilità d'azione: governi, organizzazioni internazionali, imprese e singoli individui »³.

5. Sebbene le teorie di Pauli appaiano a molti futuristiche e gli esempi dallo stesso citati assai sporadici, i principi su cui esse si fondano (creatività, innovazione e riutilizzo) sono ritenuti fondamentali per un modello economico che sappia coniugare – in una chiave perequativa – crescita e sostenibilità.

Di qui l'attenzione verso il modello proposto da Pauli da parte di quei paesi in cui la crescita economica è stata sì rapida, ma a discapito del benessere collettivo. Foriera di sperequazioni fin troppo evidenti tra chi ha troppo e chi ha poco o nulla. E soprattutto generatrice di 'esternalità' indesiderata. Spesso a carico dell'ambiente.

Tra questi paesi è sicuramente emblematica la Cina⁴. La Cina è stata tra i principali protagonisti della globalizzazione e industrializzazione, grazie al processo avviato sin dal 1978 di graduale abbandono del modello socialista a favore dell'economia di mercato. Processo noto come 'porta aperta'. Tale processo ha visto come volano l'istituzione da parte del governo cinese di numerose Zone Economiche Speciali, vero e proprio laboratorio ove sperimentare la transizione al nuovo modello economico. Le ZES cinesi costituiscono un caso di studio. Si sono dimostrate uno strumento efficace per la promozione dello sviluppo e per l'attrazione di investimenti. Tuttavia lo sviluppo, così rapido e in parte incontrollato, ha comportato effetti negativi in termini di inquinamento, antropizzazione del territorio, sfruttamento delle risorse naturali e distribuzione perequativa del plusvalore creato dalla crescita economica⁵. Oggi, però, lo strumento delle ZES, che

³ F. MORA, *Dalle ZES alla simbiosi industriale. L'evoluzione dell'economia circolare in Cina*, Tesi di laurea, Univ. Ca' Foscari, 2017.

⁴ M. MOHIUDDIN, M.H. REGNIÈRE, A. SU, Z. SU, *The Special Economic Zone as a Locomotive for Green Development in China*, *Asian Social Science*, 2014, 109 ss.

⁵ La Cina «has paid a high cost in its rapid industrialization process. At the early stage, most zones paid less attention to environmental protection while pursuing high GDP growth, and today the government has to spend billions of dollars to clean

rappresentano aree geografiche relativamente piccole ma ottimamente infrastrutturate, ben si presta per la sperimentazione di un nuovo modello di sviluppo: economicamente, socialmente ed ecologicamente efficiente. Basato su soluzioni innovative non solo relativamente ai processi produttivi, ma anche di governo dell'economia in una chiave più orientata al perseguimento della giustizia sociale.

Il governo cinese guarda con attenzione a tale sperimentazione, alla ricerca di una soluzione che coniughi crescita e sostenibilità. Infatti gli effetti del climate change, dovuto al riscaldamento globale, in Cina sono oramai percepiti dalla popolazione: alluvioni, terremoti, etc. che solo nel 2011 hanno causato oltre che perdite umane danni economici per oltre 50 miliardi di dollari.

Non sorprende dunque che negli ultimi piani quinquennali la sostenibilità economica ha assunto un ruolo centrale nella programmazione economica, prevedendosi ambiziosi obiettivi in termini di emissioni di CO₂, risparmio energetico, protezione e recupero dell'ambiente, risparmio del consumo dell'acqua, prevenzione o mitigazione dei disastri ambientali. I piani sembrano abbracciare i dettami della 'economia circolare', e prevedono incentivi per le imprese virtuose e disincentivi, rappresentati da maggiori oneri fiscali, per quelle maggiormente inquinanti.

Tali misure sono destinate ad avere un impatto diretto sulle ZES cinesi favorendone la trasformazione in aree 'blu' (o almeno 'green'). Processo che risulta accelerato dalla intrinseca natura di 'living labs' di tali zone. Il 'clustering' di imprese nella ZES può comportare, in un processo evolutivo del sistema economico, diversi vantaggi. Soprattutto al fine dell'applicazione di politiche economiche 'climate-friendly', infatti «*the low-carbon, green zone maximizes the effectiveness of environmental infrastructure for industry, which otherwise could be expensive for individual companies*»⁶.

Secondo gli autori di cui da ultimo si è riportato il pensiero il successo delle ZES 'blu' dipende dalla implementazione dei seguenti obiettivi per lo sviluppo delle zone stesse:

a.- Mitigazione dell'effetto serra. Politiche di contenimento delle emissioni e sviluppo di un mix virtuoso tra fonti energetiche fossili e rinnovabili ai fini del fabbisogno delle imprese insediate. È a tal fine necessario un piano energetico che partendo da un monitoraggio al tempo zero delle emissioni programmi gli interventi di contenimento tenendo conto degli effetti sulla competitività delle imprese;

b.- Realizzazione di infrastrutture sostenibili (ad alta efficienza energetica, ridotti consumi, capaci di riutilizzare nel ciclo produttivo i rifiuti etc.);

c.- Incentivo dello sviluppo di nuove tecnologie e processi produttivi (fiscalità di vantaggio, aiuti etc.).

6. L'idea di trasformare le Zes in laboratori economici è ampiamente diffusa. Tanto è vero che l'Association of Southeast Asian Nations, ASEAN, nelle linee guida per le Zes⁷ inviata a considerare tali zone come l'arena per testare le riforme economiche e dei modelli produttivi. Mentre l'OECD⁸, condividendo l'idea delle Zes come «economic laboratories», sottolinea l'importanza della pianificazione dello sviluppo.

Il modello di sviluppo auspicabile per le ZES è quello dei cosiddetti EIP, acronimo per Eco Industrial Parks. Gli EIP sono il modello di approdo di un processo di rigenerazione industriale di aree industriali convenzionali in aree 'resource-efficient'⁹. L'esperimento cinese per la creazione degli EIP rappresenta un caso di successo. Sia in termini di riduzione dei rifiuti tossici connessi ai processi industriali e delle emissioni nocive (anche sotto il profilo dell'effetto serra), ma anche sotto il profilo della creazione di posti.

Lo scopo degli EIP è – si è detto – di salvaguardare le risorse e minimizzare gli effetti nocivi sull'ambiente del ciclo produttivo soprattutto nei settori industriali nevralgici per il paese: siderurgia, metalli non ferrosi, carbone, elettricità, chimica, materiali da costruzioni e industrie leggere.

Le politiche adottate sono coerenti con i principi della 'blu economy' e della 'economia circolare'. E non sono lontane dalle azioni suggerite dalla UNIDO (United Nations Development Organization)¹⁰ per il sostegno della riconversione industriale o per la migrazione delle imprese esistenti verso un modello produttivo eco-sostenibile.

Tali politiche potrebbero essere efficacemente sperimentate nelle istituende ZES italiane. Si tratta di un mix di aiuti, incentivi fiscali, semplificazione amministrativa volti a favorire sinergicamente l'insediamento di industrie-ecocompatibili ovvero la riconversione di quelle esistenti.

7. Le politiche volte a favorire lo sviluppo della 'blu economy' potrebbero essere testate proprio nella Zes del Mare Adriatico Meridionale collegata alla omonima autorità di sistema portuale. La Zes adriatica, infatti, comprende le aree retroportuali di Bari, Brindisi

up the environment», D. ZHIHUA ZENG, *Global Experiences with Special Economic Zones: Focus on China and Africa*, Association of Southeast Asian Nations, <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/21854>, 2015.

⁶ T. FAROLE – G. AKINGI, *Special economic zones: Progress, emerging challenges, and future directions*, World Bank Publications, 2011.

⁷ Asean Guidelines for Special Economic Zones (SEZs) Development and Collaboration, in asean.org.

⁸ Towards Best Practice Guidelines for the Development of Economic Zones, oecd.org, 2009.

⁹ E. RECHICHIAN – M. HOON JEONG, *Eco-Industrial Parks*, World Bank Group, Global Green Growth Institute, 2016.

¹⁰ UNIDO Green Industry, *Policies for Supporting Green Industry*, 2011; *Unido Green Industry Initiative for Sustainable Industrial Development*, Unido, 2011.

e Manfredonia (oltre che di Barletta e Monopoli) e potrebbe ben stimolare e favorire la riconversione di siti produttivi dismessi (Bari e, soprattutto, Manfredonia) e la migrazione verso modelli eco-sostenibili delle imprese interessate dal processo di decarbonizzazione (Brindisi).

Sarà necessario, a tal fine, che il piano di sviluppo della Zes premi gli insediamenti industriali (nuovi o collegati al processo di ristrutturazione delle imprese già esistenti) maggiormente coerenti con lo sviluppo eco-sostenibile, selezionando le proposte che – nell’ineludibile presupposto di incidere sui traffici marittimi – si caratterizzino su processi produttivi incentrati sui principi dell’economia circolare ed espungano investimenti significativi in termini di innovazione e ricerca. Tali progetti dovranno essere valutati in una ottica di sistema. A principiari dalla loro potenziale sinergia e coerenza con il Piano Operativo Triennale (POT) della Autorità di sistema portuale. Gli obiettivi di tale piano, infatti, appaiono già coerenti con i principi fondamentali della Blu Economy e possono così essere riassunti: 1.- semplificazione e snellimento amministrativo; 2.- concorrenza, trasparenza e miglioramento dei servizi; 3- integrazione del sistema logistico; 4.- innovazione; 5.- sostenibilità

In particolare le azioni proposte nel POT a sostegno della innovazione mirano a favorire l’innovazione tecnologica ed in particolare la diffusione di Intelligent Transport Systems. L’innovazione deve essere non solo market driven, ma deve anche coincidere con investimenti nazionali dedicati alla ricerca nel settore, incentivando i collegamenti delle università e dei centri di ricerca con il territorio e con il tessuto industriale collegato alla portualità e alla logistica, nell’ottica di circolo virtuoso stesa dalla stessa Unione Europea con la strategia Horizon 2020. Le azioni da porre in essere per attuare questi obiettivi strategici si concretizzano complessivamente in una politica di digitalizzazione della catena logistica che in maniera pervasiva dovrà caratterizzare ogni azione amministrativa dell’Autorità di Sistema Portuale orientando le scelte anche in materia di organizzazione del lavoro al fine di procedere con la dematerializzazione completa di tutti gli atti amministrativi, la reingegnerizzazione dei processi amministrativi e logistici, l’integrazione spinta fra i sistemi informativi pubblici e privati e la creazione di condizioni per l’erogazione di servizi evoluti a vantaggio di passeggeri ed operatori secondo i protocolli dell’Iot (internet of things) cui anche i sistemi portuali e logistici devono velocemente adeguarsi per sfruttarne tutte le potenzialità.

Nell’estensione del sistema informatico del porto si terrà conto della necessità di assicurare in modalità sempre più performanti l’interoperabilità con altri sistemi informativi territoriali, quali quelli dei Comuni e delle Province/Città Metropolitana, per l’erogazione di servizi ai passeggeri sia di tipo informativo che per

l’assistenza al fine di sviluppare sempre più azioni che facciano rientrare, a tutti gli effetti, anche i porti nelle politiche di sviluppo delle smart cities (e delle smart-Zes¹¹).

Sotto il profilo invece della sostenibilità l’obiettivo è la creazione o integrazione degli impianti esistenti in grado di produrre energia rinnovabile e cercare soluzioni capaci di consentire il risparmio energetico, con la creazione di nuove piattaforme portuali. I fabbisogni energetici degli operatori sono alti, specialmente in termini di combustibile fossile, e per questo motivo, se si vuole contenere le emissioni, occorre evolvere o sostituire le strutture.

A livello internazionale, l’interesse verso la tematica dei “Green Ports” è oramai in forte crescita e sta coinvolgendo un numero sempre più ampio di Autorità Portuali che, soprattutto sulla spinta delle indicazioni della Commissione Europea, stanno attivando approcci efficaci in termini di riduzione dei consumi energetici legati alle attività portuali e di approvvigionamento da fonti rinnovabili, al fine di realizzare strutture portuali sostenibili da un punto di vista ambientale ed energetico.

Il tema si inserisce nella più ampia cornice strategica definita a livello comunitario ed internazionale, che sottolinea l’importanza di adottare politiche ed approcci sostenibili dal punto di vista ambientale e che considera l’efficientamento ed il consumo energetico tematiche fondamentali, elementi cardine all’interno del contesto delle performance ambientali dei porti.

Per tali ragioni, diventa essenziale garantire, a livello centrale, un framework unitario in grado di coordinare le iniziative degli attori coinvolti (istituzionali e non) e favorire traiettorie di sviluppo sostenibile delle aree portuali nazionali attraverso un vero e proprio modello per la gestione integrata di energia da fonti rinnovabili e per l’efficienza energetica in ambito portuale, valutando anche gli impatti che le aree portuali hanno sull’ambiente. La direzione verso la quale tendere è volta a definire processi per la gestione ambientale ed energetica dei porti ed il loro inquadramento quali “Green Ports”, promuovendo in particolare l’introduzione di soluzioni tecnologiche innovative per la produzione di energia da fonti rinnovabili in ambito portuale e nuovi processi per l’integrazione di problematiche di carattere ambientale ed energetico.

L’idea di fondo che guida le azioni da sviluppare in tale ambito riguarda la creazione, a livello nazionale, di un framework metodologico e operativo, “Linee - guida nazionali destinate alle Regioni meno sviluppate”, per sperimentare forme di partenariato pubblico-privato¹² per il miglioramento dell’impatto ambientale

¹¹ *Zes nuove occasioni per costruire lo sviluppo*, documento del comitato promotore Zes Lucana, 2017.

¹² In Italia l’apporto di capitali privati ai progetti nell’ambito portuale cofinanziati dall’Unione Europea è stato sinora molto limitato; in genere i privati hanno svolto un ruolo significativo

delle attività portuali, secondo l'impostazione del Piano di Investimenti Strategici per l'Europa (cosiddetto Piano Juncker), attualmente operativo attraverso il Fondo europeo per gli investimenti strategici (FEIS) e la Banca Europea per gli Investimenti (BEI).

L'obiettivo ultimo è quello di favorire, in tema di miglioramento delle prestazioni ambientali ed energetiche delle attività portuali, la nascita e lo sviluppo di piattaforme d'investimento in cui raggruppare i singoli progetti da finanziare, in coerenza con i principi e le finalità indicati dal Regolamento FEIS.

I vantaggi di tale approccio sono molteplici e consistono: nell'attrarre capitali privati sui progetti rilevanti per il settore e per i territori, che generalmente presentano profili di rischio elevati che li rendono difficilmente finanziabili; nel garantire possibili forme di coordinamento e integrazione tra risorse finanziarie diverse (fondi strutturali, risorse nazionali, risorse regionali, etc) e strumenti finanziari specifici; nell'assicurare, coerentemente al nuovo corso della politica di coesione 2014-20, il principio di complementarità tra interventi che nascono in un alveo programmatico differente (politica di coesione, Piani nazionali, programmazione di settore, piani regionali, etc); nel generare sui territori effetti moltiplicatori per ogni euro investito ed ampliare l'impatto e l'efficienza degli interventi; nel portare a livello locale competenze specifiche elevate e permettere un confronto con esperienze di successo di livello nazionale e internazionale.

In linea generale, infatti, la possibilità di *blending* di fondi di diversa natura e garanzia FEIS può generare un effetto positivo in termini di promozione della coesione economica e dello sviluppo delle aree interessate dal Programma.

nel finanziamento del Settore autostradale e aeroportuale. In Europa invece la situazione è diversa e la partecipazione di investitori privati al finanziamento dei porti è incoraggiata e utilizzata di frequente nella prassi da molti Paesi europei. Secondo uno studio recente della Banca Mondiale negli ultimi 20 anni i progetti di infrastrutture portuali realizzati con la partecipazione di privati sono stati 27.

Tra le principali esperienze europee figurano quelle sorte in Francia (Marsiglia e Le Havre) e nei Paesi Bassi (Rotterdam).

Diritto e procedura civile

LA DISCIPLINA DELL'EQUO COMPENSO E DELLE CLAUSOLE VESSATORIE A TUTELA DEL PROFESSIONISTA (CONTRAENTE DEBOLE). <i>Le novità normative recate dalle leggi n. 172/2017 e n. 205/2017</i>	12
di Aldo Niccoli	
IL BITCOIN È HALAL? UNA VISIONE ISLAMICAMENTE ORIENTATA SULLE VALUTE VIRTUALI	19
di Vasco Fronzoni	
LE SEZIONI UNITE SULLA VALIDITÀ DEI CONTATTI BANCARI MONOFIRMA	27
di Elisa Asprone	
SUL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE E RIPARTIZIONE DELL'ONERE PROBATORIO. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 23 gennaio 2018, n. 1558</i>	35
di Pietro Sorrentino	
SULLA RISARCIBILITÀ DEL C.D. STRAINING SUL POSTO DI LAVORO. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 16 febbraio 2018, n. 3871</i>	39
di Vincenzo Sorrentino	
UN NETTO "NO" ALLE LIQUIDAZIONI DI COMPENSI LEGALI INFERIORI AI MINIMI. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. VI Civ., ordinanza 11 dicembre 2017 n. 29594</i>	43
di Ylenia Zaira Alfano	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	47
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	49
a cura di Antonio De Simone e Fabrizia Abbate	



La disciplina dell'equo compenso e delle clausole vessatorie a tutela del professionista (contraente debole)

Le novità normative recate dalle leggi n. 172/2017 e n. 205/2017

abstract

The growing spread of service contracts between banking / non-banking companies, and professionals made it necessary to introduce some guidelines of contractual protection of professionals. They are considered the weak party as compared to large powerful structures potentially able to impose unfair compensations and contract terms.

keywords

Fair consent – Professionals – Weak party – Unfair terms – Contracts declared void – Judicial protection.

abstract

La crescente diffusione dei contratti di servizi tra imprese, bancarie e non, e professionisti, ha reso necessaria l'introduzione di una disciplina di tutela contrattuale dei professionisti stessi, visti come contraenti deboli rispetto a strutture di grossa dimensione e capacità economica, potenzialmente in grado di imporre compensi e condizioni contrattuali non rispondenti ad equità.

parole chiave

Equo compenso – Professionisti – Contraente debole – Clausole vessatorie – Nullità del contratto – Tutela giudiziale.

sommario

1. Il professionista e la prestazione professionale in assenza di compenso. – 2. L'art. 19 *quaterdecies* e il diritto del professionista al compenso equo. – 3. Il professionista quale contraente debole e la vessatorietà delle clausole contrattuali. – 4. L'azione di nullità per le clausole vessatorie. – 5. L'intervento della Legge di bilancio 2018 (art. 1, commi 487-488). – 6. L'ambito temporale di applicazione e la questione dei contratti in essere.

1. Il professionista e la prestazione professionale in assenza di compenso

Il panorama delle libere professioni, tecniche e legali, negli ultimi anni è stato modificato da interventi normativi e pretorii, che nel corso del tempo hanno delineato un nuovo scenario di competenze e di compensi; il quadro che ne deriva, per nulla definitivo, fa emergere un assetto non sempre migliorativo delle

condizioni in cui si svolge la prestazione professionale, del notaio come dell'architetto e via discorrendo, sia dal punto di vista dell'ambito delle materie su cui esercitare la professione, sia con riferimento del compenso per la prestazione svolta.

Degno di nota, *in primis*, è l'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (pubblicato in G.U. 24-1-2012), convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27, e rubricato Disposizioni sulle professioni regolamentate; tale disposizione, nell'aprire il Capo III del citato decreto, sui Servizi professionali, tra l'altro dispone:

“1. Sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico.

2. Ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del ministro vigilante. Con decreto del Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze sono anche stabiliti i parametri per oneri e contribuzioni alle casse professionali e agli archivi precedentemente basati sulle tariffe. L'utilizzazione dei parametri nei contratti individuali tra professionisti e consumatori o microimprese dà luogo alla nullità della clausola relativa alla determinazione del compenso ai sensi dell'articolo 36 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.”

Lo stesso D.L. poi istituisce le società a responsabilità limitata semplificata (Srls).

L'atto costitutivo di tali società deve essere redatto per atto pubblico e contenere i dati anagrafici e requisiti della società, indicati all'articolo 3 del citato D.L. 1/2012, che ha introdotto l'articolo 2463-bis del Codice civile, modificato dal comma 13 dell'articolo 4 del Decreto lavoro del Governo Letta (D.L. 28 giugno 2013, n. 76); con tale provvedimento, la disciplina originaria risulta completamente riscritta, per cui il principale riferimento normativo della materia è oggi la legge di conversione, la legge 9 agosto 2013, n. 99.

In questa sede, della citata disciplina interessa evidenziare l'aspetto che per la costituzione di una Srls si impiega un modello standard di atto costitutivo, tipizzato con decreto del Ministro della Giustizia, n. 23 giugno 2012, n. 138, in quanto al notaio non è dovuto alcun compenso professionale, così come non

sono dovute né l'imposta di bollo sull'atto costitutivo né sono previste spese per l'iscrizione al registro delle imprese.

La prestazione richiesta al notaio ha il vantaggio, per l'ordinamento e la collettività, dello svolgimento controllo di legalità, ulteriore e concreto rispetto a quanto effettuato a monte in via generale e preventiva dal Ministero delle Giustizia, controllo che il professionista svolge al fine dell'iscrizione della società nel registro delle imprese.

Il notaio, dal canto suo, ne ricava per sé solo un ritorno di immagine, come un investimento per futuri atti (di altra natura e a pagamento).

Questa, in poche parole, la ratio della disciplina, nonché la motivazione sottesa anche alla decisione sentenza 3 ottobre 2017, n. 4614 che la V Sezione del Consiglio di Stato¹ ha preso con riferimento al compenso dei tecnici in tema di gare di progettazione.

Più in particolare, il Comune di Catanzaro ha indetto nel 2016 una gara per il conferimento di incarichi professionali a titolo gratuito², ai fini della selezione dello staff di progettisti esterni per la redazione del Piano Strutturale Comunale, che assieme al piano operativo e al regolamento urbanistico va a costituire il Piano regolatore generale (PRG)³ dell'ente.

¹ Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614 – Pres. Severini, Est. Fantini. La sentenza è disponibile sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa, all'indirizzo: <https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/Approfondimenti/Contratti della Pubblica Amministrazione/Appalti a titolo gratuito/Consigli di Stato 3 ottobre 2017 n. 4614/index.html>.

² Il bando di gara qualifica l'"affidamento dell'incarico per la redazione del piano strutturale comunale del Comune di Catanzaro e relativo R.E.U." alla stregua di un appalto di servizi, e, tra le "informazioni complementari" (punto VI.3), precisa che «l'appalto è a titolo gratuito. È prevista una somma totale di €. 250.000,00 comprensiva di IVA a solo titolo di rimborso spese per come indicato nel disciplinare di gara». Il capitolato speciale, all'art. 4, conferma: «si precisa che l'incarico è a titolo gratuito e che l'importo del rimborso di tutte le spese documentate e preventivamente autorizzate dal RUP, di qualunque genere ed in ogni caso dovute relative alle prestazioni da effettuare, sostenute dai professionisti costituenti il Gruppo di progettazione incaricato e dai propri consulenti e collaboratori per lo svolgimento dell'incarico affidato ammonta ad € 250.000,00, finanziati con fondi del bilancio comunale». Analogo contenuto si desume dal disciplinare di gara, il quale precisa che l'importo dell'appalto posto a base di gara è (con evidente significato) di euro 1,00, e che il costo della polizza assicurativa, riferita all'incarico professionale, rientra nel rimborso spese.

³ Si registrano episodi analoghi, come ad esempio:

- il Comune di Battipaglia (Salerno) per cercare volontari che partecipassero alla redazione del PUC;
- il comune di Pisa, per la realizzazione del nuovo stadio, ha richiesto un progetto gratuito, fornito dai geometri dopo un corso di formazione costato 600 euro per ciascuno;
- il Comune di Brolo (Messina) conferiva un incarico, a titolo gratuito, per la redazione di uno studio geologico;
- il Comune di Bagheria (Palermo), ha offerto un euro per un progetto di riqualificazione di una scuola;
- il Comune di Gubbio (Perugia) ha chiesto la riprogettazione in BIM (Building Information Modeling) dei lavori di realiz-

L'ente locale, per porsi al riparo da eventuali contestazioni, aveva in via preventiva chiesto il parere della Corte dei Conti, ottenendo risposta positiva in merito alla richiesta di prestazioni gratuite, in quanto la contropartita ci sarebbe comunque stata, anche se non in termini economici.

La Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Calabria, con atto 10 febbraio 2016, ha ritenuto che l'Amministrazione comunale può «procedere alla indicazione di un bando pubblico per il conferimento di incarico gratuito di redazione del nuovo piano di sviluppo comunale, con la previsione del mero rimborso delle spese sostenute. Tuttavia, il bando dovrà integrare tutti gli elementi necessari per l'esatta individuazione del contenuto della prestazione richiesta, onde consentire la valutazione oggettiva degli elaborati tecnici che vengono così prodotti, senza pretesa di corrispettivo, dai tecnici interessati a prestare appunto gratuitamente la propria opera professionale».

Il Consiglio Nazionale degli Ingegneri, l'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori, l'Ordine degli Ingegneri ed altri, tuttavia, avevano presentato ricorso al T.A.R. Calabria, ottenendo la dichiarazione di illegittimità della gara, dalla Sezione I di Catanzaro, con sentenza breve 13 dicembre 2016, n. 2435.

Il Consiglio di Stato ha tuttavia dato ragione al Comune di Catanzaro; nel ricordare che, in base al Codice Appalti (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), i contratti devono essere stipulati «a titolo oneroso e non gratuito», tuttavia ha sottolineato che «l'espressione 'a titolo oneroso' può assumere per il contratto pubblico un significato attenuato o in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale e propria del mondo interpretativo». In altri termini, il bando non contempla l'utilità finanziaria, ma non esclude una utilità economica, in quanto quest'ultima «si sposta su leciti elementi immateriali inerenti il fatto stesso del divenire ed apparire esecutore dell'incarico».

Il Collegio rileva che si tratta, anzitutto, di verificare se la legge consente la *gratuità* di un siffatto contratto: cioè se un contratto di prestazione di servizi (professionali), che preveda il solo (seppure ampio) rimborso delle spese contrasti o non contrasti con il paradigma normativo dell'appalto pubblico (di servizi), posto che l'art. 3 (definizioni), lett. *ii*), del d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50 definisce gli «appalti pubblici» come «contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi», derivando queste connotazioni di onerosità dal diritto europeo.

zazione di una scuola elementare, offrendo in cambio solo una sponsorizzazione, ossia la possibilità di indicare l'incarico svolto nel curriculum professionale.

Occorre dunque chiarire la portata ed il significato, nei particolari contesti detti, dell'espressione «a titolo oneroso».

Va considerato che la nozione è contenuta anche nelle direttive 2014/23/UE 2014/24/UE e 2014/25/UE, tutte del 26 febbraio 2014. L'intero settore degli appalti pubblici e delle concessioni è dunque caratterizzato da questa necessaria connotazione.

In una tale prospettiva – osserva il Collegio – una lettura sistematica delle previsioni ricordate, con considerazione degli interessi pubblici immanenti al contratto pubblico e alle esigenze che lo muovono, induce a ritenere che l'espressione “*contratti a titolo oneroso*” può assumere per il contratto pubblico un significato attenuato o in parte diverso rispetto all'accezione tradizionale e propria del mondo interprivato. In realtà, la *ratio* di mercato cui si è accennato, di garanzia della serietà dell'offerta e di affidabilità dell'offerente, può essere ragionevolmente assicurata da altri vantaggi, economicamente apprezzabili anche se non direttamente finanziari, potenzialmente derivanti dal contratto.

In pratica, si è ritenuto che anche un affidamento concernente servizi a titolo gratuito configuri un contratto a titolo oneroso, soggetto alla disciplina del Codice dei contratti pubblici; la garanzia di serietà e affidabilità, intrinseca alla ragione economica a contrarre, infatti, non necessariamente trova fondamento in un corrispettivo finanziario della prestazione contrattuale, che resti comunque a carico dell'Amministrazione appaltante, ma può avere analoga ragione anche in un altro genere di utilità, pur sempre economicamente apprezzabile, che nasca o si immagini vada ad essere generata dal concreto contratto⁴.

Per attribuire ad un contratto pubblico il carattere di oneroso è quindi sufficiente un ritorno di immagine, analogo a quello ottenuto con i contratti di sponsorizzazione⁵. Difatti, assume ormai particolare pregnanza nell'ordinamento, evidenziando il rilievo dell'*economia dell'immateriale*, la pratica dei contratti di sponsorizzazione, che ha per gli stessi contratti pubblici la disciplina generale nell'art. 19 del d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. art. 199-*bis* d.lgs. n. 163 del 2006).

“L'effetto, indiretto, di potenziale promozione esterna dell'appaltatore, come conseguenza della comunicazione al pubblico dell'esecuzione della presta-

zione professionale, appare costituire, nella struttura e nella funzione concreta del contratto pubblico, di cui qui si verte, una controprestazione contrattuale anche se a risultato aleatorio, in quanto l'eventuale mancato ritorno (positivo) di immagine (che è naturalmente collegato alla qualità dell'esecuzione della prestazione) non può dare luogo ad effetti risolutivi o risarcitori.”

I giudici di Palazzo Spada hanno infine sottolineato che gli Ordini devono agire per tutelare gli interessi generalizzati ed omogenei di tutta la categoria e non solo di alcuni iscritti, cosa che, col ricorso contro il bando del Comune di Catanzaro, non è avvenuta, avendo invece tutelato solo i professionisti che, una volta ottenuto l'incarico, sarebbero rimasti senza compenso, considerato da costoro quale elemento indispensabile del rapporto d'opera intellettuale.

Gli Organismi di categoria hanno espresso commenti ufficiali sulla sentenza, tutti negativi, incentrati, per il Consiglio Nazionale Architetti, sulla circostanza che il Codice Appalti vieta la prestazione d'opera professionale a titolo gratuito a vantaggio di una pubblica Amministrazione, e che nei contratti di servizi di ingegneria e architettura la stazione appaltante non può prevedere quale corrispettivo forme di sponsorizzazione, essendo invece obbligatorio l'utilizzo del Decreto Parametri⁶ per calcolare l'importo a base di gara.

Il Consiglio nazionale degli Ingegneri, dal canto suo, ha sottolineato che se pure di recente la Corte di Giustizia, al fine di ampliare i margini della tutela della concorrenza, ha recepito la nozione di onerosità del contratto di appalto in termini elastici, tuttavia, nel caso di specie il corrispettivo, ancorché immateriale, è puramente ipotetico e idealizzato dal Consiglio di Stato, ed inoltre si presta a facilitare pratiche corruttive nell'affidamento degli incarichi, che invece il d.lgs. 50/2016 intende evitare.

L'OICE, invece, ha specificato che la sentenza comunque riguarda un caso precedente il Decreto Correttivo del Codice che ha vietato alle amministrazioni di prevedere come corrispettivo forme di sponsorizzazioni o rimborsi come remunerazione delle attività di ingegneria e architettura, ma è nel merito delle argomentazioni che non si può essere in alcun modo d'accordo con la sentenza. Infine, la Fondazione Inarcassa si è pronunciata sostenendo che per l'art. 36 della Costituzione il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Rispetto ai contratti pubblici, il nuovo Codice ha tradotto e rafforzato questi principi vietando alle stazioni appaltanti sia di subordinare la corresponsione

⁴ L'assunto trova del resto conforto, sostiene la Sezione, nella giurisprudenza europea, per la quale vale ricordare Corte Giust. U.E., 12 luglio 2011, in causa C-399/98 (Bicocca).

⁵ Per rafforzare le proprie argomentazioni, il C.d.S. ha ricordato che alle gare d'appalto indette da enti pubblici e privati partecipano anche gli Organismi del cd. Terzo settore (oggi ETS), ossia quelli senza fini di lucro, soggetti che perseguono scopi non di stretto utile economico, bensì sociali o mutualistici; a loro è stato ritenuto non estensibile il principio del c.d. “utile necessario” fondato sull'innaturalità ed inaffidabilità, per un operatore del mercato, di un'offerta in pareggio, perché contro il naturale scopo di lucro.

⁶ Oggi vige il D.M. 17 giugno 2016 del Ministero della Giustizia, Approvazione delle tabelle dei corrispettivi commisurati al livello qualitativo delle prestazioni di progettazione adottato ai sensi dell'articolo 24, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (Nuovo Decreto parametri bis).

dei compensi per l'attività di progettazione al finanziamento dell'opera, sia di prevedere quale corrispettivo forme di sponsorizzazione o di rimborso. Inoltre, con l'intervento correttivo dello scorso aprile, su sollecitazione di ANAC, si è reso obbligatorio il riferimento al decreto parametri quale criterio per la determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento. Questa sentenza, al contrario, mette ancora una volta in discussione l'equo compenso, terreno di numerose battaglie, anche sul fronte del dibattito parlamentare, uno strumento che sarebbe invece un reale argine anche alla corruzione, cronico male del nostro Paese, nonché indispensabile forma di tutela dei diritti alla sicurezza e alla salute, della tutela dell'ambiente e del paesaggio, tutti fondamentali valori costituzionali.

2. L'art. 19-*quaterdecies* e il diritto del professionista al compenso equo

Visto il crescente dibattito sul punto, e dopo la pressante richiesta di tutela da parte di tutti gli ordini e collegi professionali, il Legislatore è quindi intervenuto a tutela dei professionisti, con una disciplina garantista per le loro prestazioni nei confronti di enti sia pubblici che privati.

Il d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, Disposizioni urgenti in materia finanziaria e per esigenze indifferibili, all'art. 19-*quaterdecies*, inserito dalla legge di conversione legge 4 dicembre 2017, n. 172, ha introdotto nel nostro ordinamento l'articolo 13-*bis* della legge 31 dicembre 2012, n. 247, in materia di equo compenso per le prestazioni professionali degli avvocati.

Nella nuova disciplina, al comma 1 si prevede il compenso degli avvocati iscritti all'albo, nei rapporti professionali regolati da convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività di cui all'articolo 2, commi 5 e 6, primo periodo⁷, in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361CE della Commissione, del 6 maggio 2003, è disciplinato dalle disposizioni del "presente articolo" (13-*bis*), con riferimento ai casi in cui le convenzioni sono unilateralmente predisposte dalle predette imprese.

⁷ «Art. 2 Disciplina della professione di avvocato. [Omissis]

5. Sono attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali.

6. Fuori dei casi in cui ricorrono competenze espressamente individuate relative a specifici settori del diritto e che sono previste dalla legge per gli esercenti altre professioni regolamentate, l'attività professionale di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale, ove connessa all'attività giurisdizionale, se svolta in modo continuativo, sistematico e organizzato, è di competenza degli avvocati. » [Omissis].

Ai fini del "presente articolo" (13-*bis*), al comma 2 si considera equo il compenso determinato nelle convenzioni di cui al comma 1 quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, tenuto conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6.

Il comma 3 stabilisce che le convenzioni di cui al comma 1 si presumono unilateralmente predisposte dalle imprese di cui al medesimo comma salva prova contraria.

La disposizione, nel disciplinare l'equo compenso da adeguare a quantità e qualità del lavoro svolto, fa espresso riferimento agli avvocati che svolgono prestazioni nell'interesse e per conto di banche, assicurazioni e imprese in genere, ma poi è estesa anche a tutti i professionisti, anche se non iscritti agli ordini professionali.

Difatti, il comma 2 dell'art. 19-*quaterdecies* recita: Le disposizioni di cui all'articolo 13-*bis* della legge 31 dicembre 2012, n. 247, introdotto dal comma 1 del presente articolo, si applicano, in quanto compatibili, anche alle prestazioni rese dai professionisti di cui all'articolo 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81⁸, anche iscritti agli ordini e collegi⁹, i cui parametri ai fini di cui al comma 10 del predetto articolo 13-*bis* sono definiti dai decreti ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9¹⁰ del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito,

⁸ Legge 22 maggio 2017, n. 81 Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato.

«Art. 1 Ambito di applicazione 1. Le disposizioni del presente capo si applicano ai rapporti di lavoro autonomo di cui al titolo III del libro quinto del codice civile, ivi inclusi i rapporti di lavoro autonomo che hanno una disciplina particolare ai sensi dell'articolo 2222 del codice civile. 2. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente capo gli imprenditori, ivi compresi i piccoli imprenditori di cui all'articolo 2083 del codice civile».

«Art. 2222 (Contratto d'opera). - Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV».

⁹ Quindi anche non iscritti.

¹⁰ «Art. 9 (Disposizioni sulle professioni regolamentate). 1. Sono abrogate le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico. 2. Ferma restando l'abrogazione di cui al comma 1, nel caso di liquidazione da parte di un organo giurisdizionale, il compenso del professionista è determinato con riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare nei termini di centoventi giorni successivi alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Entro lo stesso termine, con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono anche stabiliti i parametri per oneri e contribuzioni alle casse professionali e agli archivi precedentemente basati sulle tariffe. Il decreto deve salvaguardare l'equilibrio finanziario, anche di lungo periodo, delle casse previdenziali professionali. Ai fini della determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara nelle procedure di affidamento

con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

È stata superata quindi la limitazione soggettiva della prima stesura del d.l. fiscale 2018, ai cui sensi l'equo compenso da applicare ai contratti in corso era stato riservato solo agli avvocati; l'emendamento apportato il 16 novembre alla legge di conversione del decreto, ha difatti esteso la misura anche a tutti i professionisti, a prescindere dalla loro iscrizione ad albi od ordini professionali.

In altri termini, si introduce di nuovo nel nostro ordinamento il concetto del compenso minimo equo ed adeguato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, assicurando a tutti i professionisti una parcella minima equa, conforme alla legge ¹¹.

I criteri di definizione del valore economico delle prestazioni professionali, ed il conseguente limite minimo invalicabile, saranno stabiliti in maniera non assoluta, ma sarà sempre derogarli in presenza di accordo tra le parti.

di contratti pubblici dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria di cui alla parte II, titolo I, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, si applicano i parametri individuati con il decreto di cui al primo periodo, da emanarsi, per gli aspetti relativi alle disposizioni di cui al presente periodo, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti; con il medesimo decreto sono altresì definite le classificazioni delle prestazioni professionali relative ai predetti servizi. I parametri individuati non possono condurre alla determinazione di un importo a base di gara superiore a quello derivante dall'applicazione delle tariffe professionali vigenti prima dell'entrata in vigore del presente decreto. 3. Le tariffe vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto continuano ad applicarsi, limitatamente alla liquidazione delle spese giudiziali, fino alla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali di cui al comma 2 e, comunque, non oltre il centovesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. 4. Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve rendere noto (obbligatoriamente, in forma scritta o digitale,) al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente (obbligatoriamente, in forma scritta o digitale,) con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi. Al tirocinante è riconosciuto un rimborso spese forfettariamente concordato dopo i primi sei mesi di tirocinio. 5. Sono abrogate le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviavano alle tariffe di cui al comma 1.» [omissis].

¹¹ Va detto che in materia si è espresso negativamente (sia pur con parere non vincolante) il Garante dell'Antitrust, secondo il quale la disciplina dell'equo compenso è idonea "a reintrodurre un sistema di tariffe minime, peraltro esteso all'intero settore dei servizi professionali", che "non risponde ai principi di proporzionalità concorrenziale" e si pone "in stridente controtendenza con i processi di liberalizzazione" che hanno riguardato anche il settore delle professioni regolamentate"; ciò vale in linea generale, ma probabilmente in modo particolare per i rapporti con le amministrazioni pubbliche.

Le prime indicazioni sul calcolo dell'equo compenso si legano a contenuto e caratteristiche della prestazione. Pertanto:

- per i professionisti iscritti agli ordini professionali (ad esempio, avvocati, giornalisti, commercialisti, ingegneri, notai, etc.), l'equo compenso va stabilito sui parametri emessi con D.M. dal Ministero vigilante sullo specifico Ordine professionale, come ad esempio il Ministero della Giustizia per avvocati e notai ¹²;
- per i professionisti appartenenti alle altre categorie, iscritti in collegi (geometri), associazioni (infermieri) o non iscritti, i parametri per il calcolo dell'equo compenso, saranno decisi in un secondo tempo, ma comunque sempre simili a quanto previsto dell'articolo 36 della Costituzione sulla retribuzione del dipendente che dice che il compenso deve essere proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione.

La rilevanza della disposizione, in particolare per i notai, è duplice: da un lato, sono anch'essi professionisti tutelati dal decreto. Dall'altro, potrebbero essere i professionisti chiamati a stipulare o autenticare un atto, nel quale l'ordinamento prevede una nullità pur parziale, ma testuale e dettata con disposizioni che si potrebbero ritenere di ordine pubblico, in quanto dirette a tutelare la dignità lavorativa e il decoro di intere categorie professionali.

3. Il professionista quale contraente debole e la vessatorietà delle clausole contrattuali

La nuova disposizione, come si è visto, oltre all'equo compenso per i professionisti, prevede anche l'introduzione di 9 specifiche clausole vessatorie, in quanto considera il professionista come un contraente debole, alla pari del contraente tutelato dal Codice del consumo.

Difatti, il committente è una banca, un'assicurazione, una grande azienda, o un'azienda della pubblica amministrazione, quindi sempre un contraente cd. forte.

Il nuovo art. 13-*bis* prevede al comma 4 che ai fini del "presente articolo" (ossia lo stesso 13-*bis*) si considerano vessatorie le clausole contenute nelle convenzioni di cui al comma 1 che determinano, anche in ragione della non equità del compenso pattuito, un significativo squilibrio contrattuale a carico dell'avvocato.

Si dispone poi in dettaglio al comma 5: In particolare si considerano vessatorie, salvo che siano state oggetto di specifica trattativa e approvazione, le clausole che consistono:

- a) nella riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto;

¹² Per gli avvocati, ad esempio, il riferimento sono i parametri stabiliti con il D.M. 55/2014 utilizzati dai tribunali.

- b) nell'attribuzione al cliente della facoltà di rifiutare la stipulazione in forma scritta degli elementi essenziali del contratto;
- c) nell'attribuzione al cliente della facoltà di pretendere prestazioni aggiuntive che l'avvocato deve eseguire a titolo gratuito;
- d) nell'anticipazione delle spese della controversia a carico dell'avvocato;
- e) nella previsione di clausole che impongono all'avvocato la rinuncia al rimborso delle spese direttamente connesse alla prestazione dell'attività professionale oggetto della convenzione;
- f) nella previsione di termini di pagamento superiori a sessanta giorni dalla data di ricevimento da parte del cliente della fattura o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;
- g) nella previsione che, in ipotesi di liquidazione delle spese di lite in favore del cliente, all'avvocato sia riconosciuto solo il minore importo previsto nella convenzione, anche nel caso in cui le spese liquidate siano state interamente o parzialmente corrisposte o recuperate dalla parte;
- h) nella previsione che, in ipotesi di nuova convenzione sostitutiva di altra precedentemente stipulata con il medesimo cliente, la nuova disciplina sui compensi si applichi, se comporta compensi inferiori a quelli previsti nella precedente convenzione, anche agli incarichi pendenti o, comunque, non ancora definiti o fatturati;
- i) nella previsione che il compenso pattuito per l'assistenza e la consulenza in materia contrattuale spetti soltanto in caso di sottoscrizione del contratto¹³.

4. L'azione di nullità per le clausole vessatorie

Ferma restando la possibilità di mantenere valido il rapporto di lavoro, la tutela dell'equo compenso e del divieto delle specifiche clausole vessatorie, è affidata dalla legge di conversione del Decreto, ad una nuova azione di nullità.

Trattasi di un'azione per certi versi "speciale", in quanto mentre l'azione di nullità è di norma imprescrittibile, la nuova azione ha invece un termine di decadenza breve, di 24 mesi dalla data di sottoscrizione del contratto. Essendo un termine di decadenza, esso corre senza poter essere interrotto al di fuori del giudizio, e questo aspetto rappresenta un'apertura in favore delle ragioni dei committenti, per non lasciarli troppo tempo sospesi in attesa di un'eventuale azione per la rideterminazione del prezzo.

¹³ Si prevede inoltre ai due commi successivi:

«6. Le clausole di cui al comma 5, lettere a) e c), si considerano vessatorie anche qualora siano state oggetto di trattativa e approvazione.

7. Non costituiscono prova della specifica trattativa ed approvazione di cui al comma 5 le dichiarazioni contenute nelle convenzioni che attestano genericamente l'avvenuto svolgimento delle trattative senza specifica indicazione delle modalità con le quali le medesime sono state svolte».

I commi 8 e 9 dispongono che le clausole considerate vessatorie ai sensi dei commi 4, 5 e 6 sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto. La nullità opera soltanto a vantaggio dell'avvocato. L'azione diretta alla dichiarazione della nullità di una o più clausole delle convenzioni di cui al comma 1 è proposta, a pena di decadenza, entro ventiquattro mesi dalla data di sottoscrizione delle convenzioni medesime.

Ai commi 10 e 11 si prevede infine che il giudice, accertate la non equità del compenso e la vessatorietà di una clausola a norma dei commi 4, 5 e 6 dello stesso articolo, dichiara la nullità della clausola e determina il compenso dell'avvocato tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6. Per quanto non previsto dal "presente articolo" (l'art. 13-bis), alle convenzioni di cui al comma 1 si applicano le disposizioni del codice civile".

Dunque la tutela disegnata dal Decreto prevede che:

- il giudizio per la violazione del divieto di clausole si concreta in una sorta di rimozione chirurgica, in quanto la legge prevede la conservazione della parte restante del contratto;
- il giudizio per il riconoscimento dell'equo compenso si concreta nella declaratoria di nullità della clausola contenente il corrispettivo iniquo, per poi integrare giudizialmente il contratto con la determinazione del compenso equo.

5. L'intervento della Legge di bilancio 2018 (art. 1, commi 487-488)

La Legge di Bilancio 2018, legge 27 dicembre 2017, n. 205 (pubblicata in G.U. 29 dicembre 2017, n. 302), ai commi 487 e 488 del suo unico articolo, modifica il nuovo istituto dell'equo compenso, *ampliando le tutele per i professionisti*.

Difatti, nella stesura della legge 172/2017, era previsto al fine della determinazione del compenso per la prestazione si dovesse "tenere conto" dei parametri ministeriali; con la novella, il comma 487 dispone che nelle convenzioni preordinate unilateralmente dai cd. clienti forti (banche, assicurazioni ed enti in generale), il compenso deve essere "conforme" a detti parametri ministeriali¹⁴; inoltre, l'espressione "salvo che siano state oggetto di specifica trattativa e approvazione", che faceva salve

¹⁴ Art. 1, comma 487: «All'articolo 13-bis della legge 31 dicembre 2012, n. 247, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) al comma 2, le parole: « tenuto conto dei » sono sostituite dalle seguenti: « e conforme ai »;
- b) al comma 5, alinea, le parole: « , salvo che siano state oggetto di specifica trattativa e approvazione, » sono soppresse;
- c) al comma 6:
 - 1) le parole: « lettere a) e c) » sono sostituite dalle seguenti: « lettere a), b), c), d), e), g), h) e i) »;
 - 2) le parole: « anche qualora siano state oggetto di trattativa e approvazione » sono soppresse;
- d) il comma 9 è abrogato».

le clausole vessatorie specificamente approvate, è stata soppressa, per cui la tutela predisposta non è vanificabile.

Il comma 488, infine, dopo il comma 4 dell'articolo 19-*quaterdecies* del d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, aggiunge il comma 4 bis, ai cui sensi si esclude l'applicazione delle disposizioni richiamate agli agenti della riscossione, i quali in ogni caso garantiscono, al momento del conferimento dell'incarico professionale, la pattuizione di compensi adeguati all'importanza dell'opera, e tenendo conto dell'eventuale ripetitività delle prestazioni richieste.

6. L'ambito temporale di applicazione e la questione dei contratti in essere

Per quanto concerne l'ambito temporale di applicazione, risulta cruciale il problema dell'applicazione ai contratti in essere. Se è vero che la norma in via generale pare ammetterla, qualora tali rapporti siano regolati da convenzioni predisposte solo dalle imprese, resta però da chiarire da quando far decorrere il termine per l'azione, perché se fosse dalla sottoscrizione dei contratti, in molti casi il termine potrebbe già essere decorso; semmai, una data congrua da considerare sarebbe quella dell'entrata in vigore della legge di conversione, ossia il 6 dicembre 2017.

Per le pubbliche amministrazioni, invece, la tutela si applica necessariamente solo ai contratti sorti dopo l'entrata in vigore della disciplina.

Per quanto concerne il giudice competente, poi, l'azione di nullità andrà assegnata alla giurisdizione del giudice civile.

Si segnala che il Ministro della Giustizia, subito dopo l'approvazione dell'emendamento, ha commentato la notizia sottolineando che oltre all'allargamento a tutte le professioni, il testo approvato con pareri favorevoli di ministero della Giustizia e ministero dell'Economia e delle Finanze (Ragioneria Generale) introduce nel nostro ordinamento il principio che la Pubblica amministrazione debba riconoscere un compenso equo ai professionisti.

In questo senso, un diverso fronte di contenzioso potrebbe aprirsi dinanzi al giudice amministrativo. In effetti, pur se la regola dell'equo compenso per le PPA.A. appare di applicazione più blanda, in quanto la legge richiama l'equo compenso solo come principio, senza agganci ai parametri puntuali dei decreti ministeriali, tuttavia le Amministrazioni dovranno pur sempre tenerne conto, il che finirà con il creare una sorta di minimi tariffari per categoria e per prestazione.

In particolare, terreno difficile da affrontare è certamente quello delle gare per la scelta dei professionisti, cui le amministrazioni ricorrono, sia pur meno del passato, ad esempio per la determinazione della base d'asta per l'affidamento di incarichi puntuali che non richiedono un'attività organizzata, o ad esempio con

riferimento ai prezzi di aggiudicazione e alla valutazione di "anomalia" delle offerte, nel qual caso però l'equo compenso potrebbe portare a far escludere un'offerta perché troppo competitiva.

Vasco Fronzoni

Professore di Diritto islamico e di Diritto ecclesiastico dell'Università telematica Pegaso

Il bitcoin è *halal*? Una visione islamicamente orientata sulle valute virtuali

abstract

The essay investigates bitcoins and virtual currencies, which have had a great diffusion in international markets over the last decade, in the light of Islamic law. Starting therefore from the rules established by the Shari'a for Islamic finance, in particular the prohibition of gharar and gambling, the study analyzes the debate arisen between Muslim scholars and economists about the lawfulness of cryptocurrencies according to Islam. Finally, after translating a recent fatwa issued by the Grand Mufti of Egypt, and after explaining the importance of such kind of pronouncements in the Sunni world, the most important passages of the judgment are highlighted to demonstrate that bitcoin is not shari'a compliant.

keywords

Shari'a – Islamic Law and finance – Bitcoin – Fatwa.

abstract

Il saggio analizza alla luce del Diritto islamico i bitcoin e le cryptomonete, che hanno avuto grande diffusione nei mercati internazionali nel corso degli ultimi dieci anni. Partendo dalle regole che la shari'a ha stabilito in tema di Finanza islamica, ed approfondendo in particolare modo gli istituti del gharar e dell'azzardo, lo studio approfondisce il dibattito sorto in ambito islamico tra i giuristi e gli economisti circa la compatibilità sharaitica delle monete virtuali. Infine, dopo aver tradotto una recente fatwa emessa dal Gran Mufti di Egitto e dopo aver illustrato l'importanza di tali pronunce nel mondo sunnita, vengono richiamati i punti più importanti della decisione per dimostrare l'illegittimità del bitcoin per la shari'a.

parole chiave

Shari'a – Diritto islamico e finanza – fatwa – bitcoin.

sommario

1. *Shari'a* e tratti distintivi della finanza islamica. – 2. Il dibattito inraislamico sulle valute virtuali. – 3. La fatwa del Gran Mufti di Egitto.

1. *Shari'a* e tratti distintivi della finanza islamica

La grande diffusione che le monete virtuali¹ han-

no avuto da una decina di anni a questa parte nelle transazioni finanziarie e la loro cospicua influenza sui mercati ha fatto sì che anche la finanza islamica si sia interessata al fenomeno, tanto da generare un dibattito sull'utilizzo delle cd. cryptomonete e sulla loro compatibilità con le regole islamiche.

Come è noto, l'islam attribuisce importanza fondamentale ad una divisione quasi manichea tra ciò che è *halal* (lecito) rispetto a ciò che viceversa risulta *haram* (illecito)², che pervade ogni aspetto della vita del credente. Egli, sottoposto per nascita o per conversione alla volontà divina, deve conformare ogni passo della sua vita, ogni azione del suo quotidiano ad un quadro normativo essenziale ma, al tempo stesso complesso, rappresentato dalla *shari'a*. Le regole sharaitiche, così, investono ogni aspetto della vita dei musulmani, tanto nella dimensione privata quanto in quella comunitaria e, conseguentemente, investono anche gli aspetti economici e finanziari della vita sociale e pubblica.

Questa dicotomia tra permesso e proibito è tuttavia temperata sia da una sottodivisione delle azioni umane in altre tre categorie oltre alle due menzionate³, sia dall'inscindibile nesso che esiste tra predestinazione e libero arbitrio per la legge religiosa dell'islam.

Tra gli articoli della fede islamica⁴, infatti, ed è importante rimarcarlo, vi è la credenza nella predestinazione⁵, la cui teorizzazione fa ritenere che né il caso,

TACCI, *Per un pugno di bitcoin. Rischi e opportunità delle monete virtuali*, Università Bocconi Editore, Milano, 2016. Sulle implicazioni giuridiche dell'utilizzo delle cd. cryptomonete, si rimanda a GRECO, *Monete complementari e valute virtuali*, in PARACAMPO (a cura di), *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 197 e ss.

² Per tali basilari nozioni, AL-GHAZALI, *Al-Kitab al halal wa-l haram*, Al-Bouraq, Beyrouth, 1420 H.

³ Gli atti dei credenti vengono classificati in cinque categorie di regole o norme direttive (*al-abkam al-khamsa*) nelle quali si riassume la materia del diritto positivo: 1) obbligatori, 2) consigliabili o raccomandabili, 3) leciti, 4) riprovevoli o biasimevoli, 5) vietati. SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, I.P.O., Roma, 1925, I, p. 8-9.

⁴ Sugli articoli di fede, PASQUINI, *Islam: credo, pilastri, perfezione e vertice*, Quaderni islamici, Edizioni del Calamo, Milano, 2002, pp. 11 e ss.

⁵ Sulla teoria della predestinazione si veda CAMPISI, voce "gbr", in *Lessico della teologia islamica*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 25; BURCKHARDT, *Introduzione alle dottrine esoteriche dell'islam*, Edizioni Mediterranee, Roma, 1987, pp. 40 e ss.; RIZZARDI, *L'islam: il linguaggio della morale e della spiritualità*,

¹ Per una disamina storica delle monete virtuali, si veda CAPOTI-COLACCHI-MAGGIONI, *Bitcoin revolution. La moneta digitale alla conquista del mondo*, Hoepli, Milano, 2015; AMATO-FAN-

né la fatalità, né la fortuna e né la disgrazia sono causa degli avvenimenti nella vita dell'universo e nella vita dell'uomo e ciò significa riconoscere, conseguentemente, che tanto il bene quanto il male hanno come causa il decreto divino. Gli uomini, dunque, confidano nell'eternità della scienza di Allah che abbraccia e coinvolge ogni cosa, essendo stata ogni cosa da lui creata. Tutto è conosciuto, ma è concessa la libertà di orientamento, poiché l'uomo non è una creatura indifesa sospinta dal destino. Allah, così, ha dotato l'uomo della capacità di compiere il bene ed il male in base ad una scelta volontaria. La predestinazione divina non esime da responsabilità. Gli esseri dotati di libero arbitrio, infatti, vengono elogiati per le azioni lodevoli e rimproverati per le azioni biasimevoli. Tuttavia Allah punisce solo le azioni nelle quali c'è stata libertà di scelta. Secondo la dottrina islamica ogni atto umano è predestinato, ma è errato credere nell'azione del destino, poiché pur senza negare le interferenze divine negli affari umani, la libertà d'arbitrio è mantenuta intatta. Gli uomini pii esercitano il loro libero arbitrio agendo in maniera conforme agli insegnamenti divini e scegliendo di credere in Allah e seguire i suoi insegnamenti, poiché non credere, o credere in maniera condizionata o incompleta, significherebbe tradire e mettere in pericolo il progetto che Allah ha voluto per le sue creature.

La finanza islamica costituisce un settore dell'economia mondiale in grande espansione, destinatario di un interesse crescente nel panorama finanziario internazionale, tanto da costituire un segmento considerevole di tutti i mercati finanziari, ed è un sistema dotato di specifiche regole distinte e, per certi aspetti, anche lontane dalle regole e dalle prassi finanziari e del cd. mondo occidentale.

L'islam è portatore di una politica economica che incoraggia il profitto e la competizione negli affari, incitando i credenti a lavorare con impegno per conseguire utilità di natura economica, a detenere proprietà privata e a intraprendere rischi d'investimento.

Contrariamente ad altre religioni, nell'islam la povertà non è considerata una virtù, ma un disvalore sociale, di natura temporanea, che deve essere prontamente superato, in modo da reinserire quanto prima l'individuo che versa in ristrettezze nel circuito produttivo. Specularmene, esiste una accezione positiva del concetto di ricchezza e di proprietà privata. Difatti, i beni e la disponibilità economica rappresentano i doni che Allah ha destinato ai fedeli: «*O voi che credete! Mangiate delle cose buone che la provvidenza nostra v'ha dato, e ringraziate Iddio, se lui solo adorato*» (Cor II, 172) ed il musulmano è esortato da Allah a godere dei suoi doni ed a mostrare gratitudine. La *shari'a* interviene a protezione di questi regali divini

ed i credenti sono incoraggiati nella ricerca e nella raccolta di averi⁶.

Il diritto di proprietà è uno dei diritti fondamentali che l'islam garantisce ad ogni credente «*O voi che credete! non entrate in case altrui senza aver prima chiesto il permesso e aver salutato le persone della casa*» (Cor XXIV, 27), proteggendo la proprietà privata contro le intrusioni, il furto, i danneggiamenti e le frodi: «*O popolo mio! date giusto peso e giusta misura e non defraudate gli uomini delle loro cose, non portate scelleratezza sulla terra*» (Cor XI, 85)⁷. Tuttavia, non va dimenticato che tutti i beni sono donati agli uomini da Allah, il solo che può rivendicarne la proprietà assoluta, e va tenuto anche presente che ogni membro della comunità deve essere assistito nei momenti di difficoltà e non deve mai essere privato dei beni necessari per poter vivere dignitosamente. Infatti, la ricerca del benessere deve essere subordinata al rispetto di alcune condizioni, poiché essa può costituire, ad un tempo, uno strumento che può essere utilizzato per ottenere la benevolenza di Allah, ma anche un mezzo per portare il singolo e la comunità alla distruzione: «*Le ricchezze ed i figli sono gli ornamenti effimeri della vita terrena, ma le cose eterne, le opere buone, meritano compenso migliore agli occhi del Signore, e migliore speranza*» (Cor XVIII, 46); «*Poiché le vostre ricchezze e i vostri figli non sono che una tentazione, mentre verso Dio v'ha mercede immensa*» (Cor LXIV, 15). Seguendo questo concetto, la ricchezza va perseguita, ma va anche distribuita poiché il danaro non va accumulato ma deve servire a far circolare l'economia: «*O voi che credete! certo molti dei dottori e dei monaci consumano i beni altrui in cose vane e allontanano gli uomini dalla via di Dio. Orbene, a coloro che ammucciano oro e argento e non lo spendono sulla via di Dio annuncio castigo cocente*» (Cor IX, 34), e il pagamento della *zakat*⁸, quale elemosina legale e tassazione religiosa, costituisce un obbligo per tutti i fedeli: «*Preleva sulle loro ricchezze una decima per purificarli e mondarli, e prega per loro...*» (Cor IX, 103); «*Credete in Dio e nel suo Messaggero, e largite parte di*

⁶ Sui concetti di ricchezza e povertà nell'islam, si rinvia a DONINI, *Regola morale e pragmatismo economico nel diritto islamico dei contratti*, Istituto per l'Oriente C. A. Nallino, Roma, 2012, pp. 11 e ss.

⁷ Vedasi a tal proposito CUZZOLA, *Il Diritto islamico*, Primiceri editore, Pavia, 2013, p. 107.

⁸ La *zakat*, si ricorda, corrisponde ad una sorta di decima, che il musulmano deve calcolare su determinate proprietà ed elargire in beneficenza ad otto categorie di beneficiari: «*Perché il frutto delle decime e delle elemosine appartiene ai poveri e ai bisognosi e agli incaricati di raccogliercle, e a quelli di cui ci siam conciliati il cuore, e così anche per riscattar gli schiavi e i debitori, e per la lotta sulla via di Dio e pel viandante*» (Cor IX, 60). L'importanza della *zakat*, come obbligo religioso, è resa evidente dal fatto che essa costituisce uno dei cinque obblighi fondamentali cui il musulmano deve adempiere, i cosiddetti pilastri dell'islam. Per approfondimenti, si rinvia a AA.VV., *Tasse religiose e filantropia nell'islam del Sud-Est asiatico*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997.

Glossa, Milano, 2007, p. 73; TOMASELLO, *Lessico della tradizione islamica. Dialogo ragionato in 33 voci*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza, p. 135.

quei beni di cui vi ha costituito eredi, ché quei che fra voi credono e elargiscono delle loro sostanze avranno mercede grande» (Cor LVII, 7). Inoltre, per l'etica islamica, beni e denari devono essere acquisiti con mezzi leciti e vanno spesi in maniera corretta. I valori morali dell'islam, generali e condivisi, vanno rispettati anche in questo campo, permettendo così che la ricchezza sia benedetta da Allah, consentendo che il fedele possa goderne tanto nella vita presente quanto nell'al di là. Difatti, il credente non potrà usare denaro per corrompere altri o per far loro del male, perché ciò significherebbe andare contro la volontà di Allah: «Non consumate fra voi le vostre ricchezze invano, e non fatevene un mezzo per corrompere i giudici perché defraudino peccaminosamente parte della gente dei loro beni, sapendo il male che fate» (Cor II, 188).

Dai loro investimenti gli individui possono ottenere un ricavo, e vengono stimolati a lavorare in modo produttivo per il proprio interesse personale. Tuttavia l'Islam riconosce che le tensioni economiche ed emotive dovute alla povertà possono indurre un individuo a ricorrere a sistemi malsani o amorali di guadagnare un reddito. Pertanto, le componenti essenziali del sistema economico islamico sono state formulate al fine di garantire a tutti gli individui istruzione e occupazione, contenimento e prevenzione della povertà, e un continuo sviluppo sociale e intellettuale⁹. Inoltre, alla base della finanza islamica vi sono spinte caritatevoli e solidaristiche di giustizia sociale che impongono al credente che produce profitto di versare la *zakat*¹⁰, la tassazione religiosa in favore di otto specifiche categorie di destinatari, il cui pagamento purifica e rende moralmente fruibile il reddito prodotto.

Queste finalità sono in linea con quelle proprie degli altri modelli di finanza di tipo occidentale, tuttavia la finanza islamica avversa alcune attività tipiche delle operazioni finanziarie di tali sistemi, quali l'applicazione di tassi di interesse, l'azzardo, l'ingiusto arricchimento e lo sfruttamento indebito, l'alea e gli interventi speculatori ritenuti immorali e questa differenziazione in senso etico-religioso assume un tratto distintivo, di fatto unico, del sistema economico-finanziario islamico¹¹.

Per il divieto di tassi di interesse va rimarcato come, nell'economia del mondo musulmano, tradizionalmente la moneta non ha un valore intrinseco poiché, originariamente, gli scambi commerciali avvenivano con il baratto ovvero attraverso lo scambio di dromedari, di genere e età diversi e prefissati a seconda

delle singole transazioni¹². Anche il valore della vita umana in applicazione della vendetta privata attraverso la valutazione del prezzo del sangue (*diyya*) era parametrato in origine sull'equivalente in dromedari, e soltanto successivamente l'ammontare poteva essere pagato con monete d'oro o di argento¹³. Nell'islam, viene poi esplicitamente vietato il *riba*, vale a dire il prestito di denaro dietro qualsivoglia interesse, equiparato all'usura. «Coloro che praticano l'usura, il dì della resurrezione sorgerai dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto: la compravendita è come l'usura. Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura (...) coloro però che tornano a praticare l'usura saran dannati al fuoco, nel quale rimarranno in eterno. Ma Dio distruggerà l'usura e moltiplicherà il frutto delle elemosine» (Cor II, 275-276). Per l'islam dunque, non vi è differenza tra usura e applicazione di un tasso di interesse ancorché modico, e non si distingue tra soglie di interesse consentite e soglie proibite, in quanto ogni sia pur minimo tasso eccedente il valore nominale del bene configura *riba*, ovverosia un lucro usurario¹⁴. La conseguenza di questa visione d'insieme è che non sono leciti i contratti di finanziamento con tasso di interesse, che assegnino quindi al creditore un guadagno in ragione del tempo durante il quale la moneta è stata resa disponibile al debitore. L'unico modo lecito per far fruttare la moneta è quello di impiegarla in operazioni commerciali o produttive. La principale caratterizzazione della finanza islamica è dunque il divieto di applicazione di tassi di interesse, che si riverbera nel peculiare tipo di banca islamica, una banca partecipativa nella quale le operazioni finanziarie sono strutturate come transazioni commerciali o come forme di partecipazione a un tipico rischio d'impresa, nelle quali il creditore guadagna un profitto da transazione o da condivisione del rischio e non un interesse. La banca islamica opera essenzialmente condividendo il rischio imprenditoriale, rischio ponderabile e calcolato, nel finanziamento delle operazioni commerciali e proprio per tale caratteristica viene detta banca partecipativa¹⁵. Il finanziamento viene operato attraverso una forma tipica di contratto estremamente diffusa di doppia vendita, *murabaha*, attraverso la quale l'istituto di credito acquista il bene richiesto dal proprio cliente e in seguito lo rivende allo stesso ad un prezzo maggiore concordato sin dalla stipula del contratto e pagabile a termine. Con il contratto *murabaha* la banca ha un guadagno fisso simile nella sostanza a un tasso di interesse ma

⁹ In tal senso ASCARI-TAGHAVI, *I fondamenti di principio di un'economia islamica*, in *Moneta e Credito*, vol. LVIII, n. 232, dicembre 2005, pp. 175-94.

¹⁰ Per approfondimenti si rinvia a ZYSOV, voce *Zakat*, in *E. I.* (XI), Brill, Leiden, 2002, pp. 406 e ss.

¹¹ Sui valori religiosi della finanza islamica, D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Rivista telematica Stato, chiese pluralismo confessionale*, (2012), n. 25.

¹² Per approfondimenti, ASHTOR, *Storia economica e sociale del Vicino Oriente nel Medioevo*, Torino, 1982.

¹³ EL-HAKIM, *Le dommage de source délictuelle en droit musulman*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1971, p. 40.

¹⁴ SANTILLANA, *Istituzioni di Diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, I.P.O., Roma, 1938, II, pp. 60 e ss..

¹⁵ PICCINELLI, *Economie e banche tra Islam e Occidente*, in *Jura Orientalia*, II (2006), p. 131-132.

equivalente, nella forma, a un sovrapprezzo sul valore del bene¹⁶.

Al pari del gioco dei dadi (*maysir*) «O voi che credete! in verità il vino, il maysir, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie sono sozzure, opere di Satana» (Cor V, 90), l'islam non tollera ogni genere di azzardo e, conseguentemente, le operazioni commerciali o finanziarie che integrino attività meramente speculative, caratterizzate da un rischio imponderabile, il cui esito può dipendere dal caso e che si avvicinano al gioco e alle scommesse. Sono viceversa consentite le attività connotate da un ordinario rischio imprenditoriale.

La *shari'a* considera illecite le clausole contrattuali che producono un indebito arricchimento da parte di un contraente in danno di terzi. Così, nei contratti di finanziamento, è clausola illecita quella che prevede a carico del debitore inadempiente penali o interessi di mora. La giurisprudenza islamica, conscia della funzione di simili previsioni, volte ad ottenere l'adempimento, ha concesso efficacia alle clausole che da un lato onerino il debitore non adempiente di qualche sorta di penale e dall'altro obblighino il creditore a destinare la stessa a istituzioni caritatevoli islamiche¹⁷.

I principi etici della finanza islamica impongono divieti di raggiri e di accaparramenti, come riportato da alcuni *ahadith*. Vi è il divieto per agli abitanti delle città di vendere per conto dei contadini i prodotti da questi coltivati. Ciò sia per evitare il possibile, facile inganno dei campagnoli da parte dei cittadini mediatori ma soprattutto, secondo la maggioranza degli esegeti, il divieto è stabilito nell'interesse degli abitanti della città e tende ad impedire il rincaro del costo dei prodotti, poiché l'intermediario cittadino acquista sempre i prodotti del contadino ad un prezzo basso e li rivende con una maggiorazione. Così facendo, vi sarebbe un indebito arricchimento sia a spese del produttore che del consumatore poiché in caso di vendita diretta il contadino venderebbe certamente la sua merce ad un prezzo più ragionevole. Per lo stesso motivo vi è il divieto di andare incontro alle carovane, allo scopo di acquistarne i prodotti prima che giungano in città. Si intende con ciò impedire gli accaparramenti ed i monopoli a danno delle agglomerazioni urbane, ed anche si vuole prevenire la speculazione del cittadino che compra dai contadini che ignorano i prezzi di mercato¹⁸.

L'islam avversa inoltre ogni forma di incertezza o

aleatorietà (*gharar*), ovvero sia qualunque transazione di beni la cui esistenza o descrizione non sia certa, a causa della mancanza di informazioni e di conoscenza circa gli esiti del contratto o la natura stessa della prestazione¹⁹. Viene di conseguenza vietata ogni forma contrattuale connotata da elementi incerti o aleatori, in relazione all'oggetto e dunque prestazione e prezzo, ovvero al momento dell'esecuzione. Da questa visione generale deriva il divieto dei contratti assicurativi, essendo la prestazione dell'assicuratore per definizione legata all'evento incerto del sinistro.

Poiché nella dimensione islamica, come si è visto, l'economia non può prescindere dalla religione e dalla morale, i contratti che abbiano ad oggetto o favoriscano attività considerate immorali dal Corano e dalla giurisprudenza islamica sono da considerare nulli²⁰. Ne consegue che la finanza islamica non può essere impiegata per finanziare attività illecite (quali la vendita di alcolici, il gioco d'azzardo, la produzione di tabacco, o la pornografia) ovvero che siano giudicate non etiche (quali la vendita del pesce prima che sia pescato, la vendita del grano prima della sua raccolta, la vendita del seme dello stallone, una qualche forma di assicurazione)²¹.

Infine, per completare la breve disamina dei tratti distintivi e delle particolarità della finanza islamica, va indubbiamente accennato a quelli che sono gli strumenti di *élite* del modello finanziario islamico, i *sukuk*. Essi costituiscono delle obbligazioni rispettose della *shari'a*. L'investitore concede alla banca un capitale, e la banca provvede a investirlo in un'attività reale, riscuotendo i profitti generati dall'investimento effettuato. Non vi è per l'investitore la sola restituzione del capitale investito accompagnata da una remunerazione a titolo di interesse, come si è visto proibita, ma la piena condivisione dei rischi e dei profitti tra creditore e debitore, in modo che siano presi in considerazione solo investimenti potenzialmente validi²².

Negli ultimi tempi, questi prodotti hanno riscosso un grande consenso nel mondo finanziario occidentale²³ ed il crescente interesse per la finanza islamica in generale e per i *sukuk* in particolare si è manifestato anche in Italia, dove è stata presentata una proposta di

¹⁹ UDDIN, *Principles of Islamic Finance: Prohibition of Riba, Gharar and Maysir*, in *M.P.R.A. Papers*, 67711 (2015), p. 5.

²⁰ Sulla tipologia di queste attività si veda NONNE, *Il prestito ad interesse nel Diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in PAPA - PICCINELLI - SCOLART (a cura di), *Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, E.S.I., Napoli, 2011, II, p. 840.

²¹ ANDRÉ MARTENS, *La finance islamique: fondements, théorie et réalité*, in *L'Actualité économique*, 77, IV (2011), p. 483.

²² Per le diverse tipologie di *sukuk*, si veda Russo, *I contratti Shari'a compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, E.S.I., Napoli, 2014, pp. 96 e ss.

²³ LONGO, *I bond islamici battono gli occidentali*, in *Il sole 24Ore*, 27 marzo 2011; MARRONI, *Finanza islamica, interesse in crescita*, in *Il sole 24Ore*, 3 febbraio 2017; SIMONE FILIPPETTI, *Il tesoro da 3,5 trilioni della Finanza islamica*, in *Il sole 24Ore*, 6 dicembre 2017.

¹⁶ AA. VV., *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, Banca d'Italia Occasional Papers, 73, 10 (2010), p. 10.

¹⁷ HAMAUI - MAURI, *Economia e finanza islamica*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 121; DI CESARE, *La possibile fiscalità delle operazioni di finanza islamica*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2 (2016), p. 127.

¹⁸ Su questi specifici divieti, si veda MADNI, *The Hoarding in Islamic Marketing*, in *IOSR Journal of Humanities and Social Science*, 17 (2013), pp. 31 e ss.

legge²⁴. La finalità della iniziativa è indirizzata tanto a creare una cornice normativa definita per incentivare l'ingresso di investimenti esteri di area islamica, soprattutto dai Paesi del Golfo, quanto ad applicare l'imposizione fiscale degli strumenti finanziari tradizionali (mutuo, obbligazione) a quelli *shari'a compliant*, rendendo così possibile anche in Italia l'emissione di prodotti di finanza islamica, senza perdere un bacino di utenza ingente, rappresentato dai quasi tre milioni di musulmani residenti in Italia e che generano un giro di affari tra i 6 e i 7 miliardi di euro l'anno.

2. Il dibattito intraslamico sulle valute virtuali

Nel mondo islamico ci si è da qualche tempo interrogati sulla compatibilità delle valute virtuali rispetto all'inquadramento sharaitico, e le opinioni che si sono accreditate, soprattutto tra gli esperti di economia e finanza islamica, sono state diverse e varie.

Per qualche giurista, il fatto che non vi sia un controllo da parte di una autorità (o banca) centrale costituisce un punto di forza, in quanto istituti quali il consenso (*igma*), la consultazione (*shura*) e la pluralità di opinioni (*iktilaf*) costituiscono una garanzia di pace e stabilità e permeano il confronto sociale e il vivere comunitario di tutti i musulmani. Una libertà nel settore bancario, dunque, in cui nessuna autorità centrale può imporre un valore *a priori*, è certamente da considerare più *halal* rispetto ad un sistema controllato centralmente²⁵.

Alcuni studiosi intravedono la conciliabilità tra monete virtuali e principi della finanza islamica, nella compatibilità tra il sistema di controllo e sicurezza delle transazioni in cryptomoneta denominato *blockchain management system* (B.M.S.) ed il divieto di *riba* (interessi usurari) già illustrato *supra*, cui si accompagnano esigenze di *maslaha* (di interesse generale)²⁶.

Altri studiosi ritengono non incompatibile il mondo della moneta virtuale con quello della finanza islamica, ma ritengono necessaria una maggiore partecipazione degli esperti musulmani al dibattito, così come auspicano la produzione di pronunce pertinenti da parte di autorità istituzionali islamiche, che potrebbero fornire fiducia e confidenza in strumenti finanziari giudicati interessanti e pratici, quali i bitcoin²⁷.

Altri giuristi ancora ritengono che le valute virtuali ed in particolare i bitcoin possano risultare *shari'a*

compliant, puntando sul loro aspetto di «non moneta», ma con qualche riserva. Infatti, per essi acquistare in bitcoin un bene invece che in moneta corrente è una operazione equivalente ad un baratto e, dunque, risulterà l'accordo convenzionale tra le parti e l'accettazione dello scambio a renderli compatibili con le regole islamiche, al pari di quanto si faceva a Medina in occasione degli scambi commerciali tra i mercanti prima della diffusione di *dinar* o *dihram*. Tuttavia, le condizioni che i bitcoin devono rispettare per essere compatibili con le regole sharaitiche è la contestualità dello scambio senza vantaggi e senza che si rientri in contratti tipo «*futures*», non compatibili con la *shari'a*²⁸, e che non vi deve essere nessun intento speculativo sulle valute, nel senso che le parti devono avere un motivo reale di scambio, che non sia quello di tesoreggiare moneta per ottenere un vantaggio economico²⁹.

Un esempio di applicazione pratica delle monete virtuali ai principi della finanza islamica si ha con imprese che operano con servizi erogati nel settore del microcredito e del *crowdfunding*, quali per citarne alcune Shekra, Blossom, LaunchGood, Mystartr e Aoon³⁰, che essenzialmente si rivolgono ad una clientela musulmana. Per tali operatori finanziari, la compatibilità sharaitica degli strumenti utilizzati è assoluta³¹.

Per concludere l'esame delle posizioni positive e possibilistiche, rimanendo in tema di applicazione pratico-finanziaria, vale la pena citare uno studio alquanto tecnico e condotto con il ricorso ad algoritmi, sulla correlazione tra criptovaluta e andamento dei mercati azionari islamici che, senza entrare pienamente nel merito della compatibilità sharaitica delle monete virtuali, enfatizza in termini di benefici il potenziale utilizzo dei bitcoin da parte di investitori islamici o di gestori di fondi comuni di investimento come valore aggiunto di diversificazione del portafoglio³².

Alcuni giuristi, viceversa, assumono una posizione neutrale, sottolineando che per la *shari'a*, non è importante la forma di pagamento degli scambi commerciali, bensì la sostanza, che richiede una particolare moralità per le transazioni finanziarie. Qualunque bene, valuta o danaro non è in sé né *halal* né *haram*, ma lo diventa in base al suo utilizzo, lecito o illecito. Per questa dottrina, conseguentemente, che richiama anche la storia del denaro dall'epoca pre-islamica a quella del I

²⁴ XVII Legislatura, Proposta di legge Bernardo ed altri: *Disposizioni concernenti il trattamento fiscale delle operazioni di finanza islamica* (n. 4453).

²⁵ Sulla opportunità di un controllo centrale delle valute nell'islam, ADAM, *Bitcoin: Shariah Compliant?*, Amanah Consulting Group, Manama, 2015, p. 46.

²⁶ L'analisi, oltremodo tecnica nell'ottica economico-finanziaria ma non altrettanto specialistica dal punto di vista della finanza islamica, è compiuta da. EVANS, *Bitcoin in Islamic Banking and Finance*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, 1 (2015), p. 8.

²⁷ BERGRSTRA, *Bitcoin and Islamic Finance*, in *TCS electronic Report Series*, 6 (2014).

²⁸ INJADAT, *Futures and Forwards Contracts from Perspective of Islamic Law*, in *Journal of Economics and Political Economy*, 2 (2014), I, pp. 241 e ss..

²⁹ KAHE, *Fatwa on Bitcoin*, Qatar Faculty of Islamic Studies, Doha, 2014.

³⁰ Una analisi approfondita viene fatta da FIORE, *Crowdfunding, bitcoin e finanza secondo la Sharia, spiegati*, in *smartmoney.startupitalia.eu*, 2 dicembre 2015.

³¹ REDMAN, *Bitcoin brings 100% Mathematical Certainty to Comply with Islamic Law*, in *cointelegraph.com*, 25 giugno 2015.

³² LIM - MASIH, *Exploring portfolio diversification opportunities in Islamic capital markets through bitcoin: evidence from MGARCH-DCC and Wavelet approaches*, in *M.P.R.A. Papers*, 79752 (2017).

secolo dopo la Higrā, non può essere manifestata una aprioristica aversità verso le valute virtuali, che astrattamente potrebbero essere compatibili con il modello islamico, e bisogna valutare caso per caso il metodo di impiego³³.

Passando alle opinioni di *no shari'a compliant*, alcuni aspetti che non convincono i giuristi musulmani sono rappresentati dalla forte volatilità dei prezzi e dall'inquadramento giuridico mutevole di queste valute che non danno affidamento. Alcuni sistemi legislativi occidentali, infatti, ritengono il bitcoin una valuta, altri un bene materiale; altri ancora un bene immateriale suscettibile di proprietà intellettuale³⁴.

Nello stesso solco di questa posizione dottrinale si assesta una decisione del consiglio nazionale per le *fatāwa* malesiano, un organo federale di produzione del diritto positivo sharaiticamente orientato, dunque un ente istituzionale, che nel 2014 si è pronunciato negativamente sulle monete virtuali³⁵, asserendo che il loro utilizzo non è lecito in quanto risultano elementi altamente speculativi e la mancanza di un organo unitario di controllo amplifica questi effetti, orientando sulle stesse posizioni la banca centrale della Malesia³⁶, Paese trainante della finanza islamica mondiale.

Anche alcuni noti esperti di *shari'a* sunniti si sono espressi in senso contrario alle valute digitali, fornendo sostanzialmente le stesse motivazioni viste *supra*, ed è il caso del giurista pakistano Javed Ahmad Ghamidi³⁷, nonché del saudita Assim Al-Hakeem³⁸, che censurano il carattere ambiguo e non trasparente delle cryptovalute, atte a finanziare le attività illecite ed ogni tipo di *trafficking*.

Infine, è interessante notare come il fronte shi'ita sia molto più aperto e possibilista verso le monete virtuali. In una intervista resa ad un giornale economico, il segretario dell'Iranian High Council of Cyberspace (H.C.C.) ha riconosciuto i Bitcoin come parte integrante dell'economia, affermando che molti investitori in Iran utilizzano le monete virtuali e sono anche nate specifiche aziende *start up* specializzate nel settore. La Banca centrale iraniana non ha ancora raggiunto una posizione stabile e definita sul tema, conscia dei rischi dovuti alle elevate fluttuazioni dei prezzi e del rischio

³³ Si veda in particolare BARKATULLAH, *How does sharia view Crypto-Currencies?*, in *ebrahimcollege.org.uk*, 14 ottobre 2016, saggio al quale si rimanda anche per una interessante analisi delle varie posizioni dottrinarie.

³⁴ In tal senso TAYEL, *Can Bitcoin be self-regulatory legal tender? A Comparative Analysis of United States, European Union and Islamic Legal System*, Central European University, Budapest, 2015, pp. 44 e ss.

³⁵ AA. VV., *Regulation of Bitcoin in Selected Jurisdictions*, Global Research Center, Washington, 2014.

³⁶ DE, *Malaysia's Central Bank Releases Draft Rules for Cryptocurrency Exchanges*, in *finance.yahoo.com*, 14 dicembre 2017.

³⁷ Può essere consultato il forum tematico sul portale *javedahmadghamidi.com*.

³⁸ Può essere consultato il forum tematico sul portale *assimalhakeem.net*.

di investimento. Anche per tale motivo, viene manifestata l'esigenza di approntare degli studi specifici per poter regolamentare tutte le valute digitali, in sinergia con la Banca centrale³⁹.

3. La *fatwa* del Gran Mufti di Egitto

Le *fatāwa* (sing. *fatwa*) nel diritto islamico⁴⁰, sono produzioni di pareri legali provenienti da un'autorità giudiziario-religiosa islamica (*mufti*), perita nella legge islamica, emesse su richiesta dei singoli ovvero di iniziativa, per fornire la chiave di lettura islamicamente corretta ad una specifica questione giuridico-pratica. Nel mondo islamico, vi sono diverse fonti di produzione del diritto: l'erudito (*'alim*, plur. *'ulama*) la cui ermeneutica attrae consenso nella scuola giuridica (*madhab*) cui appartiene, l'ermeneuta (*muftahid*) ovvero un *'alim* particolarmente qualificato e capace di compiere uno sforzo interpretativo (*igtihad*), il giudice chiamato ad applicare il diritto (*qadi*), il giurisperito consultato su aspetti teorici (*faqih*) ed il giureconsulto autorizzato a pronunciarsi su casi concreti (*mufti*)⁴¹. Le *fatāwa* non hanno forza vincolante, al punto che molti studiosi le accomunano ai *responsa* del diritto romano, e hanno valenza soprattutto in ragione del peso, del prestigio e del seguito di cui gode nella comunità di appartenenza l'esperto di diritto chiamato ad emanarle. Tutti possono sottoporre a questi eruditi i quesiti più diversi cosa che, in epoca contemporanea, avviene anche attraverso giornali, televisioni, blog, mail) ma sono effettivamente poche le persone qualificate a fornire le risposte. Presso gli shi'iti sono abilitati soltanto gli *ayatallah*.

Nel vasto panorama di figure istituzionali, va sottolineato il fondamentale ruolo che l'Egitto riveste per i sunniti in epoca contemporanea, tanto da un punto di vista dell'orientamento religioso quanto da quello dell'indirizzo politico-giuridico. Difatti, nel mondo sunnita esistono tre poli principali unanimemente riconosciuti, che rappresentano ad un tempo centri giuridico-culturali e istituzioni religiose, ove coesistono nella stessa sede una moschea ed una Università: in ordine di importanza sono Al-Azhar in Egitto, Al-Qarawiyin in Marocco e Al-Zaytuna in Tunisia.

L'Egitto, dunque, attraverso le due alte cariche istituzionali rappresentate appunto dal Gran Mufti (*Mufti al-Diyar al-Misriyya*)⁴² e dal Rettore dell'Università di Al-Azhar (*Shaikh al-Azhar as-Sharifs*), di

³⁹ FIROUZABADI, *Iran Cyberspace Authority welcomes Bitcoin and other Crypto-currencies*, in *Financial Tribune*, 25 novembre 2017.

⁴⁰ Per un approfondimento, si rinvia a RYADH, *Usul al-fatāwa wa al-qadhāh fi al-madhab al-Maliki*, Harira Editions, Rabat, 2010; ENDE-STEINBACH (a cura di), *L'islam oggi*, Edizioni Dehoniane, Bologna, 1993, pp. 331 e ss.

⁴¹ GIOLO, *Giudici, giustizia, e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 95.

⁴² Per una visione storica dell'istituzione, si rinvia a SKOVGAARD - PETERSEN, *Defining Islam for the Egyptian State: Mufti and Fatwas of Dar al-Ifta*, Brill, Leiden, 1997.

nomina statale, esercita attraverso le attività poste in essere da questi due organi un'influenza determinante sull'intera comunità sunnita, che li considera difensori dell'ortodossia anche nella dimensione della vita pubblica, custodi del patrimonio culturale musulmano, protettori dell'ordine pubblico e della pubblica morale islamica, in senso transnazionale⁴³.

Il 1 gennaio 2018 lo *Shaikh* Shawki Ibrahim Abdel-Karim Allam, XIX Gran Mufti di Egitto, la più alta carica giuridico-religiosa dello Stato, si è pronunciata sulla conformità delle cryptomonete all'islam.

Passando ad analizzare il testo della pronuncia, va rimarcato che prima delle autorità egiziane, già organi istituzionali della Repubblica Turca si erano pronunciati sulla conformità islamica delle monete virtuali. Difatti, la Direzione degli Affari religiosi della Turchia (anche nota come Diyanet⁴⁴) ha emesso una *fatwa* riguardante le cryptovalute. In questa decisione emanata a fine novembre 2017⁴⁵, si stabilisce che l'acquisto e la vendita di monete virtuali risulta in contraddizione con le regole islamiche, poiché sono passibili di speculazioni rispetto al loro valore, data anche la mancanza di ogni sorta di regolamentazione e di controllo, sia statale che di autorità finanziarie, oltre al fatto che molto spesso queste valute, date le loro caratteristiche, possono facilmente essere impiegate in attività illegali come il riciclaggio di denaro o addirittura il finanziamento del terrorismo⁴⁶. La singolarità del caso Turchia, quasi a voler immaginare bracci di ferro istituzionali, sta nel fatto che pochi giorni prima della decisione presa dalla Diyanet, il Presidente della Banca centrale turca aveva dichiarato che le monete virtuali possono contribuire alla stabilità economica della Nazione⁴⁷.

Tuttavia, va opportunamente rimarcato che una *fatwa* emanata dal Gran Mufti di Egitto non si posiziona sullo stesso livello di una analoga pronuncia emessa da un qualsivoglia erudito del mondo musulmano o da un qualunque organo istituzionale di uno Stato islamico (si pensi alla decisione emessa dalla Diyanet in Turchia), ma assume per l'intero panorama dell'ortodossia sunnita una valenza universale, che spesso fa «rumore» e passa anche alla storia, proprio in ragione della sua forza impattiva, capace di penetrare le coscienze dei fedeli in maniera trasversale ed extraterritoriale. Anche per tali motivi, le *fatwa* emesse dal Gran

Mufti d'Egitto vengono sistematicamente repertoriate, classificate e pubblicate.

Nel provvedimento emanato in tema di cryptomonete, si legge che il Gran Mufti, prima di emettere questa decisione, ha consultato l'opinione e sentito il parere di diversi specialisti di finanza islamica e di esperti economisti, al fine di essere pienamente informato sulla materia e su ogni possibile conseguenza e ricaduta sull'economia.

La *fatwa* si articola in sei punti principali ed esordisce affermando che è stato esaminato in maniera approfondita ogni aspetto che riguarda le valute elettroniche.

Il Mufti, attraverso una analisi storico-economico-religiosa, valuta quelli che sono i dettami socio-economici da rispettare per poter ritenere valide le operazioni finanziarie, concordando e stabilendo delle regole che valgano per tutti e che possano altresì aspirare a diventare una risorsa utile e sicura per gli operatori, per le istituzioni economiche e per gli Stati, sotto ogni profilo sociale, economico e politico.

Egli osserva che le monete virtuali hanno caratteristiche specifiche, che le distinguono da altri prodotti dei mercati finanziari, tra le quali spiccano la grande volatilità, i rischi nelle transazioni e l'assenza di previsioni e parametri stabiliti in ordine prezzi e valori di riferimento che possono determinare grandi fluttuazioni. Queste caratteristiche possono far conseguire alti profitti ma, inevitabilmente, prestano il fianco ad attrarre gli speculatori dei mercati finanziari e possono portare alla instabilità degli Stati e di vasti settori di mercato locali.

Emerge inoltre l'ambiguità e la pericolosità di tali valute e la necessità di tutelare ogni possibile transazione operata mediante monete virtuali da connessioni prive di affidabilità e difficilmente rintracciabili, tramite crittografia. La criticità viene dalla possibile non tracciabilità degli operatori dovuta alle oggettive difficoltà di risalire alla identità effettiva degli stessi. In mancanza di un ID di identificazione, le speculazioni ed i pericoli connessi all'anonimato risultano notevoli. L'esigenza è quella di garantire una adeguata protezione dei dati sensibili da furti e appropriazioni indebite ed una concreta difesa da qualsiasi eventuale attacco informatico o di pirateria elettronica portato per devastare sistemi informatici attraverso la propagazione di virus, compromettere i mercati e le operazioni finanziarie. Gli investimenti operati con le cryptomonete, così, non si mostrano sicuri ed anzi si appalesano ad elevato rischio, poiché queste attività si basano sulla speculazione, che mira a realizzare profitti straordinari attraverso le vendite o gli acquisti, espressione di una alta ed ingiustificabile fluttuazione, con transazioni su portafogli digitali che non risultano al sicuro dalle attività illecite degli *hackers*.

Inoltre, non vi è garanzia né difesa da eventuali errori che possono portare alla perdita di ogni capitale

⁴³ ZUBAIDA, *Law and Power in the Islamic World*, I.B. Tauris, London-New York, 2005, pp. 163 e ss.

⁴⁴ Sulle evoluzioni storiche dell'istituzione, si rinvia a ENDESTEINBACH (a cura di), *L'islam oggi*, cit., pp. 331 e ss.

⁴⁵ Notizia apparsa sul sito istituzionale della Diyanet *diyanet.gov.tr*, e commentata da HABERLERI, *Bitcoin Almak Caiz Midir?* in *ensonhaber.com*, 28 novembre 2017.

⁴⁶ Sul possibile legame tra valute digitali, terrorismo e riciclaggio, si veda PASSATELLI, *Bitcoin e antiriciclaggio*, in *Il mondo dell'intelligenza - sicurezzanazionale.gov.it*, 15 novembre 2016, p. 10.

⁴⁷ REDMAN, *Turkish Central Bank President: Cryptocurrencies may contribute to Financial Stability* in *coinspector.com*.

investito, cosa che non succede nei circuiti ordinari del settore bancario, in cui la solidità e la affidabilità degli istituti di credito e, non ultima, la riserva monetaria garantiscono il cliente nelle operazioni, e dove in ogni caso l'eventuale contenzioso può essere composto secondo le regole note nelle opportune sedi. Questa valuta differisce inoltre da altre monete virtuali o elettroniche ormai consolidate, come le carte di credito, per mancanza di connessione con conti correnti bancari e quindi anche in questo risulta sprovvista di coperture.

Si evidenzia poi un altro rischio, rappresentato dalla possibilità che qualcuno potrebbe bypassare i mediatori finanziari autorizzati, a scapito della trasparenza delle operazioni e delle relative pratiche facilitando, in questo modo, vendite proibite di contrabbando e le attività di riciclaggio di danaro attraverso questi intermediari. Difatti, la maggior parte delle aziende che esercitano attività di interscambio mediante valute elettroniche operano sotto la copertura di attività di *trading* senza tuttavia trasparenza e garanzie.

Ancora, la *fatwa* si sofferma sul fatto che le valute come i bitcoin sono esenti da controlli finanziari e quindi non assoggettati a requisiti, standards, informazioni e cautele proprie di ogni altra valuta materiale. La assenza di tali controlli, inevitabilmente, potrebbe arrecare una generale anarchia e danni economici-finanziari dettati dal fatto che nessun organo di competenza e di controllo è deputato a delimitare, verificare, appurare e legalizzare transazioni, operazioni e movimenti finanziari fatti con valute virtuali. Queste monete si uniformano e si sottopongono a ciò che virtualmente accade nell'universo della rete, basando il concetto di valuta e la sua crescita su algoritmi di dubbia affidabilità e trasparenza. La moneta virtuale è dotata di una autoreferenzialità che si basa su notizie ed informazioni non collocabili e destinabili verso una corretta, sana ed appropriata linea di valutazione economico-finanziaria, poiché ogni informazione a sostegno e a implemento della cryptomoneta si erge su coordinate appunto virtuali che si desumono da canoni e modalità suggestionati da comportamenti, scelte, bisogni, gusti e desideri dei consumatori, che rendono ovviamente incontrollabili e non stabili i valori e ambigui i risultati; investendo in maniera imponente il circuito informativo di internet, ove, in merito ad una serie di dati trasversali, mediante calcoli, documentazioni, sondaggi ed altre fonti utili alla estrapolazione di notizie, si desume in maniera instabile il valore e la intensità di scambio e di guadagno in forza alla valuta virtuale. Il tutto, senza operare controlli di sicurezza, di attendibilità e di veridicità. Pertanto, prosegue il Gran Mufti, in assenza di organi di controllo e di chiare regole strutturali atte a garantire la liceità degli scambi, tale moneta è ed appare come una entità «nebulosa ed evanescente» (letteralmente), suscettibile di frodi ed inganni. Inoltre, nella diffusione delle monete virtuali non si appalesa soltanto il rischio di disturbare

il mercato finanziario in genere, ma si sedimenta un altro specifico pericolo dovuto alla reale possibilità di speculazioni per l'opera di mediatori che potrebbero investire su tale prodotti a tal punto da condizionare, rallentare ed indebolire il mercato finanziario tramite un processo di attrazione rivolto a commercianti ed investitori a loro volta tentati e spronati dalla effimera opportunità finanziaria, con il forte pericolo di inficiare e disturbare il normale circolo e flusso economico-finanziario gestito da banche, istituti di credito ed autorità varie, con la conseguente reale possibilità di indebolimento delle politiche fiscali degli Stati e di tutto ciò ad esso collegato.

Questo sistema di valuta, si legge poi nella *fatwa*, favorisce inevitabilmente, oltre all'evasione fiscale, anche le attività dei gruppi terroristici e criminali tese a procacciare risorse e finanziamenti per l'esecuzione delle loro attività illecite quali, a mero titolo di esempio, la compravendita di sostanze illegali, quali stupefacenti, armi ed esplosivi.

In conclusione, il Gran Mufti, citando il passo del *Sabih* dell'Imam Muslim «*chi truffa non è uno di noi*», afferma che questa valuta aumenta la capacità di frode e di raggiro in danno delle monete e delle transazioni finanziarie ordinarie. Spiega quindi che tali operazioni somigliano al gioco d'azzardo e al *gharar*, con inevitabili risvolti tendenti alla rovina economico-finanziaria degli individui e della società, e possono determinare tanto il crollo dei prezzi nel mercato locale ed internazionale, quanto indebolire il valore di acquisto delle valute nonché influenzare negativamente la produzione e l'import-export.

Dunque, secondo una delle voci più autorevoli dell'islam il bitcoin non è *halal* ma, al pari delle altre monete virtuali, risulta illecito.

Elisa Asprone
Magistrato

Le Sezioni Unite sulla validità dei contatti bancari monofirma

abstract

The requirement of the written form of a framework contract relating to investment services, provided for by art. 23 of D. L.Gs. 58/98, is satisfied when the contract is written and a copy is delivered to the customer and only the investor's subscription is sufficient, not being necessary, instead, that of the intermediary,

This is the conclusion reached by the United sections of the Cassazione, pronounced by judgment No 898 of 2018, on financial intermediation, but with a renunciation to be considered applicable even in the case of bank-contracts.

The motivation is based on the role that assumes nullity in these areas. The prediction of the requirement of written form (in what has been called "neoformal negotiation") assumes a functional dimension, all focused on the protection of the client, intended to ensure to the latter, by the intermediary, "the full Indication of the specific services provided, the duration and modalities of renewal of the contract and modification of the same, the modalities of the individual operations, the periodicity, content and documentation to be supplied in the report ..., considering that it is the investor who needs to know and to be able to check in the course of the relationship the respect of the implementing rules and regulations concerning the validity of the contract". If therefore the role of the form in this area is the one indicated, it follows, according to the United sections, that the moments of the writing of the written contract and the delivery of the document to the client on the one hand and that of the subscription on the other can be split.

When, therefore, the document is signed by the investor and a copy has been delivered to him and the contract has been executed, "the requirement of the subscription by the intermediary would not perform any specific function."

Therefore, The solution of the Cassazione if, on the one hand, is aimed to smooth a contrast present in many tribunals relating to the profile of the subscription, on the other puts some firm points with regard to the requirement of the Delivery of the copy of the contractual document to the customer, necessary for its own validity.

keywords

Invalidity – Bank contract – Investor protection – Neoformalism negotiation.

abstract

Il requisito della forma scritta di un contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, previsto dall'art. 23 del d.lgs. 58/98, risulta soddisfatto allorché il contratto sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non essendo necessaria, invece, quella dell'intermediario, ben potendo il consenso di questi desumersi alla stregua di comportamenti concludenti.

Questa è la conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione, pronunciate con sentenza n. 898 del 2018, in materia di intermediazione finanziaria, ma con una pronuncia da ritenersi applicabile anche in caso di contratti bancari.

La motivazione si fonda sul ruolo che assume la nullità in questi ambiti. La previsione del requisito della forma scritta (in quello che è stato definito "neoformalismo negoziale") assume una dimensione funzionale, incentrato tutto alla tutela del cliente, intesa ad assicurare a quest'ultimo, da parte dell'Intermediario, "la piena indicazione degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione ed altro come specificamente indicato, considerato che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto".

Se dunque il ruolo della forma in tale ambito è quello indicato, ne consegue, secondo le Sezioni Unite, che possono essere scissi i momenti della redazione del contratto per iscritto e della consegna del documento al cliente da un lato e quello della sottoscrizione dall'altro.

Allorché, quindi, il documento risulti firmato dall'investitore ed una copia gli sia stata consegnata ed il contratto abbia avuto esecuzione, "il requisito della sottoscrizione da parte dell'intermediario che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione".

La soluzione della Cassazione se, da un lato, dunque, vale ad assopire un contrasto presente in moltissimi tribunali di merito relativo al profilo della sottoscrizione,

dall'altro mette dei punti fermi con riguardo al requisito, di grande rilievo pratico, della consegna della copia del documento contrattuale al cliente, necessario per la sua stessa validità.

parole chiave

Nullità – Contratti bancari – Tutela dell'investitore – Neoformalismo negoziale.

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

Ragioni della decisione

Col primo motivo di ricorso, la Banca denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 1, lett.c), della legge 1/91, sostenendo che la previsione dell'art.1350 cod. civ. è intesa a favorire la ponderazione dei contraenti e la certezza del rapporto contrattuale, mentre la ratio dell'art. 6, comma 1, lett. c) della legge 1/91 è nel senso di assicurare la trasmissione al contraente debole (il cliente) delle condizioni contrattuali, così colmando le asimmetrie informative tra le parti; la forma scritta funge da veicolo del contenuto del contratto, e pertanto l'unica sottoscrizione rilevante è quella del cliente, come confermato dall'obbligo di consegnare a questi la copia del contratto, dal tenore letterale della norma, dal fatto che solo il cliente può far valere la nullità, dal riscontro comparatistico con la disciplina tedesca del credito al consumo, dalla pronuncia di legittimità del 22/3/2012, n. 4564.

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

Col secondo motivo, logicamente subordinato al primo, la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 cod. civ., e 6, comma 1, lett.c) della legge 1/91 e 1418, comma 1, cod. civ., per avere la Corte di merito escluso la rilevanza dell'exceptio doli sollevata dalla Banca per paralizzare l'uso selettivo della nullità, mentre tale eccezione ha natura di rimedio di carattere generale, e l'ordinamento vigente conferma come il principio di buona fede oggettiva possa impedire l'esercizio di un diritto pur astrattamente previsto da una norma. Secondo la ricorrente, si tratta di verificare l'utilizzo di un rimedio in modo «scindibile», così da conseguirne i benefici, senza sopportarne gli svantaggi.

Col terzo mezzo, in subordine, la Banca denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 820, 1148, 1418, 1458 e 2033 cod. civ., per avere la Corte del merito rigettato la richiesta di restituzione delle cedole, qualificate come frutto civile dell'investimento,

ottenute, in difetto di prova contraria, in buona fede dall'investitore.

La ricorrente obietta che la Corte territoriale sul punto ha applicato i principi di cui all'art.1148 cod. civ. (ed anche dell'art. 2033 cod. civ.) ad una fattispecie del tutto diversa da quella presupposta, dato che detta norma è applicabile solo nel giudizio di rivendica e non nel caso sia esercitata azione personale e che la nullità del contratto d'acquisto tra cliente ed intermediario produce gli stessi effetti che deriverebbero dal venir meno del contratto di mutuo sottostante: da una parte, la restituzione del capitale versato e dall'altra, la restituzione dei titoli e del corrispettivo ricevuto (le cedole).

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

Dette eccezioni sono da ritenersi infondate. Ed infatti, la Banca ha depositato e notificato alla controparte, ex art. 372 cod. proc. civ., le delibere del Consiglio di amministrazione di nomina dei sigg. N. e D.G. quali rispettivamente «Direttore centrale principale» e «Procuratore» e di conferimento a dette figure del potere di rappresentanza in giudizio e di nomina allo scopo di avvocati e procuratori; quanto alla mancata sottoscrizione dei conferenti la procura nella copia notificata del ricorso, va richiamato il principio espresso nella pronuncia 21/11/2000, n. 14999 (e conformi le successive sentenze del 15/5/2001, n. 6679 e del 31/3/2006, n. 7611), secondo cui l'art. 125, comma 1, cod. proc. civ., che prescrive la sottoscrizione delle parti sia nell'originale che nella copia degli atti, non si riferisce alla procura alle liti, la quale, apposta in calce o a margine, si incorpora nell'atto stesso ed è valida anche se non è sottoscritta dalla parte nella copia notificata (nella specie, la sottoscrizione di uno dei ricorrenti figurava sull'originale ma non sulla copia notificata dell'atto, che pur indicava quel soggetto tra i ricorrenti). È altresì infondata l'eccezione di improcedibilità ex art. 366 n. 6 cod. proc. civ., atteso che nel primo motivo è chiaro il riferimento al documento «denominato “contratto di negoziazione”, sottoscrizione, collocamento e raccolta di ordini concernenti valori mobiliari», sub doc.8, fascicolo di primo grado, ed è incontestato, nonché ampiamente menzionato dalla sentenza impugnata, che in detto documento manchi la sottoscrizione dell'intermediario, di talché non incide nella specie la mancata speci-

fica indicazione nella nota finale; gli altri due motivi di ricorso sono di puro diritto e non richiedono l'esame di atti o documenti.

Passando all'esame del merito, va rilevato che nella specie, dato che la domanda spiegata dai sigg. C. e R. è intesa a far valere la nullità di due operazioni di investimento del 18/11/1999 e del 21/12/1999, con le relative conseguenze, per la addotta mancanza di un valido contratto-quadro, occorre vagliare detto profilo avuto riguardo alla disciplina applicabile alla data delle operazioni di investimento, il che vuol dire che, pur risalendo al 25/1/1994 la scrittura a cui le parti hanno fatto riferimento, ed essendo applicabile a detta data *ratione temporis*, la legge 2/1/1991, n. 1, il cui art.6 è stato abrogato dal d.lgs. 23/7/1996, n. 415/1996, e l'intera legge è stata abrogata dall'art. 214, comma 1, lett. aa) del d.lgs. 24/2/1998, n.58, è alla successiva disciplina di cui al d.lgs. 58/98 ed al regolamento Consob n. 11522 del 1998 che occorre avere riguardo, proprio perché rileva il collegamento tra le operazioni del 1999 ed il contratto-quadro, la cui regolamentazione è mutata nel tempo.

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

2. È nulla ogni pattuizione ...

3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente...». Detto disposto normativo pone la questione, specifico oggetto di remissione da parte della I sezione civile con l'ordinanza del 27/4/2017, n. 10447, «se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione ad *substantiam* dell'intermediario».

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

Il contratto-quadro, già previsto dall'art. 6 della legge 2/1/1991, n. 1 nonché dal successivo art. 18 del d.lgs. 23/7/1996, n.415, così qualificato in quanto destinato a costituire la regolamentazione dei servizi alla cui prestazione si obbliga l'intermediario verso il cliente, è stato ritenuto nella giurisprudenza di legittimità accostabile per alcuni aspetti al mandato, derivando-

ne obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente, e le successive operazioni sono state considerate quali momenti attuativi dello stesso (così le pronunce Sez.U. 19/12/2007, nn.26724 e 26725).

Per costante giurisprudenza, l'art.23 del d.lgs. 58/1998, laddove parla di forma scritta a pena di nullità, si riferisce ai contratti-quadro e non ai singoli servizi di investimento o disinvestimento, la cui validità non è soggetta a requisiti formali, salvo la diversa previsione convenzionale nel contratto-quadro (in tal senso, si richiamano le pronunce del 9/8/2017, n. 19759; del 2/8/2016, n. 16053; del 29/2/2016, n. 3950, del 13/1/2012, n. 384 e del 22/12/2011, n. 28432).

Ne consegue che la questione della nullità per difetto di forma scritta nell'intermediazione finanziaria riguarda, salvo eccezioni del regolamento negoziale, unicamente il contratto-quadro, che è alla base delle singole operazioni concluse nel tempo. Per la nullità del contratto-quadro qualora sia prodotto, come nella specie, un modulo sottoscritto solo dall'investitore, si è pronunciata ripetutamente la sezione semplice, con le recenti pronunce del 24/2/2016, n. 3623; del 24/3/2016, n. 5919; dell'11/4/2016, n. 7068; del 27/4/2016, nn. 8395 e 8396; del 19/5/2016, n. 10331 (da ultimo, la decisione del 3/1/2017, n. 36 si è espressa in senso conforme in relazione all'analogia di disposizione di cui all'art. 117 d.lgs. 24/9/1993, n. 385).

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

Su detto ultimo profilo, vale la pena di segnalare la difforme pronuncia del 22/3/2012, n. 4564, che, in relazione al contratto di conto corrente bancario, disciplinato dall'analogia normativa ex artt. 117 e 127 d.lgs. 385/1993, ha escluso la nullità per difetto

di forma, rilevando che il contratto aveva avuto pacifica esecuzione, visti gli ordini di investimento e la comunicazione degli estratti conto, e richiamando il principio secondo il quale la produzione in giudizio del contratto realizza un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero sia deceduta.

A detto precedente si è rifatta l'ordinanza del 7/9/2015, n. 17740, per ritenere valida la clausola compromissoria prevista nel contratto di intermediazione finanziaria. Dette due pronunce sono sostanzialmente isolate, tanto che la questione che qui specificamente interessa è stata correttamente portata all'attenzione delle sezioni unite come di massima di particolare importanza ex art. 374, comma 2, cod. proc. civ., e non per dirimere un contrasto tra le sezioni semplici o all'interno della stessa sezione.

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

A riguardo, pur non attribuendosi alla formulazione letterale della norma efficacia dirimente, va evidenziato che nell'art. 23 t.u.f. si enfatizza la redazione per iscritto, e, per dato normativo chiaramente espresso, si considerano sullo stesso piano detta redazione e la consegna di un esemplare al cliente, che è l'unica parte che può far valere la nullità. Si è quindi in presenza di un precetto normativo che in modo inequivoco prevede la redazione per iscritto del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento e la consegna della scrittura al cliente, a cui solo si attribuisce la facoltà di far valere la nullità in caso di inosservanza della forma prescritta.

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

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

Va da sé che la finalità protettiva nei confronti dell'investitore si riverbera in via mediata sulla regolarità e trasparenza del mercato del credito. L'aver individuato la ragione giustificatrice della prescrizione normativa non vale peraltro a risolvere di per sé la questione che qui interessa, ma sostanzialmente ad indirizzare l'interpretazione dei profili che qui si pongono, e cioè il rapporto tra il perfezionamento del contratto e la forma con cui questo si estrinseca, e tra il documento in forma scritta come espressione della regolamentazione del rapporto e la sottoscrizione come riferibilità dell'atto. Il vincolo di forma imposto dal legislatore (tra l'altro composito, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativa, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità.

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

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

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

Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 cod. civ., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione

e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione.

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

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

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

A riguardo, ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegia-

ta nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche.

L'interpretazione seguita è altresì in linea con le disposizioni dell'ordinamento europeo, che nell'art. 19, par. 7 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21/4/2004 (Mifid 1), recepita dal d.lgs. 17/9/2007, n. 164, così come nell'art. 25, par. 5 della direttiva 2014/65/UE (Mifid 2), a cui è stata data attuazione con il d.lgs. 3/8/2017, n. 129, al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli investitori, punta l'accento sulla registrazione del o dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato.

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

Conclusivamente, va affermato il seguente principio di diritto: « Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

sommario

1. Il caso. – 2. Il terreno giurisprudenziale su cui si innesta la questione affrontata dalla Corte. – 3. La decisione delle Sezioni Unite.

1. Il Caso

La Corte d'Appello di Milano, in riforma della sentenza n. 11549 del 29/09/2009 del Tribunale meneghino, ha accolto l'impugnazione proposta nei confronti della Banca Popolare di Sondrio, dichiarando la nullità delle operazioni di investimento effettuate il 18.11.1999 e il 21.12.1999, per l'acquisto di obbligazioni "Argentina Eur 8.75% 1998/2003", per la mancanza della sottoscrizione da parte della banca del contratto-quadro e, per l'effetto, ha condannato la stessa alla restituzione delle somme 70.124,25 €, oltre interessi e spese.

In primo grado, il Tribunale di Milano aveva affermato la validità di tale contratto, in ragione della circostanza secondo la quale il requisito della forma scritta di cui all'art. 23 del d.lgs. 58/98 è posto a tutela dell'investitore, il quale, una volta apposta la sua sottoscrizione, non avrebbe motivo di sollevare l'eccezione di difetto della medesima da parte della banca. Le ragioni, dunque, che orientano la tutela del cliente

non possono ravvisarsi analogamente in favore della banca.

La Corte d'appello, invece, sottolineando che il requisito della forma scritta relativo al contratto quadro è un elemento essenziale per la stessa validità delle operazioni finanziarie esecutive, rilevava che il contratto, predisposto dalla banca e sottoscritto dai clienti, privo di ogni manifestazione negoziale di questa, era da ritenersi quale semplice proposta, inidonea a dar vita ad un valido vincolo contrattuale. Secondo la Corte, il contratto così predisposto non poteva ritenersi concluso mediante moduli e formulari, né poteva invocarsi quell'orientamento secondo il quale la produzione in giudizio del contratto da parte di chi non l'ha sottoscritto determina il sorgere di un contratto valido, perché avrebbe richiesto la produzione non solo della parte del cliente, ma anche di quella della banca e che "intervenendo successivamente alla operazione di cui è causa, ne avrebbe confermato la nullità".

La Banca popolare di Sondrio proponeva ricorso in Cassazione, sulla base di tre motivi.

In forza del primo, denunciava la violazione e falsa applicazione dell'art. 6, comma 1, lett. c), della legge n. 1/1991, rilevando che la ratio dell'art. 1350 c.c. è diversa dalla norma appena richiamata. La prima è sottesa alla creazione di un valido vincolo contrattuale, ponendo l'accento alla certezza della regola giuridica ivi contenuta. Con la seconda, invece, si vuole tutelare il cliente dalle asimmetrie informative. La forma scritta, secondo la difesa della banca, è il veicolo del contenuto del contratto e dunque l'unica sottoscrizione rilevante, ai fini della validità del medesimo, è quella dell'investitore. Propendono per tale interpretazione l'obbligo di consegna della copia del contratto al cliente, la possibilità di far valere la nullità solo da parte di quest'ultimo, nonché il tenore letterale della norma.

Con il secondo motivo, in via gradata, si lamentava la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. e 6, comma 1, lett. c) della legge 1/1991 e 1418 c.c., in quanto la Corte di merito aveva rigettato l'eccezione dell'*exceptio doli*, sollevata dalla banca per sottolineare l'abuso del diritto dell'investitore, il quale, invocando una nullità "selettiva", mirava a far caducare solo gli effetti del contratto rivelatisi svantaggiosi e a salvaguardarne altri.

Con il terzo motivo, eccepiva la violazione e falsa applicazione degli artt. 820, 1148, 1418, 1458, 2033 c.c., in quanto la Corte di merito aveva rigettato la richiesta di restituzione delle cedule, qualificati come frutti civili, ottenute in buona fede dall'investitore.

Con ordinanza del 15.05.2017, la prima sezione civile della Cassazione rimetteva la questione al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, in quanto tematica che investe questioni di particolare rilevanza ex art. 374, co. 2 c.p.c.

2. Il terreno giurisprudenziale su cui si innesta la questione affrontata dalla Corte

La fattispecie in argomento si innesta su di un terreno giurisprudenziale particolarmente attento, in cui, specie nei tribunali di merito, si registra un panorama interpretativo differenziato.

Benché la remissione alle Sezioni Unite sia intervenuta non già a dirimere un contrasto all'interno della Corte, ma in quanto tematica di particolare rilevanza ex art. 374, co. 2 c.p.c., va dato conto dei differenti orientamenti presenti.

Una prima tesi sostiene che, quand'anche fosse venuta a mancare la sottoscrizione del modulo contrattuale contenente il contratto-quadro di investimento, il requisito prescritto dall'art. 23 del d.lgs. 58/98 sarebbe comunque rispettato.

Secondo tale opzione, la finalità della norma è tutta volta alla protezione del contraente debole del rapporto e ogni previsione normativa dev'essere letta mettendo le lenti della tutela dell'investitore. Anche la forma risente di questa finalità.

L'ambito di riferimento nel quale ci muoviamo è la categoria dei contratti in cui le parti sono in una posizione di asimmetria. Il cliente-investitore sconta, cioè, un deficit informativo rispetto alla propria controparte contrattuale (banca, operatore qualificato). Nell'ottica di colmare tale asimmetria, l'ordinamento interviene ad apprestare una serie di strumenti finalizzati a riportare in equilibrio il contratto: le nullità protettive, la forma contenuto ecc.

In tale settore, invero, la forma assume un significato funzionale e risente del *file rouge* "tutela dell'investitore" che permea l'intera disciplina.

Il richiedere la forma scritta nell'ambito di contratti in cui vige il dogma della volontà e le parti si trovano in una posizione paritaria significa porre l'attenzione sul rilevante valore anche economico del contratto (si pensi all'art. 1350 c.c.); significa contribuire a rafforzare la certezza giuridica di quei rapporti.

Nel settore dei contratti di riferimento, invece, in cui si avverte forte il deficit informativo del cliente, la forma diventa veicolo per inserire nel contratto determinate informazioni e per porre il cliente nella condizione di conoscere le condizioni contrattuali che si accinge a sottoscrivere (neoformalismo negoziale, in cui la forma si fa funzione).

Ecco che, dunque, risulta necessaria la sottoscrizione del cliente e la consegna allo stesso del documento contrattuale. Non parimenti necessaria, proprio in quanto non finalizzata a tutelare l'investitore, è la sottoscrizione della banca, che nello spirito dell'intero impianto normativo di tali contratti non risulta strumentale a tale tutela.

La volontà dell'intermediario finanziario può essere espressa con altre forme, idonee a rivelare, anche in via presuntiva, l'esistenza del suo consenso: si pensi alla predisposizione del modulo contrattuale, alla con-

segna del documento, ecc.

Diversamente, la posizione del cliente verrebbe oltremodo tutelata: a fronte di perdite successive alla conclusione del contratto, egli potrebbe scegliere di far valere la nullità con riferimento solo ad alcuni prodotti che intende porre nel nulla e non ad altri, sebbene esecutivi dello stesso contratto-quadro.

Secondo l'opposta tesi, invece, più rigorosa, il requisito della sottoscrizione ad opera dell'intermediario sarebbe richiesto ai fini della stessa validità del vincolo negoziale, con tutte le conseguenze in punto di ripetizione di quanto versato a favore del cliente; della convalida del contratto nullo ecc. Si veda ad esempio la Cassazione che con sentenza n. 8396 del 2016 ha affermato che "l'art. 23 richiede la forma scritta ad substantiam del contratto-quadro, a pena di radicale invalidità del medesimo. La dichiarazione scritta unilaterale in quanto ricognitiva di una sola delle parti del rapporto non è idonea ad integrare il requisito di validità richiesto dalla legge"; "nel contratto di intermediazione finanziaria, la produzione in giudizio del modulo negoziale relativo al contratto quadro sottoscritto soltanto dall'investitore non soddisfa l'obbligo della forma scritta ad substantiam imposto a pena di nullità dall'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998. Tale nullità può essere eccepita anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto eseguiti in virtù del contratto viziato".

3. La decisione delle Sezioni Unite

Il principio di diritto posto dalle Sezioni Unite, con la sentenza in argomento, è il seguente: «il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 del d.lgs. 24.2.1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

Orbene, secondo il supremo organo di nomofiliachia, va rilevato innanzitutto che l'art. 23 del d.lgs. 58/98 si riferisce unicamente ai contratti-quadro e non ai singoli servizi di investimento, per la cui validità, salvo diverse previsioni, non sono prescritti requisiti formali. Ne consegue che la questione di nullità in argomento riguarda unicamente tali contratti.

Per le Sezioni Unite, la soluzione alla questione va risolta ponendo l'accento sulla funzione che ha la nullità per difetto di forma nei contratti di investimento. Tale sanzione, cioè, è posta a presidio della tutela del cliente, così come a protezione di questi è l'obbligo di consegna allo stesso, ad onere dell'investitore, del documento contrattuale.

Si vuole cioè assicurare al cliente la piena indicazione degli "specifici servizi forniti, della durata e delle

modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione ed altro come specificamente indicato, considerato che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto".

Tale finalità di tutela si indirizza, attraverso l'attenzione riservata alla parte debole del rapporto, all'intero impianto ordinamentale, garantendo la piena correttezza, regolarità e trasparenza del mercato.

Se, dunque, il ruolo della forma in tale ambito è quello indicato, ne consegue che possono essere scissi i momenti della redazione del contratto per iscritto e della consegna del documento al cliente da un lato e quello della sottoscrizione dall'altro.

Allorché, quindi, il documento risulti firmato dall'investitore ed una copia gli sia stata consegnata ed il contratto abbia avuto esecuzione, "il requisito della sottoscrizione da parte dell'intermediario che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione".

Il ritenere, invece, necessaria anche la sottoscrizione della banca, ai fini di una valida instaurazione del vincolo negoziale si rivelerebbe non solo inutile, ma porterebbe a risultati sproporzionati rispetto alla ratio e alle finalità cui tali norme risultano orientate.

La coerenza sistematica di tale interpretazione si evince dalla circostanza secondo la quale la nullità verrebbe intesa come una sanzione per l'intermediario, azionabile solo dal cliente, in aderenza alla disciplina che investe tale settore, recante norme che dettano regole di comportamento agli operatori qualificati.

La soluzione della Cassazione se da un lato, dunque, pone un punto fermo in relazione ad una tematica che aveva visto soprattutto i tribunali di merito assestarsi su decisioni diversificate, dall'altro apre una nuova frontiera di tutela dei singoli clienti-investitori che possono ora porre nel nulla l'intero contratto-quadro in mancanza della consegna del documento contrattuale da parte della banca.

Tale ultimo aspetto è di particolare interesse, in quanto verrebbe ad elevare una regola di comportamento – qual è quella della consegna del documento al cliente – a regola di validità, posta sullo stesso piano della forma scritta.

Ciò aprirà, senza dubbio, nuovi scenari di tutela: i singoli clienti potranno porre nel nulla l'intero rapporto di investimento che li legava alla banca, sulla base della sola dimostrazione della mancata consegna della copia contrattuale.

Si tratta di una soluzione che da alcuni è ritenuta

non in linea con il sistema, in quanto pone, come ulteriore requisito per la validità formale del contratto, un elemento estraneo alla forma stessa, attenendo, invece, ad un comportamento materiale dell'operatore.

Secondo altri, non va dimenticato l'ambito di riferimento in cui si muove tale decisione. Siamo nel terreno dei contratti in cui le parti si trovano in una posizione di asimmetria e in cui più volte il legislatore ha dimostrato di applicare tutele e regole differenti rispetto alla teoria generale del contratto tra pari.

Non è una novità (si pensi alla disciplina del consumatore) il considerare una mera regola di comportamento – che nell'ambito del cosiddetto primo contratto potrebbe al più portare alla risoluzione e al risarcimento – alla stregua di una regola di validità e farne scaturire, dunque, una volta violata, la sanzione estrema della nullità.

È ben possibile che le banche si attrezzino, d'ora in avanti, con formule di stile, contenute nei documenti contrattuali, che attestino la reale consegna del documento al cliente, al fine di preservarne la validità.

È ben possibile, altresì, che i tribunali di merito si troveranno a dover decidere su eccezioni di validità per difetto del requisito della consegna, così come, a fronte di una mancanza di tale natura, i giudici di merito dovranno rilevarla d'ufficio e porla all'attenzione della parte debole del rapporto.

Difficoltà potranno emergere invece in punto di prova, in riferimento alla valutazione della parte cui spetta l'onere di provare la mancata consegna e agli strumenti per farlo. Ben potranno le controparti processuali avvalersi anche di testimoni, al fine far rilevare la mancanza o il rispetto dell'onere comportamentale imposto.

Pietro Sorrentino
Avvocato

Sul contratto di assicurazione e ripartizione dell'onere probatorio. *Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 23 gennaio 2018, n. 1558*

abstract

The Court of Cassation clarifies the distribution of the burden of proof between the insured and the insurer in the event that the latter refuses to pay compensation.

keywords

Insurance contract – Risks included and not included – Burden of proof.

abstract

La Corte di Cassazione chiarisce la ripartizione dell'onere probatorio tra assicurato ed assicuratore in caso di rifiuto di quest'ultimo al pagamento dell'indennizzo.

parole chiave

Contratto di assicurazione – Rischi compresi e non compresi – Onere probatorio.

Contratto di assicurazione – diritto all'indennizzo – onere probatorio – ripartizione

Nel giudizio tra assicurato ed assicuratore avente ad oggetto il pagamento dell'indennizzo assicurativo, è onere dell'assicurato/provatore provare che il rischio avvertitosi rientri nei "rischi inclusi", ovvero nella categoria generale di rischi oggetto di copertura assicurativa. Di contro, se il contratto contiene clausole di delimitazione del rischio indennizzabile (soggettive, oggettive, causali, spaziali, temporali), la sussistenza dei presupposti di fatto per l'applicazione di tali clausole costituisce un fatto impeditivo della pretesa attorea, e va provato dall'assicuratore/convenuto.

Cass., sez. III civile, 23 gennaio 2018, n. 1558
Pres. Vivaldi – Rel. Rossetti

(Omissis)

Fatti di causa

1. Nel 2009 S.C. convenne dinanzi al Tribunale di Trieste la società G. I. S.p.A., esponendo di avere stipulato con la stessa un'assicurazione contro gli infortuni; di essere rimasto vittima di un sinistro stradale

che gli provocò gravi lesioni personali; che la società non aveva corrisposto l'indennizzo contrattualmente pattuito.

Chiese pertanto la condanna della società convenuta all'adempimento della propria obbligazione contrattuale.

La G. si costituì contestando sia l'efficacia della copertura assicurativa, sia la dinamica dell'infortunio così come descritta dall'attore.

2. Con sentenza 24 aprile 2013 n. 372 il Tribunale di Trieste accolse la domanda.

La Corte d'appello di Trieste, con sentenza 6 agosto 2014 n. 499, accolse il gravame dell'assicuratore e rigettò la domanda.

La Corte d'appello ritenne che, pur essendo incontestabile che l'assicurato avesse patito lesioni personali, la domanda andava comunque rigettata, perché l'assicurato non aveva dimostrato in modo chiaro e netto la concreta dinamica dell'infortunio. Soggiunse che la polizza escludeva dalla garanzia gli infortuni derivanti da "partecipazioni a corse e gare comportanti l'uso di veicoli a motore"; e le contraddittorie prove raccolte nel corso del giudizio non consentivano di escludere che l'infortunio non potesse essere derivato da una di queste attività.

3. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da S.C., con ricorso fondato su quattro motivi ed illustrato da memoria.

Ha resistito con controricorso la G. I., anch'essa depositando memoria.

Ragioni della decisione

1. Il primo motivo di ricorso.

1.1. Col primo motivo il ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, che la Corte d'appello avrebbe violato gli artt. 1362 e 2697 c.c.

Deduce che il contratto prevedeva l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo al verificarsi di un infortunio, e che la polizza definiva tale "ogni evento dovuto a causa fortuita, violenta ed esterna che produca lesioni corporali obiettivamente constatabili".

Il contratto inoltre soggiungeva che la copertura era valida per gli infortuni subiti sia nello svolgimento delle attività professionali dell'assicurato, sia nello svolgimento "di ogni altra normale attività".

Dinanzi a tali pattuizioni, l'attore aveva dunque l'onere soltanto di provare che si era verificato un infortunio e che questo aveva provocato una invalidità permanente, ma non avrebbe anche dovuto dimostrare l'insussistenza delle cause di esclusione della copertura assicurativa.

1.2. Il motivo è fondato.

Fatto costitutivo della pretesa dell'assicurato, nel giudizio promosso nei confronti dell'assicuratore ed avente ad oggetto il pagamento dell'indennizzo pattuito, è l'avverarsi di un rischio corrispondente a quello descritto nella polizza.

L'assicurato, dunque, ha l'onere di dimostrare che si è verificato il fatto avverso previsto nella polizza, che sia derivato dalle cause previste dalla polizza, e che abbia prodotto gli effetti previsti dalla polizza.

1.3. È noto tuttavia come il rischio previsto nel contratto di assicurazione sia di norma un rischio delimitato, attraverso patti di vario genere che circoscrivono, a seconda delle volontà delle parti e del premio pagato, l'indennizzabilità ai sinistri derivanti da determinate cause, ovvero ai sinistri consistiti in determinati eventi, od ancora ai sinistri che abbiano prodotto determinati effetti.

Per effetto dell'inserimento nel contratto di assicurazione di queste clausole di delimitazione del rischio, gli effetti avversi cui l'assicurato è teoricamente esposto possono essere classificati in tre categorie:

- (a) i rischi inclusi;
- (b) i rischi esclusi;
- (c) i rischi non compresi.

I rischi inclusi sono quelli per i quali il contratto accorda all'assicurato il pagamento dell'indennizzo.

I rischi esclusi sono quelli del tutto estranei al contratto (ad es., il rischio di infortuni rispetto ad una polizza che copra la responsabilità civile).

I rischi non compresi sono invece quelli che astrattamente rientrerebbero nella generale previsione contrattuale, ma l'indennizzabilità dei quali è esclusa con un patto espresso di delimitazione del rischio (ad esempio, in un contratto di assicurazione contro i danni da incendio, si esclude l'indennizzabilità degli incendi provocati dal fulmine).

1.4. La distinzione appena riassunta, risalente e condivisa da sapiente dottrina, riverbera effetti sul piano del riparto dell'onere della prova.

La circostanza che l'evento dannoso rientri tra i "rischi inclusi" è fatto costitutivo della pretesa, e va provata dall'assicurato.

La circostanza che l'evento verificatosi rientri fra i rischi "non compresi" costituisce invece un fatto impeditivo della pretesa attorea, e va provato dall'assicuratore.

Tale circostanza infatti non rappresenta un fatto costitutivo della domanda, ma un fatto costitutivo dell'eccezione di non indennizzabilità, e come tale deve essere dimostrato da chi quell'eccezione intenda sollevare.

1.5. Nel caso di specie è pacifico che la polizza stipulata da S.C. coprisse qualunque tipo di infortunio derivante da attività lavorative o non lavorative.

Onere dell'assicurato era dunque soltanto quello di provare l'esistenza dell'infortunio.

Era, invece, onere dell'assicuratore dimostrare che, pur essendosi verificato il rischio contrattualmente pattuito (l'infortunio), questo rientrava tra i rischi "non compresi", a causa dell'esistenza di una delle circostanze di non indennizzabilità previste dal contratto.

Nel caso di specie, l'esistenza dell'infortunio non è mai stata in discussione.

L'assicuratore, per contro, non ha mai provato che questo fosse derivato da una corsa automobilistica clandestina, o da altre cause delimitative dell'indennizzabilità previste dal contratto.

Sicché, essendo stato provato il fatto costitutivo della domanda, ma non quello costitutivo dell'eccezione, la Corte d'appello non avrebbe potuto rigettare la prima ed accogliere la seconda.

1.6. La sentenza va dunque cassata con rinvio alla corte d'appello di Trieste, la quale nel riesaminare il gravame proposto dalla società G. I. si atterrà al seguente principio di diritto:

- nel giudizio promosso dall'assicurato nei confronti dell'assicuratore, ed avente ad oggetto il pagamento dell'indennizzo assicurativo, è onere dell'attore provare che il rischio avveratosi rientri nei "rischi inclusi", ovvero nella categoria generale di rischi oggetto di copertura assicurativa. Se il contratto contiene clausole di delimitazione del rischio indennizzabile (soggettive, oggettive, causali, spaziali, temporali), la sussistenza dei presupposti di fatto per l'applicazione di tali clausole costituisce un fatto impeditivo della pretesa attorea, e va provato dall'assicuratore".

2. Gli ulteriori motivi di ricorso.

2.1. Gli altri motivi di ricorso restano assorbiti dell'accoglimento del primo.

3. Le spese.

Le spese del presente grado di giudizio saranno liquidate dal giudice del rinvio.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – 1. Il contratto di assicurazione: definizione e funzione. – 2. Rischi compresi e rischi non compresi. Domanda di indennizzo ed onere probatorio. – 3. La decisione.

Premessa

Con l'ordinanza in commento la Corte di Cassazione ha fornito una utile indicazione, di carattere schematico, sulla non facile questione della ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi in cui sia controverso il diritto dell'assicurato ad ottenere l'indennizzo stabilito col contratto.

1. Il contratto di assicurazione: definizione e funzione

L'assicurazione, così come definita dal codice civile, è il contratto con il quale un soggetto (l'assicuratore) dietro il pagamento di una somma di denaro (il premio), si obbliga a rivalere un altro soggetto (l'assicurato), entro i limiti convenuti nel contratto stesso, del danno ad esso arrecato da un certo evento (il sinistro), oppure a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (art. 1882 c.c.).

Il contratto di assicurazione, pertanto, è un tipico contratto aleatorio la cui funzione principale consiste nel trasferimento del "rischio" dall'assicurato all'assicuratore, e ciò contro il pagamento di una somma di denaro. Altrimenti detto il contratto di assicurazione ha come causa la tutela di un interesse dell'assicurato da un rischio aleatorio, dietro il versamento di un premio.

Ebbene proprio il rischio, cioè la probabilità che un determinato evento dannoso si verifichi causando un pregiudizio patrimoniale, costituisce la causa di tale tipologia contrattuale. È, infatti, il rischio ad essere trasferito dall'assicurato all'assicuratore il quale lo assume su di sé facendovi fronte mediante la sua organizzazione tecnica, attraverso la quale riesce a ripartire tra i vari soggetti assicurati sottoposti alle medesime alee, l'onere di quelle che si realizzano.

Il rischio deve essere:

- a) possibile, cioè dovrà avere una concreta possibilità di manifestarsi, misurabile attraverso la probabilità; qualora il verificarsi del danno fosse impossibile il contratto sarebbe nullo per inesistenza della causa (art. 1895 c.c.);
- b) incerto, cioè entrambe le parti devono ignorare sia se l'evento si verificherà, sia quando si manifesterà, poiché se l'incertezza non fosse obiettiva il contratto di assicurazione si trasformerebbe in una semplice scommessa;
- c) dannoso, cioè lesivo di un interesse. Tale specifica caratteristica del rischio si riscontra nelle assicurazioni ramo danni, ma non in tutte le tipologie di assicurazioni: difatti nel ramo vita non necessariamente il rischio si identifica con un evento dannoso per l'assicurato (si pensi al rischio di sopravvivenza nelle polizze caso vita).

Non tutti i rischi però possono essere assicurati. Le parti determinano le cose o le persone cui l'evento considerato deve riferirsi, il tempo ed eventualmente anche il luogo in cui esso deve prodursi attraverso il

contratto di assicurazione. Questa delimitazione contrattuale del rischio deve tener conto, ad esempio, di una vasta gamma di situazioni escluse per legge dall'assicurazione. A mente dell'art. 1912 c.c. i rischi relativi a movimenti tellurici, guerre, insurrezioni e tumulti popolari, in quanto di norma colpiscono una pluralità di entità, con un'intensità tale da rendere inadeguate le ordinarie possibilità risarcitorie che si basano sul riparto dei rischi, possono essere assunti soltanto dietro patto espresso ed a condizioni molto più gravose delle normali. L'assicuratore non risponde inoltre (sempre salvo patto contrario) dei danni causati da difetti della cosa assicurata che non gli siano stati denunciati dall'assicurato (art. 1906 c.c. e art. 525 cod. nav).

Accanto a tali delimitazioni *ope legis*, in ogni caso, per ogni contratto assicurativo sussiste sempre una vera e propria delimitazione del rischio stabilita convenzionalmente dalle parti, attraverso l'indicazione di particolari circostanze (relative, ad esempio, alla causa dell'evento oppure al tempo o al luogo del rischio) che positivamente devono accompagnare il verificarsi dell'evento, ovvero l'indicazione di circostanze la cui presenza all'opposto esclude la copertura del rischio.

2. Rischi compresi e rischi non compresi. Domanda di indennizzo ed onere probatorio

Alla domanda dell'assicurato per l'ottenimento dell'indennizzo pattuito con il contratto di assicurazione, si applica la regola generale sulla ripartizione dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ. sicché, in linea di principio, spetta all'assicurato l'onere della prova del verificarsi dell'evento previsto, del danno subito e del nesso di causalità fra evento e danno. Tuttavia tale regola generale deve essere adeguata alla peculiarità del contratto di assicurazione ed in particolare all'alea intesa quale elemento costitutivo ed essenziale dello stesso.

In proposito gli interpreti si chiedono, soprattutto con riferimento alle delimitazioni del rischio di tipo causale come sopra delineate, se l'assicurato debba solo provare l'evento qualificato dalla causa indicata nel contratto (incendio, grandine, furto) ovvero debba anche provare che l'evento non è dipeso da circostanze escluse dal rischio.

Secondo risalente dottrina, sarebbe decisivo il rapporto regola-eccezione che si riesca a stabilire fra il contenuto dei rischi assunti e quello dei rischi esclusi. Se la delimitazione convenzionale del rischio assicurato è tale da limitare la copertura ad "eventi positivamente qualificati non soltanto dall'indicazione della causa immediata e generica (incendio, furto, ecc.), ma anche da quella mediata e specifica (ad es., ass. dell'incendio determinata dalla caduta del fulmine o da corto circuito; ass. del furto circostanziato ai sensi dell'art. 625 cod. pen., ecc.), in tal caso, rovesciandosi il rapporto regola-eccezione, il fatto costitutivo del diritto all'indennità risulta anch'esso qualificato dall'intera

serie dei fatti causali, occasionali o comunque indicati nella polizza, con la conseguenza che l'onere della relativa prova grava su chi ne pretende l'adempimento". Diversa invece sarebbe la situazione se, ad esempio, si assicurasse una casa contro il rischio dell'incendio, con esclusione espressa di determinate ipotesi causali. In definitiva, nell'ipotesi in cui sia assicurato un determinato rischio qualificato positivamente da determinate circostanze causali, l'assicurato dovrebbe provare la realizzazione del rischio determinato in tutti i suoi estremi (cosiddetto rischio compreso), e tale prova escluderebbe automaticamente la ricorrenza delle circostanze causali (implicitamente) non coperte; nell'ipotesi, invece, in cui sia assicurato un determinato rischio, con esclusione espressa di talune circostanze causali, l'assicurato sarebbe esonerato dalla prova che il danno non sia dipeso da un accadimento escluso dal rischio assicurato, spettando tale onere all'assicuratore¹.

Tale impostazione, però, è stata in parte disattesa da alcune pronunce della Corte di Cassazione per la quale, l'assicuratore della responsabilità civile convenuto per l'adempimento del contratto che alleggi l'esclusione della garanzia assicurativa, non propone un'eccezione in senso proprio risolvendosi tale allegazione nella mera contestazione della mancanza di prova del fatto costitutivo della domanda. Ne consegue che l'assicuratore non assumerebbe alcun onere probatorio, restando immutato a carico dell'attore l'onere di dimostrare il fatto costitutivo della domanda in tutta la sua estensione. Nè può farsi distinzione, secondo tale orientamento, fra clausole generali e clausole speciali del contratto, dal momento che tutte ed indiscutibilmente le clausole attengono alla delimitazione dell'oggetto della garanzia, il quale, se contestato, deve essere provato unicamente dall'attore che intenda giovare dei relativi effetti, trattandosi di fatto costitutivo della domanda ai sensi dell'art. 2697 c.c., comma 1².

Seguendo una tale impostazione l'assicurato, ove agisca per l'adempimento del contratto assicurativo, avrebbe l'onere di provare che l'evento rispetto al quale si richiede copertura rientra nei limiti del rischio assicurato, così come complessivamente delineato nel contratto dalle clausole che lo descrivono e da quelle che lo escludono³.

Di contro si segnala altra giurisprudenza secondo cui l'avverarsi del rischio come descritto nella polizza è il fatto costitutivo del diritto dell'assicurato all'indennizzo, mentre la sussistenza di una circostanza di fatto idonea a sussumere il rischio tra quelli esclusi dalla polizza è fatto impeditivo di quel diritto il cui onere probatorio spetta all'assicuratore. Secondo tale im-

postazione, ove ad esempio un'assicurazione contro gli infortuni mortali preveda che il diritto all'indennizzo spetti nel caso di infortunio causato da sinistro stradale, mentre resti esclusa se la morte sia conseguenza di condizioni fisiche anormali della vittima, i beneficiari avranno l'onere di provare il nesso di causa tra sinistro e morte, mentre l'assicuratore avrà l'onere di provare la preesistenza di condizioni fisiche anormali⁴.

3. La decisione

Con l'annotata decisione gl'Ermellini hanno provato a fornire una soluzione ed un indirizzo di carattere sommario, ma chiaro, di come debba essere ripartito l'onere probatorio nel caso in cui la domanda abbia ad oggetto l'adempimento di un contratto di assicurazione. Innanzitutto la Cassazione ribadisce che fatto costitutivo della pretesa dell'assicurato è sempre rappresentato dall'avverarsi di un rischio corrispondente a quello descritto nella polizza, per cui <<L'assicurato, dunque, ha l'onere di dimostrare che si è verificato il fatto avverso previsto nella polizza, che sia derivato dalle cause previste dalla polizza, e che abbia prodotto gli effetti previsti dalla polizza>>. La Corte, tuttavia, continua precisando che i rischi possono suddividersi in tre astratte categorie: i "rischi inclusi" ovvero quelli per i quali il contratto accorda all'assicurato il pagamento dell'indennizzo; i "rischi esclusi" ovvero quelli del tutto estranei al contratto (ad es., il rischio di infortuni rispetto ad una polizza che copra la responsabilità civile verso terzi); ed infine i "rischi non compresi" che invece sono quelli astrattamente rientranti nella generale previsione contrattuale, ma la cui indennizzabilità è esclusa con un patto espresso di delimitazione del rischio (la Corte porta l'esempio di un contratto di assicurazione contro i danni da incendio, nel quale si esclude l'indennizzabilità degli incendi provocati dal fulmine).

Orbene tale tripartizione rappresenta per la Suprema Corte il punto di partenza per ogni decisione in quanto, la circostanza che l'evento dannoso rientri tra i "rischi inclusi" è fatto costitutivo della pretesa, e va pertanto provata dall'assicurato; diversamente la circostanza che l'evento verificatosi rientri fra i rischi "non compresi" come sopra delineati, costituisce un fatto impeditivo della pretesa attorea, e va provato dall'assicuratore. Nello specifico la Corte così conclude «Tale circostanza infatti non rappresenta un fatto costitutivo della domanda, ma un fatto costitutivo dell'eccezione di non indennizzabilità, e come tale deve essere dimostrato da chi quell'eccezione intenda sollevare».

¹ E. FOGLIANI, *Onere della prova e navigabilità della nave nell'assicurazione corpi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996.

² Cass. civ., sez. III, 23 febbraio 1998 n. 1946; Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2003 n. 16831; Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2006 n. 6108; Cass. civ., Sez. 3, 16 marzo 2012, n. 4234.

³ Cass. civ., sez. III, 20 febbraio 1998, n. 1790.

⁴ Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2013, n. 6548.

Vincenzo Sorrentino
Avvocato

Sulla risarcibilità del c.d. straining sul posto di lavoro.

Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 16 febbraio 2018, n. 3871

abstract

The Court of Cassation confirms that the forced stress inflicted on the worker by the hierarchical superior constitutes however an attenuated form of mobbing, which must be evaluated by the Judge and can justify the claim for damages pursuant to art. 2087 c.c. even if differently qualified.

keywords

Employer – Harassment behavior – Attenuated mobbing – Straining.

abstract

La Corte di Cassazione conferma che lo stress forzato inflitto al lavoratore dal superiore gerarchico configura comunque una forma attenuata di mobbing, la quale deve essere valutata dal Giudice e può giustificare la pretesa risarcitoria ex art. 2087 c.c. anche se diversamente qualificato.

parole chiave

Datore di lavoro – Comportamento vessatorio – Mobbing attenuato – Straining.

Rapporto di lavoro – Comportamento vessatorio – Assenza di finalità persecutoria – Straining

Qualora il lavoratore chieda il risarcimento del danno patito alla propria integrità psico-fisica in conseguenza di una pluralità di comportamenti del datore di lavoro e dei colleghi di natura asseritamente vessatoria il giudice del merito, pur nell'accertata insussistenza degli elementi necessari a configurare una condotta di mobbing, è tenuto a valutare se quei comportamenti denunciati, siano comunque ascrivibili a responsabilità del datore di lavoro, così che possa essere chiamato a risponderne nei limiti dei danni a lui imputabili.

Cass., Sez. Lav., 16 febbraio 2018, n. 3871

Pres. Napolitano – Rel. Di Paoloantonio

(*Omissis*)

Rilevato in fatto che:

1. con sentenza depositata il 2 agosto 2012 la Corte di Appello di Bologna ha respinto l'appello di M.A. avverso la pronuncia del Tribunale della stessa città che aveva rigettato la domanda proposta nei confronti dell'Azienda USL di Bologna volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della condotta vessatoria protrattasi dall'estate 2000 fino al pensionamento avvenuto nel (*Omissis*).

2. la Corte territoriale ha osservato che l'appellante aveva posto a fondamento della domanda risarcitoria non il puro e semplice demansionamento bensì il cosiddetto mobbing, del quale non aveva fornito la prova perché non aveva dimostrato l'intento persecutorio, da escludere nella fattispecie in quanto le condotte asseritamente lesive erano state tenute da soggetti diversi ed in momenti temporali anche molto distanti tra loro;

3. il giudice di appello ha quindi ritenuto irrilevante stabilire se l'assegnazione di mansioni diverse da quelle espletate in passato integrasse demansionamento, posto che quest'ultimo non era stato "dedotto in causa (anche solo in subordine) come autonoma fattispecie giuridica con proposizione della relativa domanda risarcitoria";

4. avverso tale sentenza M.A. ha proposto ricorso affidato a due motivi, illustrati da memoria ex art. 380-bis c.p.c., comma 1, ai quali ha opposto difese l'Azienda USL di Bologna.

Diritto

Considerato in diritto che:

1. con il primo motivo di ricorso la ricorrente denuncia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5, "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa fatti controversi e decisivi per il giudizio; violazione e falsa interpretazione ed applicazione degli artt. 2103, 2043 e 2059 c.c.; violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c." e rileva, in sintesi, che la Corte territoriale ha errato nell'interpretazione della domanda, che si riferiva anche al demansionamento;

1.1. aggiunge che la pronuncia gravata si è disco-

stata dal principio di diritto affermato da questa Corte in forza del quale il Giudice, una volta escluso l'intento persecutorio, è comunque tenuto ad accertare se i comportamenti denunciati, singolarmente considerati, possano essere fonte di responsabilità per il datore di lavoro;

2. la seconda censura, formulata ai sensi dell'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2087, 2043 e 2059 c.c., anche in rapporto all'art. 116 c.p.c., nonché l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa fatti controversi e decisivi per il giudizio;

2.1. rileva in sintesi la ricorrente che la Corte territoriale: ha errato nel porre l'onere della prova a carico della lavoratrice perché, al contrario, spetta al datore di lavoro dimostrare di aver posto in essere tutte le misure necessarie per tutelare l'integrità psicofisica del dipendente; ha omesso di valutare gli episodi lesivi nel loro complesso mentre solo detta valutazione può far emergere l'elemento soggettivo; ha errato nella valutazione delle deposizioni testimoniali ed ha omesso di esaminare la documentazione prodotta; non ha tenuto conto del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 2, comma 3, che qualifica discriminatori anche le condotte volte a creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo e, quindi, rende applicabile alla fattispecie la regola di valutazione della prova prevista dall'art. 4, comma 4, dello stesso decreto;

3. la ricorrente richiama infine le deduzioni contenute nell'atto d'appello relative alla natura ed alla quantificazione dei danni subiti;

4. il primo motivo è inammissibile nella parte in cui si duole della errata qualificazione giuridica della domanda, perché la Corte territoriale non si è limitata ad escludere che con l'atto introduttivo fosse stata formulata anche una domanda di risarcimento dei danni derivati dal preteso demansionamento, ma ha altresì evidenziato, alle pagine 7 e 8 della motivazione, che in tal senso si era espresso il Tribunale e che la pronuncia non era stata oggetto di censura;

4.1. si tratta di un'autonoma *ratio decidendi*, da sola idonea a sorreggere la decisione, posto che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, il potere del giudice di qualificazione della domanda nei gradi successivi al primo va coordinato con i principi propri del sistema delle impugnazioni, sicché deve ritenersi precluso al giudice dell'appello di mutare la qualificazione ritenuta dal primo giudice in mancanza di gravame sul punto ed in presenza, quindi, del giudicato formatosi su tale qualificazione (Cass. 1/12/2010 n. 24339 e Cass. 30/7/2008 n. 20730);

4.2. il ricorso insiste solo sull'errore commesso dalla Corte territoriale nella qualificazione giuridica della domanda, ma non censura l'autonoma *ratio* richiamata nei punti che precedono, sicché il motivo non può essere scrutinato nel merito posto che "ove la sentenza sia sorretta da una pluralità di ragioni, distinte ed au-

tonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, l'omessa impugnazione di una di esse rende inammissibile, per difetto di interesse, la censura relativa alle altre, la quale, essendo divenuta definitiva l'autonoma motivazione non impugnata, non potrebbe produrre in nessun caso l'annullamento della sentenza" (Cass. 27/7/2017 n. 18641);

5. ferma, quindi, la qualificazione della domanda nei termini indicati dalla Corte territoriale, va detto che il giudice di appello ha errato nel ritenere che per ciò solo dovesse essere escluso il suo potere/dovere di pronunciare sul denunciato demansionamento e sui danni asseritamente derivati dall'assegnazione a mansioni inferiori;

5.1. questa Corte ha già affermato, e va qui ribadito, che nell'ipotesi in cui il lavoratore chieda il risarcimento del danno patito alla propria integrità psicofisica in conseguenza di una pluralità di comportamenti del datore di lavoro e dei colleghi di natura asseritamente vessatoria il giudice del merito, pur nell'accertata insussistenza di un intento persecutorio idoneo ad unificare tutti gli episodi addotti dall'interessato e quindi della configurabilità di una condotta di mobbing, è tenuto a valutare se alcuni dei comportamenti denunciati, seppure non accomunati dal fine persecutorio, siano ascrivibili a responsabilità del datore di lavoro, che possa essere chiamato a risponderne, nei limiti dei danni a lui imputabili (Cass. 5.11.2012 n. 18927 richiamata da Cass. 20.4.2016 n. 8025, Cass. 28.9.2016 n. 19180, Cass. 24.11.2017 n. 28027);

5.2. il motivo, che invoca il precedente di questa Corte sopra citato, è quindi in parte qua fondato;

6. a diverse conclusioni si giunge quanto alla seconda censura, perché la sentenza impugnata, nell'escludere che ricorressero nella fattispecie gli elementi costitutivi del mobbing, si è attenuta alla giurisprudenza di questa Corte che in più pronunce ha affermato che "ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro rilevano i seguenti elementi, il cui accertamento costituisce un giudizio di fatto riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità se logicamente e congruamente motivato: a) la molteplicità dei comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio. Elementi questi che il lavoratore ha l'onere di provare in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., e che implicano la necessità di una valutazione rigorosa della sistematicità della condotta e della sussistenza dell'intento emulati-

vo o persecutorio che deve sorreggerla (Cass. 26 marzo 2010, n. 7382)” (Cass. 17.1.2014 n. 898);

6.1. la Corte territoriale, con motivazione articolata, logica e priva dei denunciati profili di contraddittorietà, ha esaminato gli atti di causa ed ha escluso che fosse stata data la prova sia dell'intento persecutorio sia della reiterazione e sistematicità nel tempo delle condotte;

6.2. il ricorso, pur denunciando la violazione degli artt. 2087, 2043 e 2059 c.c., tende a sollecitare una diversa valutazione delle risultanze processuali e, quindi, un giudizio di merito non consentito alla Corte di legittimità;

6.3. si deve ribadire al riguardo che il controllo di logicità del giudizio di fatto, consentito dall'art. 360 c.p.c., n. 5, nel testo antecedente alle modifiche apportate dal D.L. n. 83 del 2012, non equivale alla revisione del ragionamento decisorio, ossia dell'opzione che ha condotto il giudice del merito ad una determinata soluzione della questione esaminata, posto che una simile revisione non sarebbe altro che un giudizio di fatto e si risolverebbe in una sua nuova formulazione, contrariamente alla funzione assegnata dall'ordinamento al giudice di legittimità;

6.4. quanto all'onere della prova, che come si è detto grava sul lavoratore, è errata l'invocazione del D.Lgs. n. 216 del 2003, art. 4, comma 4, perché le molestie alle quali fa riferimento il comma 3 dell'art. 2 dello stesso decreto (definendole comportamenti indesiderati aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo), devono essere “poste in essere per uno dei motivi di cui all'art. 1”, ossia per ragioni di discriminazione legate alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età, all'orientamento sessuale, ragioni che non risultano mai essere state allegate nella fattispecie;

7. in via conclusiva merita parziale accoglimento solo il primo motivo di ricorso per le ragioni indicate al punto 5.1. ed in detti limiti la sentenza deve essere cassata con rinvio alla Corte di Appello di Bologna in diversa composizione che procederà ad un nuovo esame, attenendosi al principio enunciato sub 5 e provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità;

8. non sussistono le condizioni di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. Il *casus decisis* – 1. Il fenomeno dello *straining* sul posto di lavoro e differenza col *mobbing*. – 2. La decisione.

Premessa. Il *casus decisis*

Il giudizio affrontato dalla Corte di Cassazione trae origine dalla domanda di un dipendente ASL, proposta innanzi al Tribunale di Bologna, volta ad ottenere il risarcimento dei danni subiti in conseguenza della condotta vessatoria protrattasi dall'estate 2000 fino al pensionamento. Il Tribunale aveva rigettato la domanda specificando come il ricorrente avesse posto a fondamento della domanda risarcitoria non il puro e semplice demansionamento bensì il cosiddetto *mobbing*, del quale tuttavia non aveva fornito la prova non avendo dimostrato l'intento persecutorio. Veniva proposto gravame innanzi alla Corte d'Appello di Bologna che rigettava la domanda ritenendo irrilevante stabilire se l'assegnazione a mansioni diverse da quelle espletate in passato dal lavoratore integrasse o meno demansionamento, posto che quest'ultimo non era stato «dedotto in causa (anche solo in subordine) come autonoma fattispecie giuridica con proposizione della relativa domanda risarcitoria», qualificata invece solo come danno da *mobbing*. Avverso tale sentenza il richiedente proponeva ricorso per Cassazione rilevando, in sintesi, l'errore della Corte territoriale nell'interpretazione della domanda, che si riferiva anche al demansionamento; evidenziava ulteriormente come la pronuncia gravata si fosse discostata dal principio di diritto affermato dalla Suprema Corte in forza del quale il Giudice, una volta escluso l'intento persecutorio, è comunque tenuto ad accertare se i comportamenti denunciati, singolarmente considerati, possano essere fonte di responsabilità per il datore di lavoro.

1. Il fenomeno dello *straining* sul posto di lavoro e differenza col *mobbing*

Per “*mobbing*” si intende comunemente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro e che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili assumenti forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità. In particolare il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire che «Con il termine *mobbing*, in assenza di una definizione normativa, si intende normalmente una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, complessa, continuata e protratta nel tempo, tenuta nei confronti di un lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si manifesta con comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti od incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno in realtà finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del lavoratore, tale che ne consegua un effetto lesivo della sua salute psicofisica ai fini della configurabilità della condotta

lesiva di mobbing, da parte del datore di lavoro»¹.

Il mobbing, pertanto, si concretizza attraverso una moltitudine di comportamenti e di forme quali, ad esempio, l'emarginazione del soggetto attraverso l'ostilità e la non comunicazione; le continue critiche sull'operato; la diffusione di maldicenze; l'assegnazione di compiti dequalificanti; la compromissione dell'immagine del soggetto davanti ai colleghi, ai clienti, ai superiori. Tale fenomeno assume ancora più rilevanza quando tali atteggiamenti si reiterano in un periodo di tempo sufficientemente lungo.

Il nostro ordinamento è privo di una disciplina specifica su tale fenomeno. A questo *vulnus* ha cercato allora di porre rimedio la giurisprudenza che, costantemente nel corso degli anni, ha valutato e cercato di reprimere il fenomeno adattando le disposizioni di carattere generale quali, in particolare, l'art. 2087 c.c. in materia di tutela delle condizioni di lavoro, e l'art. 2043 c.c. sul risarcimento da fatto illecito. La Suprema Corte, tuttavia, ha più volte specificato che per ottenere il risarcimento dei danni da mobbing, si richiede una prova particolarmente rigorosa che deve essere fornita dal lavoratore². Difatti, ai fini della configurabilità della condotta mobbizzante del datore di lavoro, è necessario provare la serie di comportamenti di carattere persecutorio, l'evento lesivo, il nesso eziologico e l'elemento soggettivo ovvero l'intento persecutorio unificante di tutti i comportamenti lesivi³.

Come visto i diritti del lavoratore che subisce comportamenti "mobbizzanti" trovano riconoscimento e tutela nella giurisprudenza, sia di legittimità che di merito. Di converso maggiori problematiche hanno posto quelle condotte lesive e persecutorie subite dal lavoratore, ma che non possono farsi rientrare nel concetto di mobbing per assenza o per impossibilità di provare il fine persecutorio. Negli ultimi anni, tuttavia, la Suprema Corte ha inteso riconoscere tutela al lavoratore anche nelle ipotesi di c.d. *straining* inteso quale "stress forzato" che può essere provocato appositamente con condotte caratterizzate da intenzionalità o discriminazione e che può anche derivare dalla costrizione della vittima a lavorare in un ambiente di lavoro disagiato, per incuria e disinteresse nei confronti del benessere lavorativo. Possono ad esempio integrare il c.d. *straining* i casi di demansionamento, dequalificazione, isolamento o privazione degli strumenti del lavoro ovvero trasferimento, posti in essere con intento discriminatorio.

Lo *straining*, pertanto, altro non è se non una forma attenuata di mobbing, nella quale non si riscontra il carattere della continuità delle azioni vessatorie né il fine persecutorio (elementi oggettivi e soggettivi del *mobbing*). A differenza del *mobbing*, difatti, ai fini

della configurabilità dello *straining* è sufficiente anche un'unica azione ostile purché provochi conseguenze durature e costanti a livello lavorativo, tali per cui la vittima percepisce di essere in una continua posizione di inferiorità rispetto ai suoi aggressori⁴.

2. La decisione

In materia di risarcimento del danno da "stress" subito dal lavoratore come sopra delineato, l'annotata decisione riveste particolare interesse sotto due profili:

- da un lato ha ribadito in astratto la risarcibilità del c.d. *straining*, come confermato anche da altra pronuncia della stessa Corte di poco successiva alla presente secondo cui «Lo stress forzato inflitto al lavoratore dal superiore gerarchico configura una forma attenuata di mobbing definita *straining*, che giustifica la pretesa risarcitoria ex art. 2087 c.c.»⁵;
- dall'altro ha sottolineato che, pur quando il ricorrente qualifichi il danno richiesto esclusivamente come "da mobbing", il Giudice è tenuto a valutare se alcuni dei comportamenti denunciati, seppure non accomunati dal fine persecutorio, siano ascrivibili a responsabilità del datore di lavoro cosicché possa comunque essere chiamato a risponderne nei limiti dei danni a lui imputabili.

¹ Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1945.

² Cass. civ., Sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7382.

³ Cass. civ., Sez. lav., 06 agosto 2014, n. 17698; Cass. civ., Sez. lav., 13 settembre 2017, n. 21262.

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 19 febbraio 2016, n. 3291.

⁵ Cass. civ. sez. lav., 19 febbraio 2018, n. 3977.

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

Un netto "no" alle liquidazioni di compensi legali inferiori ai minimi.

Nota a Corte di Cassazione, sez. VI Civ., ordinanza 11 dicembre 2017 n. 29594

abstract

At the time of the ruling on the costs of justice, it is necessary to apply the principle according to which the judge of merit can not liquidate the costs of judgment to an extent lower than the minimum set by the forensic tariff.

keywords

Legal fees – Settlement – Minimum rates.

abstract

Al momento della statuizione sulle spese di giustizia, va fatta necessaria applicazione del principio secondo cui il giudice del merito non può liquidare le spese di giudizio in misura inferiore ai minimi disposti dalla tariffa forense.

parole chiave

Compensi legali – Liquidazione – Minimi tariffari.

Compensi legali – Liquidazione inferiore ai minimi

Non possono essere liquidati compensi legali in misura inferiore ai minimi disposti dalla tariffa forense.

Cass., sez. VI Civ., ordinanza 11 dicembre 2017 n. 29594 - Pres. D'Ascola; Rel. Giusti

(Omissis)

FATTO

Svolgimento del processo – Motivi della decisione

Ritenuto che l'Avv. V.M. ha proposto opposizione, dinanzi al Giudice di pace di Roma, avverso dodici ordinanze-ingiunzioni, tutte emesse 4 febbraio 2011 dal Prefetto di Roma e notificate il 15 marzo 2011; che l'adito Giudice di pace, con sentenza in data 18 gennaio 2013, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato e reso prive di efficacia le impugnate ordinanze ingiunzioni opposte, condannando la Prefettura di Roma alla rifusione delle spese, liquidate in Euro 180, di cui 30 per esborsi, oltre IVA e CpA; che l'Avv. V. ha proposto appello, lamentando

l'insufficiente liquidazione delle spese processuali; che nella contumacia della Prefettura, il Tribunale di Roma, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 14 luglio 2016, ha rigettato l'appello; che il Tribunale ha bensì rilevato che il Giudice di pace ha liquidato i compensi netti in modo sicuramente ridotto, ma ha sottolineato che in realtà nel caso di specie non vi è stato il pieno accoglimento delle domande dell'opponente, giacché – essendo state annullate solo una parte della cartelle esattoriali – risulta ragionevole una compensazione parziale delle spese;

che secondo il Tribunale, benché il Giudice di pace non abbia espressamente dichiarato la compensazione parziale delle spese, "può ritenersi che tale circostanza sia alla base della liquidazione nella misura tal qual'è stata"; che per la cassazione della sentenza del Tribunale l'Avv. V. ha proposto ricorso, con atto notificato il 30 gennaio 2017, sulla base di due motivi; che l'intimata Prefettura non ha svolto attività difensiva in questa sede; che la proposta del relatore, ai sensi dell'art. 380-bis cod. proc. civ., è stata notificata alla parte ricorrente, unitamente al decreto di fissazione dell'adunanza in camera di consiglio.

Considerato che il primo motivo lamenta omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti in ordine alla nullità di tutte le ordinanze ingiunzioni impugnate; che il motivo è manifestamente fondato;

che il Tribunale ha giustificato la liquidazione delle spese effettuata dal Giudice di pace sotto il minimo tariffario sulla base della considerazione che il primo giudice avrebbe in realtà operato una implicita compensazione parziale delle spese stesse, giacché la domanda del ricorrente, di annullamento delle ordinanze ingiunzioni, sarebbe stata accolta soltanto in parte, limitatamente ad alcune "cartelle esattoriali";

che in realtà emerge per tabulas dalla piana lettura della sentenza di primo grado che il Giudice di pace ha accolto in toto la domanda del ricorrente, annullando e rendendo prive di efficacia tutte e dodici le ordinanze ingiunzioni opposte: due di esse per tardiva

emissione, le altre per un vizio formale dei verbali di accertamento presupposti (attesa la mancata indicazione, negli stessi, del nominativo del responsabile del procedimento);

che pertanto, cade la premessa, su cui ha fatto leva la sentenza impugnata, della sussistenza delle condizioni per la compensazione parziale delle spese a favore della Prefettura; che con il secondo motivo ci si duole della violazione o falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c., e del D.M. n. 55 del 2004, art. 4, e delle tabelle 1-2 dei parametri ad esso allegate;

che con esso il ricorrente lamenta che siano state liquidate spese di giudizio in violazione dei minimi tariffari;

che il motivo è manifestamente fondato;

che va fatta applicazione del principio secondo cui il giudice del merito non può liquidare le spese di giudizio in misura inferiore ai minimi disposti dalla tariffa forense (Cass., Sez. 6[^]-2, 30 marzo 2011, n. 7293);

che pertanto, per il giudizio di primo grado, i compensi minimi sarebbero dovuti ammontare, in applicazione della tariffa rationetemporis applicabile, in complessivi Euro 330;

che il ricorso è accolto;

che la causa può essere decisa nel merito, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto; che le spese, anche per la fase di appello, vanno liquidate come da dispositivo;

che le spese del giudizio di cassazione seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo. (Omissis)

sommario

1. I parametri forensi. – **2.** Il contenuto dell'ordinanza in commento. – **3.** La discrezionalità del giudice nel meccanismo di compensazione delle spese. – **4.** Il D.L. 132/2014. Conclusioni di sistema.

1. Profili introduttivi. I parametri forensi

Nonostante la sua estrema sinteticità, l'ordinanza in commento si pone all'attenzione del giurista per porre un presidio di garanzia a favore del legale che, sempre più spesso, e soprattutto innanzi ai Giudici di Pace, assistono ad ingiustificate compensazioni delle spese di lite, ovvero a liquidazioni di compensi inferiori ai minimi tariffari.

Prima di entrare nel vivo della problematica, sarà giusto rammentare, per mera completezza espositiva, che ai fini della determinazione del compenso dell'avvocato, quando non vi sia stato un preventivo accordo tra le parti, devono essere applicate le tariffe forensi come determinate dai decreti ministeriali che vi danno attuazione. Il riferimento è ai parametri forensi di cui al D.M. n. 55 del 2014, oggetto di modifica a seguito della recente approvazione del testo del decreto ministeriale, di prossima entrata in vigore, che cambia le

tariffe della professione forense per l'anno in corso. La tariffa forense, come è noto, svolge altresì l'importante funzione di strumento utile alla liquidazione dell'ammontare delle spese giudiziali: la parte che soccombe nel giudizio, infatti, deve – o dovrebbe – risarcire le spese della lite ingiustamente causata nei confronti del vincitore, secondo criteri obiettivi legati alla tariffa in relazione ai costi affrontati dal vincitore per la difesa.

Ecco dunque che, indipendentemente da eventuali accordi di pagamento tra la parte vincitrice ed il proprio difensore, il giudice dovrà liquidare in favore della parte vittoriosa le spese di lite affrontate, liquidazione che sicuramente non potrà prescindere dal sistema tariffario vigente. Il codice di procedura civile, agli artt. da 91 a 97, prevede e disciplina l'ipotesi della condanna alle spese di lite, stabilendo che il soccombente deve essere condannato al rimborso delle spese di lite sostenute dal vincitore, inclusi gli onorari della difesa. Solo nei casi di reciproca soccombenza o di concorso di altri motivi esplicitati nella motivazione del provvedimento sulle spese di giudizio, il giudice potrà compensare le spese, in misura totale o parziale, ex art. 92, c.p.c. Ad ausilio del giudice che liquida le spese, l'art 75, disp. att., c.p.c. pone l'obbligo a carico dei difensori di presentare la nota spese e degli onorari con diretto riferimento alle voci contenute nella tariffa professionale; in mancanza, il giudice deve liquidare ugualmente spese ed onorari del giudizio sulla base degli atti contenuti nel fascicolo. Vero è che, nonostante la completa previsione normativa adottata in materia di spese di lite dal codice di rito civile, nella prassi dei tribunali si assiste – poco sovente – alla condanna del soccombente al risarcimento dei costi della difesa sostenuta dal vincitore, nella convinzione che sia il giudice il dominus della liquidazione delle spese di lite: su tale aspetto e, più nello specifico, sul meccanismo di liquidazione delle spese, si è pronunciata la Cassazione con il provvedimento oggetto della presente nota.

2. Il contenuto dell'ordinanza in commento

Nel caso in esame, un avvocato proponeva opposizione ad oltre una decina di ordinanze-ingiunzioni emesse dalla Prefettura, che – essendo state accolte le istanze di annullamento delle medesime – veniva condannata alle spese di lite. L'avvocato vittorioso, tuttavia, ricorreva in appello lamentando l'insufficiente liquidazione delle spese processuali. L'appello, invero, veniva rigettato e l'avvocato ricorreva in Cassazione.

Di qui l'ordinanza in commento, con la quale il Supremo Collegio ha avuto modo di ribadire, seppure con una stringata motivazione, che non possono essere liquidati compensi in misura inferiore ai minimi disposti dalla tariffa forense, richiamando una pronuncia non troppo risalente¹. È utile anche rilevare che la pronuncia in esame proviene dalla VI Sezione, la quale

¹ Cass. Sez. VI, 30 marzo 2011, n. 7293.

riveste funzione assimilabili a quelle di una sezione filtro, alla quale vengono assegnate le questioni manifestamente fondate/infondate. Ed invero, la materia delle spese legali ex articolo 91 c.p.c. ha dato occasione, nella fattispecie della quale ci stiamo occupando, di ribadire che le questioni in merito alla condanna alle spese della parte soccombente si palesa come questione “manifestatamente fondata”.

A ben vedere, sebbene la Suprema Corte abbia voluto fare riferimento alla propria precedente statuizione risalente al 2011 (supra), è corretto anche ricordare che il medesimo principio è stato recentemente ribadito dalle Sezioni Unite: la liquidazione, ha affermato la Corte in una più recente occasione, deve avvenire necessariamente secondo le tariffe forensi².

Pertanto, è doveroso che l'individuazione del soccombente avvenga in base al principio di causalità, con la conseguenza che la parte obbligata a rimborsare alle altre le spese che hanno anticipato nel processo è quella che, col proprio comportamento tenuto fuori del processo, ovvero col darvi inizio o resistervi in forme e con argomenti non rispondenti al diritto, ha dato causa al processo od al suo protrarsi.

3. La discrezionalità del giudice nel meccanismo di compensazione delle spese

La rigidità del principio contenuto nell'art. 91 c.p.c. è però temperata dal successivo art. 92, comma 2, c.p.c., in base al quale al giudice è riconosciuto il potere di compensare in tutto od in parte le spese laddove ci sia soccombenza reciproca ovvero, secondo l'originaria formulazione, ricorrano altri “giusti motivi”.

Invero, questo meccanismo di discrezionalità giudiziale nella compensazione delle spese merita di essere analizzato. La giurisprudenza ha stabilito la massima estensione della discrezionalità del giudice nel meccanismo di compensazione delle spese, fatto salvo il limite di non attribuire alla parte totalmente vittoriosa l'onere del pagamento delle spese legali della parte soccombente né del costo dei compensi dovuti agli ausiliari del giudice. Se questo è l'orientamento consolidato, idoneo ad escludere la compensazione laddove vi sia una parte inequivocabilmente vittoriosa, tuttavia rimane vasto il territorio su cui il giudice può esercitare il potere discrezionale, poiché restano incerte e disparate le situazioni in cui è possibile individuare la soccombenza. E così – senza alcuna pretesa di completezza ed al solo scopo di evidenziare la diversità di interventi legislativi sulla disposizione – l'art. 92, comma 2, c.p.c. è stato sottoposto ad un processo di integrale revisione, dal momento che dalla previsione di carattere aperto che contrassegnava il regime della compensazione delle spese di lite (i già menzionati “giusti motivi”), si è passati, con la riforma del 2005, alla necessità che i motivi oltre che giusti fossero “espli-

citamente indicati nella motivazione”, mentre con la riforma del 2009 la compensazione veniva ammessa solo al concorrere di “gravi ed eccezionali ragioni”, anch'esse esplicitamente indicate in motivazione.

4. Il D.L. 132/2014. Conclusioni di sistema

L'articolato percorso di riforma è da ultimo arrivato, con l'entrata in vigore dell'art. 13, D.L. 12 settembre 2014, n. 132, come modificato dalla legge di conversione 10 novembre 2014, n. 162, ad una previsione di stampo nettamente più “tassativo”, ristretta a due soli casi oltre a quello della soccombenza reciproca, vale a dire l' “assoluta novità della questione trattata” ed il “mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti”. Potremmo dire, oramai, che al di fuori dei casi appena menzionati non è quindi consentito, al giudice, stabilire la compensazione delle spese di lite. In altre parole, sulla base di tali nuove disposizioni, non è più consentita nelle cause iniziate dopo l'11 dicembre 2014 la compensazione delle spese di lite per motivi diversi dalla soccombenza reciproca ad eccezione dei menzionati casi in cui vi sia assoluta novità o mutamento della giurisprudenza sulle questioni dirimenti. Pertanto, mentre nelle cause anteriormente iniziate la valutazione sull'imputabilità degli oneri processuali viene influenzata dalla esclusione di ripetibilità delle spese in ragione della clausola generale dei giusti motivi, poi divenuti gravi ed eccezionali – la cui (più ampia) valutazione è rimessa al giudice di merito – con la riforma del 2014 il quadro è decisamente, e finalmente, mutato. Per le cause di successiva instaurazione, infatti, la regolazione delle spese in caso di reciproca soccombenza dovrebbe essere effettuata esclusivamente in base al principio di causalità, salva l'assoluta novità od il mutamento della giurisprudenza sulle questioni dirimenti. Così, nelle cause post-riforma la corretta ricostruzione della nozione di soccombenza assume un ruolo decisivo al fine di individuare le concrete residue possibilità operative della regola della compensazione totale o parziale delle spese processuali: ebbene l'ordinanza n. 29594/2017 chiarisce appunto quando debba escludersi l'ipotesi di soccombenza ai fini della ripartizione delle spese. Il pronunciamento in esame prende le mosse da un caso nel quale un avvocato, proposta opposizione dinanzi al giudice di pace avverso una serie di ordinanze-ingiunzioni emesse dalla Prefettura, impugnava in appello, poi rigettato, il provvedimento del giudice di prime cure, lamentando l'insufficiente liquidazione delle spese processuali pur in presenza di condanna della controparte alla rifusione delle spese.

Vale la pena ribadire che, secondo la Cassazione, il Tribunale, rigettando la domanda dell'appellante, ha erroneamente legittimato la liquidazione delle spese sotto il minimo tariffario operata dal giudice di pace, il quale avrebbe operato una implicita compensazione parziale delle spese tra le parti sulla base di un parziale

² Cass. Civ. Sez. Unite, 10 luglio 2017, n. 16990.

accoglimento delle domande del ricorrente, circostanza questa da ritenersi certamente sconfessata in base alla lettura della sentenza di primo grado, nella quale vengono annullate e private di efficacia tutte le ordinanze-ingiunzioni, a dimostrazione dell'accoglimento pieno e non meramente parziale delle domande del ricorrente. In sostanza, la Corte ha ritenuto di escludere la compensazione totale o parziale delle spese di lite ex art. 92, comma 2, c.p.c., addotta dal giudice di appello quale motivo di rigetto dell'impugnazione proposta dal ricorrente, tutto ciò sulla base della lettura della sentenza emessa dal giudice di pace, essendo in tale provvedimento evidente l'accoglimento in toto delle domande attoree. La Suprema Corte ha perciò annullato il provvedimento del Tribunale, che aveva ingiustificatamente legittimato una liquidazione delle spese di giudizio in violazione dei minimi tariffari pur se in assenza dei presupposti per la compensazione delle spese in favore della Prefettura. Con argomentazione logica stringente, è stato ritenuto che i compensi minimi per il giudizio di primo grado sarebbero dovuti ammontare, in applicazione della tariffa *ratione temporis* applicabile, ad un importo ben superiore a quello effettivamente liquidato, proprio in ragione del sostanziale accoglimento delle domande proposte dal ricorrente per tutte le ordinanze-ingiunzioni. In questo modo, si è dato conto della necessità del giudice di merito di dover procedere ad un'attenta valutazione prima di decidere sulle spese legali, dovendo egli individuare, in base al principio di causalità di cui all'art. 91 c.p.c., se ricorra o meno la soccombenza di uno o di entrambe le parti. Nel caso di specie, la Cassazione ha rilevato come insussistente il presupposto legittimante la compensazione alle spese, ovvero la soccombenza parziale del ricorrente, peraltro solo implicitamente ipotizzata quale motivazione del provvedimento emesso dal giudice di primo grado, ritenendo che l'accoglimento della domanda, globalmente considerata ed inerente alle varie ordinanze-ingiunzioni, precluda ex se la compensazione alle spese in favore della Prefettura, con la conseguenza di cassare il provvedimento del giudice di appello che, nel rigettare l'impugnazione avanzata sul punto della liquidazione alle spese, aveva avallato la legittimità della pronuncia del giudice di pace.

In conclusione, l'ordinanza in commento – nonostante il ristretto respiro motivazionale – indubbiamente attira l'attenzione degli addetti ai lavori, in quanto in essa viene resa un'esplicita indicazione sulla corretta modalità di liquidazione delle spese legali, che onera il giudice ad un ponderato utilizzo del potere discrezionale di cui all'art. 92, comma 2, c.p.c..

Qualora la domanda della parte attrice sia stata interamente accolta, e non vi sia alcun dubbio circa il mancato od anche solo parziale accoglimento delle richieste ex parte actoris, le spese legali non dovrebbero essere compensate; allo stesso modo, il giudice, nel li-

quidare le spese, dovrà tenere conto della soccombenza e perciò della totale imputazione degli oneri processuali, non potendosi in maniera immotivata discostare dal principio di causalità, ex art. 91 c.p.c. Ed ancora, sarà preclusa la possibilità di liquidare compensi in misura inferiore ai minimi disposti dalla tariffa forense, in ragione della funzione da quest'ultima assolta, vale a dire di strumento utile alla liquidazione dell'ammontare delle spese giudiziali a carico della parte soccombenza tenuta a rimborsare il vincitore.

In conclusione, sempre a parte gli onorari che la parte vincitrice del giudizio possa avere riconosciuto e pagato al suo difensore, il giudice dovrà liquidare in favore della parte vittoriosa le spese di lite affrontate, liquidazione che non potrà prescindere dal sistema tariffario vigente unitamente al meccanismo di ripartizione delle spese delineato dagli artt. 91 e 92 c.p.c.

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

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., 16/01/2018, n. 898 - Pres. Rordorf, Est. Di Virgilio

Regolamento competenza d'ufficio – Per ragione di valore – Inammissibilità – Art. 45 c.p.c. – Merito legislativo insindacabile

Il regolamento di competenza d'ufficio è inammissibile qualora il giudice adito in riassunzione neghi di essere competente per materia e ritenga che la competenza sulla causa sia regolata solo per valore, poiché in detto caso l'eventuale decisione di accoglimento del regolamento da parte della S.C., in quanto necessariamente contenente – in forza dell'art. 49, comma 2, c.p.c. – l'individuazione del giudice competente per valore, non essendovi alcun giudice competente per materia, sostanzialmente produrrebbe il medesimo effetto di un regolamento di competenza d'ufficio per valore, che l'art. 45 c.p.c. non prevede per insindacabile scelta di merito legislativo.

Cass., sez. un., 18/01/2018, n. 1202 - Pres. Rordorf, Est. Mann

Costruzione su suolo comune – Accessione – Accordo contrario – Forma – Consenso comproprietario – "Ius tollendi" – Esclusione – Conseguenze

La costruzione eseguita dal comproprietario sul suolo comune diviene per accessione, ai sensi dell'art. 934 c.c., di proprietà comune ai comproprietari del suolo, salvo contrario accordo, traslativo della proprietà del suolo o costitutivo di un diritto reale su di esso, che deve rivestire la forma scritta "ad substantiam". Il consenso alla costruzione manifestato dal comproprietario non costruttore, pur non essendo idoneo a costituire un diritto di superficie o altro diritto reale, gli preclude lo "ius tollendi". Ove lo "ius tollendi" non sia o non possa essere esercitato, i comproprietari del suolo sono tenuti a rimborsare al comproprietario costruttore, in proporzione alle rispettive quote di proprietà, le spese sopportate per l'edificazione dell'opera.

Cass., Sez. un., 16/02/2018, n. 3873 - Pres. Rordorf, Est. Lombardo

Tributi – Consolidato fiscale nazionale – Interruzione prima del triennio – Eccedenze di imposta – Esclusiva disponibilità in capo alla controllante – Conseguenze

La Sezione Tributaria della Suprema Corte ha affermato che, nell'ipotesi di interruzione del consolidato fiscale nazionale prima del triennio di scadenza trova applicazione l'art. 124, comma 4, del D.P.R. n. 917 del 1986, il quale sancisce il principio dell'esclusiva disponibilità delle eccedenze di imposta riportate a nuovo nell'ambito della tassazione di gruppo in capo alla società controllante, che, pertanto, è l'unica legittimata a chiederne il rimborso.

Cass., sez. V, 21/02/2018, n. 4155 - Pres. Cappabianca, Est. Condello

Rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari – Condizioni – Comparazione tra la situazione personale del richiedente nel paese d'origine ed in Italia – Necessità – Fondamento

Il riconoscimento, secondo i parametri previsti dagli artt. 5, comma 6 e 19, comma 2 del d.lgs. n. 286 del 1998 nonché quanto stabilito nell'art. 32 del d.lgs. n. 251 del 2007, della protezione umanitaria al cittadino straniero che abbia realizzato un grado adeguato d'integrazione sociale nel nostro paese, non può escludere l'esame specifico ed attuale della situazione soggettiva ed oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, dovendosi verificare, in comparazione con la situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza, se il rimpatrio possa determinare

la privazione, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, della titolarità e dell'esercizio dei diritti umani.

Cass., Sez. I, 23/02/2018, n. 4455 - Pres. Tirelli, Est. Acierno

Procedimento civile – Controversie per la liquidazione delle spese dell'avvocato nei confronti del proprio cliente. – Riti applicabili e competenza

Le Sezioni Unite della Cassazione, risolvendo le relative questioni di massima di particolare importanza, concernenti i crediti per spese giudiziali dell'avvocato, hanno affermato che:

1) a seguito dell'introduzione dell'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, la controversia di cui all'art. 28 della l. n. 794 del 1942, come sostituito dal citato d.lgs., può essere introdotta con un ricorso ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c., che dà luogo ad un procedimento sommario "speciale" disciplinato dagli artt. 3, 4 e 14 d.lgs. 150/2011, o con il procedimento per decreto ingiuntivo ex artt. 633 ss. c.p.c. (e l'eventuale opposizione si dovrebbe proporre ai sensi dell'art. 702 bis ss. c.p.c. e nel relativo procedimento troverebbero applicazione gli artt. 648, 649, 653 e 654 c.p.c.), essendo, invece, esclusa la possibilità di introdurre l'azione sia con il rito di cognizione ordinaria e sia con quello del procedimento sommario ordinario codicistico, di cui agli artt. 702-bis ss. c.p.c.;

2) la controversia di cui all'art. 28 della l. n. 794 del 1942, introdotta sia ai sensi dell'art. 702-bis c.p.c., sia in via monitoria, avente ad oggetto la domanda di condanna del cliente al pagamento delle spettanze giudiziali dell'avvocato, resta soggetta al rito di cui all'art. 14 del d.lgs. n. 150 del 2011, anche quando il cliente sollevi contestazioni riguardo all'an;

3) soltanto qualora il convenuto svolga una difesa che si articoli con la proposizione di una domanda (riconvenzionale, di compensazione o di accertamento pregiudiziale), la trattazione di quest'ultima dovrà avvenire, ove si presti ad un'istruttoria sommaria, con il rito sommario (congiuntamente a quella proposta ex art. 14 d.lgs. n. 150 dal professionista) e, in caso contrario, con il rito ordinario a cognizione piena, previa separazione delle domande;

4) qualora la domanda introdotta dal cliente non appartenga alla competenza del giudice adito, troveranno applicazione gli artt. 34, 35 e 36 c.p.c. dettate in tema di spostamento della competenza per connessione.

Cass., Sez. un., 23/02/2018, n. 4485 - Pres. Canzio, Est. Frasca

Previdenza sociale – Indennizzi Inail – Liquidazione ex art. 13, comma 6, d.lgs. n. 38 del 2000 – Menomazioni preesistenti indennizzate – Unificazione dei postumi – Esclusione

Qualora l'assicurato, dopo l'entrata in vigore dell'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, subisca un infortunio o sia affetto da una malattia professionale che aggravi una menomazione preesistente, determinata da uno o più eventi lesivi già indennizzati secondo la previgente disciplina, il nuovo grado di menomazione andrà valutato, secondo il principio di non unificazione dei postumi di cui al comma 6, seconda parte, art. 13 cit., senza tener conto delle preesistenze, e senza che rilevi se il nuovo danno sia concorrente, coesistente o riguardi lo stesso apparato inciso dalla precedente menomazione, con conseguente erogazione di due autonome prestazioni.

Cass., sez. IV, 13/03/2018, n. 6048 - Pres. Mammone, Est. Rivero

Previdenza – Trattamenti pensionistici – Fondo integrativo – Accessori del credito – Regime

Le Sezioni Unite della Cassazione, su questione di massima di particolare importanza, hanno ritenuto la natura previdenziale del trattamento pensionistico erogato dai fondi pensioni integrativi, escludendo che ad esso si applichi il divieto di cumulo previsto dall'art. 16, comma 6, della l. n. 412 del 1991 in quanto corrisposto da datori di lavoro privati. Ne consegue che ai relativi accessori non si applica il regime giuridico proprio delle obbligazioni pecuniarie, sicché il pagamento del solo credito originario si configura come adempimento parziale di una prestazione unitaria e nell'ammissione allo stato passivo del fallimento, o della liquidazione coatta amministrativa, del datore di lavoro esso non è assistito da privilegio

Cass., sez. un., 20/03/2018, n. 6928 - Pres. Mammone, Est. Tria

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

Rassegna di merito

ATP 669-BIS C.P.C.: inammissibile per accertamento usura o violazione della trasparenza bancaria

Posto che la consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c., finalizzata alla composizione della lite, presuppone che la controversia tra le parti abbia come unico punto di dissenso questioni che possono costituire oggetto di consulenza e che una volta acquisite possono indurre le parti alla conciliazione, tale strumento giuridico non può essere utilizzato qualora vi siano delle contestazioni giuridiche in merito al rapporto non risolvibili dal CTU e che ostacolano una definizione transattiva quali quelle riguardanti, ad esempio, l'accertamento dell'applicazione al rapporto dedotto in giudizio di interessi eccedenti le soglie usura o la violazione della normativa sulla trasparenza bancaria.

Trib. Catanzaro, 31/10/2017 - Pres. Belcastro

CAPITALIZZAZIONE TRIMESTRALE POST 2000: legittima in presenza di adeguamento ex art 7 delibera CICR 9.2.2000

In tema di anatocismo, non può ritenersi che il meccanismo di adeguamento previsto dell'art 7 della delibera CICR 9.2.2000 non sia più valido in conseguenza della pronuncia della Corte Costituzionale n. 425/2000, ciò in quanto tale sentenza aveva dichiarato illegittimo l'art.120 co. 3 Tub solo nella parte in cui sanava retroattivamente la capitalizzazione degli interessi effettuata prima che entrasse in vigore la Deliberazione del Cicr.

La Delibera Cicr 9/2/2000 è comunque valida ai sensi dell'art. 120 co. 2 Tub nel testo vigente quando venne emanata, con la conseguenza che in presenza di adeguamento e per il periodo successivo all'entrata in vigore della Delibera, la capitalizzazione degli interessi è legittima se sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi debitori e creditori.

Trib. Napoli, 30/01/2018 - Giud. Pastore Alinante

CENTRALE RISCHI: per iscrizioni relative ad esposizioni sconfinante e/o scadute, la banca non deve compiere alcuna istruttoria

Solo ai fini della segnalazione a "sofferenza" alla Centrale dei Rischi è necessario che la Banca segnalante rilevi una persistente instabilità economica e finanziaria del cliente, cioè una situazione che, pur non dovendo assurgere allo stato di insolvenza richiesto ai fini della dichiarazione di fallimento, sia prossima allo stesso consistendo in una grave e non transitoria difficoltà economica.

Tale onere di approfondita e motivata istruttoria sussiste unicamente nell'ipotesi in cui si tratti di una segnalazione a "sofferenza" e non nelle ipotesi in cui si proceda ad effettuare un'altra tipologia di segnalazione come quella riguardante le esposizioni sconfinanti e/o scadute.

Trib. Isernia, 16/01/2018 - Giud. Vassallo

CMS: non può essere oggetto di alcun fenomeno anatocistico

Nei contratti stipulati dopo la delibera CICR del 09/02/2000, laddove la previsione della capitalizzazione trimestrale risulti essere stata pattuita in modo reciproco, cioè sia per gli interessi a credito che a debito del correntista, essa si sottrae a qualsivoglia censura di nullità.

Per quanto riguarda la C.M.S., sulla cui funzione si registrano orientamenti discordanti, è escluso che la stessa configuri un interesse, costituendo piuttosto la remunerazione pretesa dalla banca per l'obbligo contrattualmente assunto di tenere a disposizione del cliente affidato una determinata somma, pertanto la stessa si sottrae al profilo di illegittimità individuato nella contabilizzazione con periodicità trimestrale.

Trib. Catania, 19/01/2018 - Giud. Milone

DIVERGENZA ISC/TAEG: censurabile unicamente ex art. 125-bis TUB in riferimento ai contratti di credito al consumo

La supposta divergenza tra TAEG contrattuale ed effettivo, laddove determinata sulla base di formule e criteri di calcolo difforni da quelli prescritti dalla Banca d'Italia, è assolutamente irrilevante; tale difformità, ove accertata, non comporterebbe in ogni caso alcuna nullità contrattuale in quanto il predetto indice costituisce semplicemente un indicatore di costo che sintetizza, a fini di trasparenza e confrontabilità delle offerte, il costo del finanziamento, ed in quanto tale, non può essere considerato quale condizione contrattuale.

La nullità contrattuale non è configurabile neppure con riferimento al disposto di cui all'art. 117, comma 8, TUB in quanto l'ISC costituisce uno strumento di carattere informativo come emerge dall'art. 9 sezione III capitolo 1 sezione X delle istruzioni della Banca d'Italia, ma non un requisito tassativo, indefettibile del regolamento negoziale giacché non richiamato dall'art. 3 sezione III, tanto che anche l'eventuale omissione di tale elemento non comporta la nullità del negozio giuridico quando nel medesimo siano riportati i tassi di interesse e gli oneri economici che consentono al cliente di determinarlo e, dunque, di individuare il costo complessivo dell'operazione di finanziamento.

Né in caso di omissione del TAEG/ISC può prefigurarsi una violazione del 4° comma dell'art. 117, con le conseguenze sanzionatorie del 7° comma, laddove, poiché, se il TAEG/ISC non è elemento essenziale del contratto, inevitabilmente cade anche, per l'appunto, anche ogni sua possibile assimilazione al TAN ovvero ad "ogni altro prezzo o condizione praticati" di cui al 4° comma dell'art. 117.

Posto che l'ISC/TAEG non è un tasso propriamente inteso, quanto piuttosto un indicatore sintetico del costo complessivo del finanziamento, avente lo scopo di mettere in grado il cliente di conoscere il costo totale effettivo del credito, prima di accedervi, la sua erronea indicazione, non comporta, di per sé, una maggiore onerosità del finanziamento, quanto piuttosto un'erronea rappresentazione del suo costo complessivo.

Con riferimento alle clausole del contratto relative a costi che non siano stati inclusi, ovvero siano stati inclusi in modo non corretto nel TAEG indicato in contratto, la norma di riferimento è unicamente quella di cui all'art. 125-bis, TUB, la quale sancisce, fra l'altro, la nullità di dette clausole e la loro sostituzione ex lege, secondo le modalità di cui al comma settimo della stessa disposizione.

Essendo tale disposizione specificamente circoscritta alla clientela consumatrice, ne consegue che va esclusa l'applicabilità dell'art. 117 TUB all'ipotesi di errata indicazione del predetto indice, in tutti i contratti non regolati dal capo II del Titolo VI, relativo al "credito ai consumatori" nell'ambito di applicazione definito dalle relevantissime esclusioni di cui all'art. 122.

Trib. Bologna, 09/01/2018 - Giud. Neri

INDEBITO: grava su cliente-attore l'onere di produrre contratto ed intera sequenza degli estratti conto

Qualora il correntista formulando domanda di accertamento negativo del debito o di ripetizione di indebito, è suo preciso onere, anche ai sensi dell'art. 2697 c.c., quello di allegare e provare i fatti costitutivi della domanda, in primo luogo attraverso la produzione in giudizio della sequenza completa degli estratti conto, idonei a ricostruire il rapporto di dare-avere fra le parti ciò in quanto incombe sull'attore l'onere di fornire la prova sia dell'avvenuto pagamento che della mancanza di "causa debendi" il che implica appunto che il correntista, sia tenuto a documentare l'andamento complessivo del rapporto attraverso la produzione di tutti gli estratti conto relativi a tale rapporto.

In mancanza della documentazione relativa al rapporto contestato va respinta la richiesta di CTU tecnico – contabile perché meramente esplorativa, non potendosi attraverso tale strumento supplire alle carenze probatorie di parte.

Corte App. L'Aquila, 31/01/2018 - Pres. Buzzello - Rel. Marsella

LEASING: opposizione dei garanti e fallimento della obbligata principale

Non è invocabile la disciplina di tutela del consumatore, in difetto del requisito soggettivo di applicabilità della stessa, poiché la qualità del debitore principale attrae quella del fideiussore, ai fini della individuazione del soggetto che deve rivestire la qualità di consumatore.

Trib. Roma, 12/02/2018 - Giud. Carlomagno

LEASING –FURTO: la società concedente ha diritto all'indennizzo rate

In materia di leasing la società concedente si considera – in quanto proprietario dei beni ad oggetto del contratto –unica legittimata a ricevere l'indennizzo nell'ipotesi di furto del bene contratto, atteso che tale garanzia sia specificamente pattuita in favore della stessa.

Nel caso in cui in un contratto di leasing l'installazione di un sistema di allarme a protezione dell'impianto sia previsto quale condizione necessaria per il risarcimento del danno, ne deriva che in caso di furto si esclude che l'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.p.c. possa considerarsi provato mediante la prova testimoniale rese dai testi non alle dipendenze della società utilizzatrice del bene.

Trib. Crotone, 16/06/2017 - Giud. Datolo

MUTUO: il sistema di ammortamento cd. alla francese non determina alcun anatocismo contra legem

Il sistema di ammortamento cd. alla francese non determina nessun fenomeno anatocistico, posto che il conteggio degli interessi è effettuato solo sul debito residuo, sul capitale cioè che rimane da restituire alla banca mutuante ed una volta che, mediante il pagamento della rata del piano, l'interesse viene corrisposto unitamente alla quota capitale, nella successiva rata il capitale residuo, ridotto per effetto della restituzione di una parte dello stesso, torna ad essere conteggiato depurato da qualsivoglia effetto anatocistico.

Trib. Milano, 30/01/2018 - Giud. Rota

PROTESTO CAMBIALE: l'illegittimità non è di per se sufficiente a giustificare il risarcimento

In tema di risarcimento del danno da protesto, la semplice illegittimità del protesto, pur costituendo un indizio in ordine all'esistenza di un danno alla reputazione, non è di per sè sufficiente al risarcimento, essendo necessarie la gravità della lesione e la non futilità del danno, da provarsi anche mediante presunzioni semplici, oltre alla mancanza di un'efficace rettifica, fermo restando l'onere del danneggiato di allegare gli elementi di fatto dai quali possa desumersi l'esistenza e l'entità del pregiudizio, come la lesione di un diritto della persona, sotto il profilo dell'onore e della reputazione, o la lesione della vita di relazione o della salute.

Qualora la domanda di risarcimento sia proposta dalla società in riferimento ai danni patiti dal soggetto che all'epoca dei fatti rivestiva la qualità di legale rappresentante, la stessa va respinta per assenza di legitimatio ad causam, posto che ai fini della sussistenza della legittimazione attiva deve risultare la coincidenza tra il soggetto che propone la domanda e il soggetto che nella domanda è affermato titolare del diritto.

Corte App. Roma, 17/01/2018 - Pres. Cofano - Rel. Thellung de Courtelary

RIPETIZIONE INDEBITO: in pendenza di rapporto l'azione è improponibile

Quando il rapporto conto corrente è ancora aperto al momento della citazione, la domanda di ripetizione dell'indebito è improponibile, in quanto ad essere ripetibile è unicamente la somma indebitamente pagata e non già il debito sostenuto come illegale.

Del pari, in pendenza di rapporto, sono inammissibili sia la richiesta di rideterminazione del saldo che la richiesta di accertamento delle clausole contrattuali del rapporto di conto corrente, e la conseguente depurazione degli addebiti illegittimamente applicati, in quanto si tratta di domande non autonome ma connesse a quella finalizzata ad ottenere la restituzione delle somme illegittimamente pagate dal correntista all'istituto di credito

Trib. Santa Maria Capua Vetere, 20/02/2018 - Giud. Pugliese

RISOLUZIONE ORDINE DI INVESTIMENTO: il cliente deve indicare l'ammontare dei titoli ed il relativo controvalore

L'investitore che agisce in giudizio per ottenere la risoluzione di un ordine di acquisto ha l'onere di indicare sia quanti sono i titoli per i quali deve essere dichiarata la risoluzione dell'ordine sia a quanto ammonta l'importo che la Banca deve essere condannata a restituire.

Corte App. Bologna, 10/01/2018 - Pres. Giudotti - Rel. Caruso

SEGNALAZIONE C.A.I.: competente il Tribunale del luogo di la residenza del titolare del trattamento

Nelle controversie inerenti l'illegittima segnalazione in Centrale di Allarme Interbancaria (C.A.I.) poiché il giudizio verte sulla legittimità o meno dell'iscrizione in una banca dati, si può affermare che il processo ha ad oggetto l'attività di "comunicazione" prevista dall'art. 4, c. 1, lett. A) ed L), del d.lgs. 196/2003, con la conseguenza che è applicabile l'art. 152 del codice della privacy, che rimanda per il rito applicabile all'art. 10 del d.lgs. 150/2011 il quale individua come competente, secondo un criterio inderogabile, il Tribunale del luogo in cui ha la residenza il titolare del trattamento dei dati, come definito dall'art. 4, lett. f), d.lgs. 196/2003.

Trib. Ascoli Piceno, 19/01/2018 - Giud. Sirianni

USURA: va valutata con esclusivo riferimento al momento della pattuizione

Allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della L. 108/1996, come di quella stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa dei mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto.

A seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 425/2000, sono da considerarsi nulle esclusivamente le clausole che prevedono la capitalizzazione trimestrale per il periodo precedente al 2000, posto che la detta pronuncia ha dichiarato costituzionalmente illegittimo unicamente l'art. 25, comma terzo del D.Lgs. n. 342/1999, il quale aveva

fatta salva la validità e l'efficacia – fino all'entrata in vigore della delibera CICR di cui al comma 2 del medesimo art. 25 – delle clausole anatocistiche stipulate in precedenza.

La pronuncia non si riferisce al meccanismo di adeguamento previsto dalla delibera CICR del 9 febbraio 2000, che ha espressamente sancito all'art. 7 la possibilità di conformare alla nuova normativa i contratti preesistenti entro il 30/6/00, con produzione dei relativi effetti a decorrere dal successivo 1° luglio.

Corte App. Bologna, 18/01/2018 - Pres. De Cristofaro - Est. Santilli

USURA: non è possibile calcolare un TAEG che comprenda anche gli interessi di mora (cd. TEMO)

La sommatoria tra interessi corrispettivi ed interessi moratori, è errata sotto il profilo logico e matematico, perché in tal modo si sommano due entità tra loro eterogenee, che si riferiscono a due basi di calcolo differenti in quanto il tasso corrispettivo si applica al debito capitale residuo, al fine di determinare la quota interessi della rata di ammortamento, mentre il tasso di mora si calcola sulla singola rata di ammortamento, nel caso in cui la stessa non sia pagata alla scadenza.

L'inammissibilità di un cumulo tra le due tipologie di interessi discende inoltre dalla differente natura dei due tassi, giacché l'interesse corrispettivo è espressione della fruttuosità del denaro, mentre quello di mora ha natura risarcitoria per l'inadempimento; posto dunque che tali percentuali si applicano a grandezze diverse, la loro somma condurrebbe ad un risultato privo di significato, che non esprime alcunché.

È infondata la pretesa di determinare un tasso effettivo di mora (cd. TEMO) in quanto la formula per il calcolo del TAEG esprime su base annua l'eguaglianza fra la somma dei valori attualizzati di tutti i prelievi e la somma dei valori attualizzati dei rimborsi e dei pagamenti delle spese collegate all'erogazione del credito, esclusi oneri fiscali, pertanto quando è riferita al momento della pattuizione richiede la conoscenza in via anticipata degli interessi da pagare e ciò non è evidentemente possibile per quelli di mora, dei quali non si conosce ex ante né la base di calcolo, né la durata.

La pretesa, quindi, di calcolare un tasso effettivo di mora al momento della conclusione del contratto di mutuo non solo non ha alcuna base normativa, ma è intrinsecamente impossibile ed assolutamente priva di attendibilità.

Trib. Milano, 11/01/2018 - Giud. Tombesi

Diritto e procedura penale

L'ORGANIZZAZIONE DELL'UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO NEL SISTEMA VIGENTE. IL NUOVO VOLTO DELLE PROCURE DELLA REPUBBLICA A SEGUITO DELLA RISOLUZIONE DEL C.S.M. DEL 16 NOVEMBRE 2017	54
di Sergio Ricchitelli	
L'INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 13 I-BIS C.P. NEI PROCEDIMENTI DAVANTI AL GIUDICE DI PACE. <i>Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite Penale, 28 novembre 2017</i> (<i>ud. 22 giugno 2017</i>) n. 53683	60
di Valeria Rey	
RIMESIONE DEL PROCESSO E GARANZIE EUROPEE. LA RINNOVATA INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DELLA CASSAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. II penale, 14 giugno 2017, n. 35626</i>	71
di Antonio Di Marco	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	80
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	84
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	88
a cura di Giuseppina Marotta	



L'organizzazione dell'ufficio del Pubblico Ministero nel sistema vigente. Il nuovo volto delle Procure della Repubblica a seguito della Risoluzione del C.S.M. del 16 novembre 2017

abstract

This is the first comment to the circular on the «organisation of the Prosecutor's Office» adopted by the Supreme Judicial Council, in plenary on 16 November 2017. You browse, providing some food for thought, the main aspects on which the MSM has decided to intervene and in particular those relating to the relationship between the Chief Prosecutor of the Republic and the magistrates (prosecutors and attorneys added substitutes) employees in the Office of the public prosecutor.

keywords

Prosecutor's Office – Independence of Prosecutor – Constitutional guarantees.

abstract

La presente elaborazione è il primo commento alla circolare sulla «organizzazione delle procure della Repubblica» adottata dal consiglio superiore della magistratura, in seduta plenaria il 16 novembre 2017. Si passano in rassegna, offrendo taluni spunti di riflessione, i principali aspetti sui quali il CSM ha ritenuto di intervenire ed in particolare quelli relativi ai rapporti tra il procuratore capo della Repubblica ed i magistrati (sostituti procuratori e procuratori aggiunti) addetti all'ufficio del pubblico ministero.

parole chiave

Procura della Repubblica – Autonomia ed indipendenza del pubblico ministero – Garanzie costituzionali.

sommario

1. Considerazioni preliminari e lineamenti storici. – **2.** La Risoluzione consiliare del 16 novembre 2017. Linee morfologiche del provvedimento. – **3.** Il Procuratore della Repubblica e i fini della sua azione organizzativa. – **4.** Gli istituti di garanzia interlocutoria. – **4.1** L'assenso. – **4.2** I visti. – **4.3** La revoca del provvedimento. – **5.** Osservazioni conclusive.

1. Osservazioni preliminari e lineamenti storici

Lo statuto del pubblico ministero e l'organizzazione degli uffici di procura hanno subito, nel corso dei decenni – a far data dagli anni '40 del secolo scorso

– in virtù di svariate modifiche processuali ed ordinamentali, una trasformazione che può ben definirsi radicale; trasformazione legante i propri stadi intermedi ai passaggi fondamentali dell'evoluzione dell'intero sistema dei diritti e delle garanzie. L'arco temporale di riferimento coincide col lungo travaglio che ha condotto dal regime totalitario alla piena affermazione delle libertà democratiche sancite dalla Costituzione Repubblicana¹.

In origine la disciplina del pubblico accusatore italiano, delineata nel r. d. nr. 12 del 30 gennaio 1941, era caratterizzata da un assetto organizzativo di tipo gerarchico dell'ufficio requirente e dalla subordinazione dei magistrati inquirenti al guardasigilli².

La dipendenza gerarchica dall'esecutivo vige fino al 1946; con l'entrata in vigore del r.d. 31 maggio 1946, nr. 511 viene modificato il testo dell'art. 69 cit.³.

La norma da ultimo richiamata funge da basamento sul quale s'è poi edificato il criterio guida, recepito dal legislatore costituente del '48, dell'equiparazione, sul piano dell'indipendenza dagli altri poteri statuali, tra il giudice ed il pubblico ministero⁴.

Ciò che accade nei quarant'anni che vanno dal 1948 al 1988 lo si da qui per implicato; la Costituzio-

¹ V. per tutti E. ALBAMONTE, *L'organizzazione dell'ufficio del P.M.*, in *Ordinamento Giudiziario*, a cura di E. Albamonte e P. Filippi, Modelli e Tecniche, presso UTET, Torino, 2009, p. 231 e ss.

² In materia era chiarissimo il disposto dell'articolo 69 del r.d. 12/41 a mente del quale: [...] il pubblico ministero esercita, sotto la direzione del Ministro della giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce [...]. Rileva, altresì, in materia la stesura originaria dell'articolo 71 del provvedimento legislativo da ultimo citato che contemplava la dipendenza gerarchica del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni dal Procuratore generale presso la Corte d'appello; dipendenza rimasta vigente fino al 1989 allorché, con l'entrata in vigore del d.p.r. 449/1988 – il 24 d'ottobre – non se ne è recuperata l'autonomia al sistema ordinamentale.

³ [...] Il pubblico ministero esercita, sotto la vigilanza del Ministro della giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce [...].

⁴ Sul punto cfr. *amplius*, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico istituzionale*. Torino, 1990, p. 165. Cfr. altresì, G. NEPPI MODONA, *Commento all'art. 112 Cost.* in *Commentario Costituzione*, a cura di Branca, tomo IV, - la Magistratura, Bologna, 1987, p. 67

ne Repubblicana, con le sue disposizioni di garanzia per l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, il Consiglio Superiore della magistratura, con le sue Circolari e Risoluzioni attuative degli indicati principi, gli interventi normativi in materia ordinamentale e processuale penale succedutisi nel tempo⁵.

Quel che in questa sede si vuol evidenziare è il portato pratico – operativo dell'ultimo intervento di normazione secondaria promulgato dal C.S.M. il 16 novembre del 2017 in tema d'organizzazione degli uffici requirenti italiani con la «Circolare sulle Procure della Repubblica» che ha delineato il nuovo volto organizzativo degli uffici giudiziari inquirenti valevole per i prossimi anni⁶.

2. La Risoluzione consiliare del 16 novembre 2017.

Linee morfologiche del provvedimento

Il 16 novembre 2017 il plenum del CSM ha approvato, all'unanimità, il testo della nuova circolare sulle procure; l'elaborato è il frutto di oltre due anni di lavoro svolto in seno alla commissione consiliare competente, la VII, e costituisce un sicuro punto d'approdo in materia.

Durante le due sedute di plenum – il 15 ed il 16 novembre '17 – dedicate all'esame della circolare, vi è stato un ampio dibattito che ha registrato interventi adesivi da parte di tutte le componenti togate e laiche, nonché dei componenti di diritto. Il testo originariamente proposto dalla Commissione referente⁷ è stato migliorato attraverso la presentazione di alcuni emendamenti.

L'intervento del CSM nella materia relativa all'organizzazione degli uffici del pubblico ministero ha la finalità di approntare una disciplina generale, chiara ed organica, attuativa dei principi espressi nella normativa primaria⁸ ed in continuità con le direttrici già individuate nelle risoluzioni del CSM del 2007 e del 2009 che hanno fornito un primo significativo contributo di riflessione e di orientamento dopo la riforma del 2006⁹.

⁵ Si pensi, per tutti, alla riforma dell'Ordinamento Giudiziario coeva all'entrata in vigore del Codice di procedura penale del 1988/89 in conformità alla Legge delega del 1987 n. 61 del 16 febbraio.

⁶ Sulle riforme istituzionali di matrice ordinamentale intervenute, vedi, per tutti, *Modelli e Tecniche cit., Ordinamento Giudiziario, leggi, regolamenti e procedimenti*, a cura di E. Albamonte e P. Filippi, presso UTET, Torino, 2009; ivi, G. SANTALUCIA, *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, p. 45 e s.; sul C.S.M. quale vertice dell'organizzazione giudiziaria, v. G. GILARDI, p. 169.

⁷ Per la struttura e le articolazioni consiliari, vedi G. SANTALUCIA, *Modelli e Tecniche* ult. cit.

⁸ *In primis* il d.lgs. nr. 106 del 2006, la cd. riforma Castelli dell'ordinamento giudiziario italiano dal nome del guardasigilli proponente che ha riguardato pressoché tutto il sistema ordinamentale della magistratura.

⁹ La prima delle Risoluzioni richiamate nel testo, del 12 luglio 2007, reca, per l'appunto, Disposizioni in materia d'organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell'entrata in

Sotto il versante, per così dire, morfologico l'intervento consiliare si connota per la codificazione secondaria dei principi di «partecipazione e leale collaborazione» all'interno degli uffici requirenti. La promozione di tali criteri guida, attraversa l'intero testo normativo in tutti i suoi punti qualificanti. Si va dal «Progetto organizzativo» alla figura del «Procuratore aggiunto»; dagli istituti dell'«assenso e del visto» a quello della «revoca delle assegnazioni», fino al «potere di vigilanza dei Procuratori generali».

Su tutto campeggia il richiamo ai Principi generali contenuto nell'art. 1 della Circolare Risoluzione, con precipuo riferimento ai principi costituzionali riferibili alla materia dell'organizzazione degli uffici requirenti, «alla luce dei quali deve essere interpretata ed applicata» la Risoluzione consiliare promulgata con la Circolare in parola¹⁰.

La veste strutturale della Risoluzione in commento è quella dell'articolato normativo; si compone di 25 articoli, il cui ultimo ne fissa l'entrata in vigore immediatamente dopo l'approvazione plenaria. Quindi il testo di normazione secondaria in questione è entrato in vigore il 16 novembre 2017.

Le epigrafi degli articoli 2/24, che costituiscono l'ossatura del provvedimento, lasciano chiaramente intravedere i temi a cui il Consiglio ha voluto apportare i presidi concettuali di maggior pregnanza istituzionale per il sistema. La titolarità e l'organizzazione dell'ufficio requirente, la ragionevole durata del processo e l'azione penale obbligatoria, il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il giusto processo, il Procuratore aggiunto, il vicario, il Progetto organizzativo, vero architrave della riforma del 2006 e speculare ragione dell'intervento consiliare in parola, il procedimento di formazione e controllo del progetto organizzativo e delle relative variazioni, i provvedimenti attuativi, l'assegnazione e la coassegnazione, l'assegnazione di singoli atti, la designazione, l'assenso, i visti, la revoca dell'assegnazione e della designazione, con un sub procedimento di garanzia ed ispirato ai principi di trasparenza particolarmente dettagliato e preciso, la rinuncia all'assegnazione, l'impiego del personale amministrativo e l'uso delle risorse tecnologiche e finanziarie, il progetto organizzativo delle procure generali presso le Corti d'Appello e della procura Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo, l'attività di vigilanza dei Procuratori generali presso la Corte d'appello, le competenze in materia di buone prassi organizzative, l'avocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale, il progetto organizzativo della Procura generale presso la Corte di Cassazione, i criteri organizzativi delle Procure presso i

vigore del d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106; la seconda, più recisamente, è relativa all'organizzazione degli uffici del P.M..

¹⁰ Tra le risoluzioni attuative dei principi indicati nella circolare, merita particolare menzione la Risoluzione in tema di criteri di priorità nella trattazione degli affari penali dell'11 maggio 2016.

Tribunali per i Minori e la norma di rinvio, l'art. 24, a talune delle disposizioni della circolare sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari; nonché alle disposizioni contenute nella circolare in materia di referenti distrettuali per l'informatica e l'innovazione, magistrati di riferimento e Ufficio distrettuale per l'innovazione¹¹.

Questa la mappa del provvedimento di deliberazione consiliare. Qui di seguito passiamo in rassegna gli aspetti salienti della Circolare; quelli che determinano il nuovo volto delle Procure della Repubblica per il millennio in corso.

3. Il Procuratore della Repubblica e i fini della sua azione organizzativa

Il Procuratore della Repubblica è il titolare esclusivo dell'azione penale¹².

Egli la esercita personalmente ovvero mediante assegnazione a uno o più magistrati dell'ufficio. I fini organizzativi dell'azione gestionale del Procuratore della Repubblica, sono indicati nell'articolo 2 del provvedimento in disamina. Conseguire gli obiettivi della ragionevole durata del processo, anche nella fase investigativa, e del corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, nel rispetto delle norme sul giusto processo e sull'indipendenza dei magistrati dell'ufficio, ed ispirandosi a principi di partecipazione e leale collaborazione¹³. I canoni di leale collaborazione trovano preciso riscontro nell'adempimento dell'obbligo funzionale che i magistrati addetti all'ufficio di procura hanno nel fornire i propri contributi in materia d'organizzazione.

Il Procuratore vede, altresì, finalizzata la propria azione all'efficacia ed efficienza dell'attività dell'ufficio. Criteri questi ultimi che si coordinano con quelli di equità e funzionalità che devono caratterizzare anche la distribuzione del lavoro dei magistrati in relazione ai carichi di lavoro.

L'azione gestionale del Procuratore della Repubblica è quindi un'azione teleologicamente orientata al conseguimento di una pluralità d'obiettivi. Il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale e del giusto processo. L'efficacia e l'efficienza dell'attività dell'ufficio. L'equità e la funzionalità nel distribuire i carichi di lavoro tra i magistrati dell'ufficio.

Tali poli finalismi operativo – funzionali vanno compendati nel progetto organizzativo che costituisce il documento programmatico ed organizzativo dell'uf-

ficio, nel quale – redatto con cadenza triennale – il Procuratore della Repubblica indica i criteri d'organizzazione dell'ufficio e d'assegnazione degli affari ai magistrati che lo compongono. Coll'indicato progetto, il Procuratore della Repubblica individua gli obiettivi organizzativi, di repressione criminale e di produttività che l'ufficio intende perseguire, dando conto degli obiettivi che l'ufficio è o meno riuscito a conseguire nel precedente periodo¹⁴.

In buona sostanza, il progetto organizzativo è lo strumento cardine di gestione dell'attività dell'ufficio nel quale alla discrezionalità delle scelte rimesse al Procuratore si accompagna la salvaguardia dei fondamentali valori della prevedibilità, della trasparenza e della verificabilità. Tutte finalità scandite, per il tramite di precise sequenze procedurali funzionali a soddisfare le istanze di partecipazione dei magistrati dell'ufficio, istituzionalizzando il loro preventivo coinvolgimento nell'adozione dell'atto gestionale e l'interlocuzione, nella forma delle osservazioni, successiva all'adozione dell'atto medesimo¹⁵.

La centralità del progetto organizzativo redatto dal Procuratore della Repubblica, la si coglie appieno sol che si ponga mente al disposto di cui all'articolo 9 della «circolare» in esame. A mente della citata disposizione¹⁶ il Procuratore della Repubblica, nell'adozione dei provvedimenti attuativi¹⁷ è tenuto al rispetto, oltre che della normativa primaria e secondaria, dei criteri e delle disposizioni fissate nel progetto organizzativo, salva la ricorrenza di esigenze sopravvenute o non prevedibili, da esplicitare con adeguata motivazione¹⁸.

Il titolare dell'ufficio non deve seguire la procedura della comunicazione – trasmissione, rispettivamente ai magistrati dell'ufficio ed al CSM per il tramite del consiglio giudiziario¹⁹ di riferimento territoriale, tutti i provvedimenti attuativi del proprio progetto generale che adotta; bensì, doverosamente, quelli incidenti sulle assegnazioni dei procedimenti ed ai gruppi di lavoro.²⁰

¹⁴ Per il contenuto obbligatorio del progetto organizzativo, dispone nel dettaglio il comma 4 dell'art. 7 della circolare alle lettere da a) a i); il contenuto eventuale del documento progettuale è indicato nella medesima disposizione alle lettere da l) a p). Il successivo articolo 8 si occupa del procedimento di formazione e controllo del progetto organizzativo e delle relative variazioni.

¹⁵ Tutti meccanismi noti all'organizzazione magistratuale e che adesso trovano la loro sede normativa in forma omogenea e co-gente.

¹⁶ Scritta in tema di «provvedimenti attuativi».

¹⁷ S'intende al progetto organizzativo generale.

¹⁸ La coppia di lemmi finale, in verità, par essere più un ossimoro anziché un sintagma connotato da precisa valenza esplicativa; difatti, rivolgendosi a magistrati richiedere una «motivazione adeguata» pare o un eccesso di normazione o una manifestazione di sfiducia. Una motivazione, per definizione, non può che essere adeguata!].

¹⁹ Organo distrettuale preposto, tra l'altro, all'inoltro con parere degli atti all'organo d'autogoverno dei magistrati.

²⁰ Tutti gli altri provvedimenti attuativi sono trasmessi agli organi di riferimento istituzionale indicati nel testo, solo se ritenuto dal Procuratore ovvero dal magistrato interessato; ancorché la norma

¹¹ Gli articoli 22 e 23, costituiscono un mero adattamento di normazione secondaria ad una prassi acquisita in tema, rispettivamente, di organizzazione della Procura Generale e di clausola di compatibilità applicativa per le Procure minori.

¹² Vedi, in termini, l'art. 1 del d.lgs. n. 106 del 2006; vedi, altresì, l'articolo 112 Cost..

¹³ Vedi, per la proiezione costituzionale di tali disposti, gli articoli 111 Cost. e 101, 107 Cost. D'altra parte, lo vedremo meglio nelle conclusioni, l'intero provvedimento normativo del CSM è permeato d'ispirazione ai paradigmi costituzionali.

Il conferimento di incarichi di coordinamento e collaborazione, anche in campo amministrativo, costituisce una modifica del progetto organizzativo; ne consegue l'operatività, anche per tali ipotesi, del procedimento ordinario di garanzia di cui al su citato articolo 7, in tema di procedimento di formazione e controllo del progetto organizzativo e delle relative variazioni.

4. Gli istituti di garanzia interlocutoria

Vengono in rilievo, sotto l'indicata epigrafe, gli istituti dell'assenso e del visto. Vediamone paritamente.

4.1 L'assenso

Al fine di salvaguardare l'esigenza di speditezza del procedimento²¹, il Procuratore della Repubblica disciplina espressamente le modalità di manifestazione del previsto obbligatorio assenso²² in tema di misure cautelari. Comunque il procedimento di formulazione dell'assenso deve essere definito; come anche le regole per la risoluzione di eventuali contrasti.

Il terzo comma dell'articolo 13 della «circolare procure» sancisce la salvezza degli effetti delle specifiche eventuali previsioni relative al provvedimento di visto²³.

4.2 I Visti

Fuori dei casi d'assenso di cui si è or ora detto, il Procuratore della Repubblica, al fine di garantire il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, può prevedere nel progetto organizzativo che determinati atti o categorie di atti posti in essere dai sostituti siano a lui preventivamente trasmessi per l'apposizione del visto²⁴.

È possibile che in occasione della visione dell'atto da parte del Procuratore si crei un contrasto tra il sostituto procuratore ed il titolare dell'ufficio requirente; all'uopo l'articolo 14, laddove il contrasto si riveli perdurante, apre all'istituto della revoca dell'assegnazione e della designazione.

4.3 La revoca del procedimento

Con la locuzione revoca del procedimento ci si riferisce all'atto col quale viene, dal Procuratore della Repubblica, revocato il procedimento assegnato al ma-

gistrato ovvero quello a cui lo stesso è stato designato per la trattazione.

Occorre, dunque, preliminarmente chiarire i concetti di «assegnazione» e di «designazione»²⁵.

L'assegnazione è l'atto col quale si conferisce al magistrato requirente il potere/dovere di trattare uno o più procedimenti; di talché il magistrato in parola ne diviene assegnatario.

Egli si vedrà conferita la conduzione delle indagini e la determinazione degli esiti finali del procedimento.

L'assegnazione di singoli atti deve essere effettuata nel rispetto della sfera di autonomia funzionale e operativa del magistrato, in modo da non compromettere la dignità delle funzioni dallo stesso esercitate.

La designazione, invece, inerisce le funzioni del pubblico ministero nell'udienza penale; implicando, ai fini di garantire la continuità di trattazione tra la fase delle indagini preliminari e le fasi successive, un preventivo ed opportuno raccordo con la presidenza del Tribunale.

Il magistrato designato svolge le funzioni del pubblico ministero con piena autonomia ed i casi di sostituzione sono quelli espressamente previsti dal sistema²⁶.

Tanto premesso, se il magistrato non si attiene ai principi e ai criteri definiti dal Procuratore in via generale o con l'assegnazione, ovvero insorge tra il ma-

²⁵ Il sistema di normazione secondaria in rassegna tratta, altresì, dell'auto assegnazione e della coassegnazione degli affari. In linea con prassi preesistenti e pressoché generalizzate, per tali due istituti è prevista espressamente la motivazione; anche in questo caso la norma chiosa: adeguata!

²⁶ Oltre che per grave impedimento, per rilevanti esigenze di servizio ed in quelli di cui all'articolo 36 comma 1 lettere a), b), d) ed e) codice di procedura penale che così recita «36. Astensione. 1. Il giudice ha l'obbligo di astenersi: a) se ha interesse nel procedimento o se alcuna delle parti private o un difensore è debitore o creditore di lui, del coniuge o dei figli; b) se è tutore, curatore, procuratore o datore di lavoro di una delle parti private ovvero se il difensore, procuratore o curatore di una di dette parti è prossimo congiunto di lui o del coniuge; c) se ha dato consigli o manifestato il suo parere sull'oggetto del procedimento fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie; d) se vi è inimicizia grave fra lui o un suo prossimo congiunto e una delle parti private; e) se alcuno dei prossimi congiunti di lui o del coniuge è offeso o danneggiato dal reato o parte privata; f) se un prossimo congiunto di lui o del coniuge svolge o ha svolto funzioni di pubblico ministero; g) se si trova in taluna delle situazioni di incompatibilità stabilite dagli articoli 34 e 35 e dalle leggi di ordinamento giudiziario; h) se esistono altre gravi ragioni di convenienza. 2. I motivi di astensione indicati nel comma 1 lettera b) seconda ipotesi e lettera e) o derivanti da incompatibilità per ragioni di coniugio o affinità, sussistono anche dopo l'annullamento, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio. 3. La dichiarazione di astensione è presentata al presidente della corte o del tribunale, che decide con decreto senza formalità di procedura. 4. Sulla dichiarazione di astensione del presidente del tribunale decide il presidente della corte di appello; su quella del presidente della corte di appello decide il presidente della corte di cassazione». Negli altri casi il magistrato può essere sostituito solo col suo consenso.

non specifici affatto il grado d'interesse a cui fa riferimento.

²¹ Ecco, ancora, un'altra finalità operativa di cui è investito il Magistrato titolare dell'ufficio; la stessa si aggiunge alle altre indicate costituendo con esse un sistema teleologico unitario.

²² Nei casi indicati ai commi 1 e 2 dell'articolo 3 del d.lgs. n. 106 del 2006 cit.

²³ O, prosegue la norma codificando un altro istituto d'interlocuzione, «all'adempimento dell'obbligo d'informazione».

²⁴ Il visto ha funzione conoscitiva in ordine all'attuazione, da parte dei sostituti, delle direttive emanate dal Procuratore della Repubblica e favorisce l'interlocuzione nell'ufficio; depono in tal senso il disposto di cui al capoverso dell'articolo 14 «circolare procure».

giurato assegnatario e il Procuratore della Repubblica un contrasto circa le relative modalità d'esercizio, il titolare dell'azione penale, con provvedimento motivato, sentito il magistrato, può revocare l'assegnazione²⁷.

La revoca può intervenire fino a quando il procedimento non risulti definito. Successivamente, il Procuratore della Repubblica, ove intenda designare altro sostituto in deroga ai criteri generali fissati nel progetto organizzativo, provvede con atto motivato²⁸; tuttavia, in caso di regressione procedimentale alla fase delle indagini preliminari, la titolarità del fascicolo relativo all'affare trattato è mantenuta dall'originario assegnatario. Prima di procedere alla revoca, il Procuratore della Repubblica sente il Procuratore Aggiunto, cura la massima interlocuzione possibile col magistrato assegnatario ed esperisce ogni idonea azione volta ad individuare soluzioni condivise.

Il procedimento oggetto di revoca è riassegnato secondo le disposizioni del progetto organizzativo sulle assegnazioni. Entro dieci giorni dalla comunicazione della revoca, il magistrato può presentare osservazioni scritte al Procuratore della Repubblica, che nei successivi cinque giorni le trasmette, unitamente all'atto di revoca ed ad eventuali proprie controdeduzioni, al Consiglio Superiore della Magistratura affinché valuti la sussistenza dei presupposti richiesti, il rispetto delle regole procedurali e la ragionevolezza e congruità della motivazione.

Il Procuratore della Repubblica, qualora ritenga che la trasmissione degli atti pregiudichi le esigenze di segretezza delle indagini, provvede all'inoltro degli atti, nelle forme e nei modi su indicati, non appena le stesse siano venute meno²⁹.

Nei casi di ritenuta insussistenza dei presupposti, di violazione delle regole procedurali o d'incongruità della motivazione, il CSM, nel prendere atto

²⁷ L'assegnazione è, altresì, rinunciabile dal magistrato assegnatario; la facoltà di rinuncia è disciplinata dall'articolo 16 del provvedimento consiliare in commento.

²⁸ Per inciso: qui non è richiesta l'adeguatezza della motivazione; ciò che conforta l'ipotesi d'un eccesso lemme logico adoperato altrove dal normatore secondario.

²⁹ È qui chiaro il riferimento all'articolo 329 del codice di procedura penale, a mente del quale «329. Obbligo del segreto. 1. Gli atti d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari. 2. Quando è necessario per la prosecuzione delle indagini, il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'articolo 114, consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi. In tal caso, gli atti pubblicati sono depositati presso la segreteria del pubblico ministero. 3. Anche quando gli atti non sono più coperti dal segreto a norma del comma 1, il pubblico ministero, in caso di necessità per la prosecuzione delle indagini, può disporre con decreto motivato: a) l'obbligo del segreto per singoli atti, quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza dell'atto può ostacolare le indagini riguardanti altre persone; b) il divieto di pubblicare il contenuto di singoli atti o notizie specifiche relative a determinate operazioni»

del provvedimento, trasmette al Procuratore della Repubblica le relative osservazioni e gli specifici rilievi³⁰.

Dalla disamina compiuta, emergono – *per tabula* – un duplice ordine di esigenze salvaguardate dal reticolo normativo commentato³¹.

Da un lato, la speditezza delle attività di garanzia senza particolari imbrigli burocratici; dall'altro la tutela della «dignità della funzione» del magistrato addetto all'ufficio del pubblico ministero nella sua dimensione costituzionale. Il temperamento di tali esigenze di salvaguardia si rivelerà quale il terreno per valutare la congruità delle opzioni organizzative reggenti l'ufficio giudiziario requirente³².

5. Osservazioni conclusive

I criteri funzionali che ispirano la cd. «circolare procure», adottata in sede plenaria all'unanimità dal plenum del CSM, il 16 novembre 2017, appaiono, a tutta prima, in linea coi principi costituzionali dettati in materia dalla Carta Fondamentale³³.

La «circolare» in rassegna si rivela, altresì, ossequiosa delle previsioni di legge³⁴ e della normativa secondaria vigente in materia³⁵. Orbene, l'intera circolare³⁶ trova la propria forza vivificante nel criterio ermeneutico applicativo scandito in apertura della stessa. Il provvedimento del CSM, deve infatti essere interpre-

³⁰ I provvedimenti adottati dal CSM sono comunicati al Procuratore della Repubblica interessato, al Procuratore generale presso la Corte di cassazione ed al Procuratore generale presso la Corte d'appello e sono inseriti nel fascicolo personale del dirigente anche ai fini delle valutazioni di professionalità e della conferma.

³¹ Le disposizioni che attengono agli istituti che abbiamo definito di garanzia interlocutoria, sono dettate dagli articoli 7/9, per quanto concerne il progetto organizzativo ed il relativo procedimento di formazione e controllo, anche degli atti esecutivi dell'assetto progettuale approntato; dagli articoli 10/16, per quanto concerne gli istituti dell'assegnazione, dell'auto assegnazione, della coassegnazione, della designazione, dell'assenso, dei visti e della revoca e rinuncia dell'assegnazione.]

³² D'altro canto non è estraneo al sistema – anzi è, dalla «circolare del CSM» ribadito – il principio di valorizzazione delle specifiche attitudini dei magistrati.

³³ Vedi, segnatamente, gli articoli 101 seg. Cost. ed in particolare, l'articolo 107 comma 4, ove è sancito il principio delle garanzie del pubblico ministero; nella stessa disposizione, al comma 3, si rinviene, altresì, il principio in virtù del quale il PM, appartenente alla magistratura, si distingue dal giudice, anch'esso appartenente al medesimo ordine, soltanto per diversità di funzioni. Vedi, altresì, il comma 1 dell'articolo 106 Cost., in virtù del quale le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso.

³⁴ *In primis* le norme sull'ordinamento giudiziario; oggi quelle di cui alla riforma cd. Castelli del 2006 ed in particolare, al decreto legislativo nr. 106 del 2006.

³⁵ In primo luogo la normazione consiliare, con precipuo riguardo a quella che prende le mosse con la, già su citata, Risoluzione del 12 luglio 2007.

³⁶ Quindi anche gli aspetti disciplinati dalle disposizioni che qui non sono state oggetto d'attenzione: ad es. l'attività di vigilanza dei Procuratori generali presso la corte d'appello col connesso esercizio del potere d'avocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale, di cui agli articoli 19 e 21 del testo consiliare.

tato ed applicato alla luce degli indicati principi costituzionali e legislativi ordinari, primari e secondari, a cui si è fatto sopra riferimento.

In questi termini viene data ancor più precettività alle disposizioni contenute nel celeberrimo titolo IV della Legge fondamentale della Repubblica in materia di ordinamento giurisdizionale e norme sulla giurisdizione. Tra queste spiccano quelle del giusto processo regolato dalla legge col quale si attua la giurisdizione e l'obbligatorietà dell'azione penale di cui il PM ha la monopolistica custodia. Temi, come si è avuto modo d'osservare in precedenza, che sono ampiamente riproposti nella Risoluzione del 16 novembre 2017 – ragionevole durata del processo e azione penale obbligatoria – divenendo, funzionalmente – corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale e giusto processo – *l'esprit* dell'intero sistema italiano sull'organizzazione delle Procure della Repubblica³⁷.

³⁷ Il testo della circolare approvata il 16 novembre 2017 e la relazione illustrativa, sono agevolmente consultabili nel sito web del CSM; oggi, peraltro, si rinvengono altrettanto agevolmente, con una semplice ricerca in Google.

L'inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. nei procedimenti davanti al Giudice di Pace.

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite Penale, 28 novembre 2017

(ud. 22 giugno 2017) n. 53683

abstract

In this judgment, the Supreme Court resolved a jurisprudence contrast about the possibility to apply art. 131-bis c.p. in the criminal jurisdiction of the justice of the peace. The Court enact the traditional leaning that exclude this possibility. In this procedure is applicable only the art. 34 d.lgs. n. 274/2000.

keywords

Non-punishability of a petty offence - Art. 131-bis c.p. - Art. 34 d.lgs. n. 274/2000 - Criminal jurisdiction of the justice of the peace.

abstract

Nella sentenza in commento, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale in merito all'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. nei procedimenti per reati attribuiti alla competenza del giudice di pace. Il Collegio ha avallato l'orientamento tradizionale che escludeva tale possibilità ritenendo applicabile unicamente la disciplina dettata dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000.

parole chiave

Non punibilità per particolare tenuità del fatto - Art. 131-bis c.p. - Art. 34 d.lgs. n. 274/2000 - Reati devoluti alla competenza del giudice di pace.

Art.131 bis c.p. non estensibile ai reati del Giudice di Pace

La causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-bis c.p., non è applicabile nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace.

Corte di Cassazione, Sezioni unite Penali, sentenza 22 giugno 2017, depositata il 28 novembre 2017, n. 53683
Pres. Canzio, Est. Vessichelli

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1. Il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di Venezia ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza in data 14 luglio 2015, con la quale il Giudice di pace di Verona ha dichiarato P.P. e R.F. non punibili, per la particolare tenuità del fatto-reato ad essi contestato.

L'imputazione aveva ad oggetto la fattispecie contravvenzionale di inosservanza dell'obbligo della istruzione elementare del figlio minore e, in riferimento ad essa, il Giudice di pace aveva ritenuto applicabile la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., introdotta con d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

2. Il giudice affrontava la questione del concorso fra l'istituto generale appena citato, avente natura sostanziale e applicabile anche ai procedimenti pendenti, e quello, molto simile, previsto dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, art. 34, introdotto, a differenza del primo, per i soli reati di competenza del giudice di pace e da reputare altresì, in quanto richiedente il previo assenso della persona offesa, applicabile ai soli casi di procedibilità a querela.

Riteneva integrato un caso di concorso apparente fra la norma codicistica dell'art. 131-bis c.p. e quella del d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34, da risolvere secondo il principio di specialità posto dall'art. 15 c.p.

In tale prospettiva articolava le ragioni per le quali, fra le due, norma speciale dovesse considerarsi quella da ultimo introdotta con l'art. 131-bis c.p., contenente elementi specializzanti rispetto all'altra, quali l'ampliamento del numero dei reati interessati, l'applicazione solo a persone che, di fatto, non siano qualificate come delinquenti abituali, la maggior snellezza dell'istituto non legato al previo consenso della persona offesa, le implicazioni sull'eventuale giudizio civile in tema di danno e, infine, l'iscrizione del procedimento concluso con la detta formula, nel casellario giudiziale.

Il giudice non mancava peraltro di sottolineare la differenza ontologica dei due istituti, integrando, quello previsto dall'art. 34, una condizione di non

procedibilità, ed invece, quello previsto dall'art. 131-*bis* c.p., una causa di non punibilità, da riconoscere a seguito di un esame di merito della vicenda sottoposta a giudizio, estraneo al riconoscimento della causa di non procedibilità.

Nella fattispecie concreta riteneva l'offensività del fatto particolarmente tenue, in ragione della pluralità delle fonti di istruzione non convenzionale oggi disponibili su piattaforme informatiche e del rilievo che la sanzione penale irrogabile non avrebbe superato poche unità di Euro.

3. Il Procuratore generale territoriale ha dedotto, con unico motivo, la erronea applicazione dell'art. 131-*bis* c. p., ritenendolo non operativo nel procedimento speciale dinanzi al giudice di pace, essendo piuttosto applicabile il d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34, il quale regola i casi di definizione di detto procedimento mediante esclusione della procedibilità quando risulta la particolare tenuità del fatto.

4. Con ordinanza del 4 aprile 2017 la Terza Sezione penale, preso atto del contrasto giurisprudenziale sull'argomento, ha disposto la rimessione del ricorso alle Sezioni unite.

5. Con decreto del 2 maggio 2017 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite, fissandone la trattazione per la odierna udienza pubblica.

6. Con memoria depositata in data 6 giugno 2017 l'Avvocato generale presso la Corte di cassazione ha segnalato come la diversità di disciplina dei due istituti sia, da un lato, la naturale conseguenza, e, dall'altro, il riflesso obbligato dei differenti procedimenti in cui essi sono rispettivamente incastonati nonché delle peculiari finalità di ciascuno.

Ricordando, cioè, come il Giudice costituzionale abbia affermato che lo speciale procedimento davanti al giudice di pace presenti caratteri assolutamente peculiari che lo rendono non comparabile con il procedimento davanti al tribunale, con forme alternative di definizione che rispecchiano la finalità di conciliazione tra le parti, l'Avvocato generale ha posto l'accento sul fatto che il primo dei citati procedimenti persegue la finalità di trattare la microconflittualità sociale suscettibile di assumere valenza penale con forme e strumenti mirati e flessibili, i quali attribuiscono un peso speciale all'interesse della persona offesa e al ruolo che le viene assegnato nella procedura.

Considerato in diritto

1. La questione di diritto sottoposta al vaglio delle Sezioni unite è la seguente: "Se la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-*bis* c.p., sia applicabile nei procedimenti relativi ai reati di competenza del giudice di pace".

2. Nella ordinanza di rimessione si evidenzia il contrasto giurisprudenziale insorto sul tema.

2.1. Un primo orientamento ha sostenuto la soluzione della non operatività dell'art. 131-*bis* c.p. nel

procedimento dinanzi al giudice di pace, attribuendo all'art. 34 valore di norma speciale attraverso la quale si manifesta la "finalità conciliativa" che caratterizza la giurisdizione penale del giudice di pace.

Tra le numerose sentenze che hanno condiviso tale opzione, quelle specificamente motivate sono Sez. 5, n. 54173 del 28/11/2016, Piazza, Rv. 268754; Sez. 5, n. 55039 del 20/10/2016, Sawires, Rv. 268865; Sez. 5, n. 47518 del 15/09/2016, Bruno, Rv. 268452; Sez. 7, n. 1510 del 04/12/2015, dep. 2016, Bellomo, Rv. 265491; Sez. F, n. 38876 del 20/08/2015, Morreale, Rv. 264700; Sez. 4, n. 31920 del 14/07/2015, Marzola, Rv. 264420.

Tale giurisprudenza evidenzia gli elementi differenziali fra le fattispecie in questione, rappresentati dal limite di pena edittale previsto per il solo art. 131-*bis* c.p.

ed altresì da quelli che si aggiungono, in termini non sovrapponibili, per l'una e per l'altra ipotesi, al nucleo comune rappresentato dall'accertamento giudiziale della fattispecie concreta.

In particolare, soltanto dall'art. 34 è richiesta la valutazione di interessi individuali (grado di colpevolezza, occasionalità del fatto nonché pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può arrecare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato) in conflitto con l'istanza punitiva.

L'art. 131-*bis* c.p., per contro, contiene nei commi 2 e 3 la previsione di criteri volti a delimitare la nozione di "particolare tenuità del fatto" e quella, di carattere ostativo, di "abitudine del comportamento".

Ma soprattutto viene posta in risalto la differenza rappresentata dal ruolo della persona offesa nel perfezionamento della fattispecie: soltanto la disciplina dell'art. 34 attribuisce a quest'ultima una "facoltà inhibitoria" ricollegabile alla valutazione del Legislatore circa la natura eminentemente conciliativa della giurisdizione di pace, posta in risalto anche da sez. un., n. 43264 del 16/07/2015, Steger, e dalla giurisprudenza costituzionale (ordinanze. n. 64 del 2009; n. 27 del 2007; n. 228 del 2005; nn. 349, 201, 57, 56, 55, 11, 10 del 2004; n. 231 del 2003).

Inoltre, le sentenze in questione escludono che tra le due discipline vi sia incompatibilità tale da giustificare la tesi di un'abrogazione tacita per opera del sopravvenuto art. 131-*bis* c.p., ravvisando piuttosto un rapporto di specialità che troverebbe soluzione nella regola dell'art. 16 c.p., con favore cioè per la norma speciale posta dall'art. 34.

2.2. L'opposto orientamento, pure implicitamente alla base di molte sentenze delle sezioni semplici, è stato argomentatamente sostenuto da Sez. 5, n. 28737 del 09/06/2017, M., non mass.; Sez. 5, n. 24768 del 06/05/2017, Acotto, non mass.; Sez. 5, n. 15579 del 13/01/2017, Bianchi, Rv. 269424; Sez. 5, n. 9713 del 12/01/2017, Rubiano, Rv. 269452; Sez. 2, n. 1906

del 20/12/2016, dep. 2017, Barranco, non mass.; Sez. 4, n. 40699 del 19/04/2016, Colangelo, Rv. 267709.

Tali sentenze, pur prendendo le mosse dallo stesso rilievo dell'orientamento precedente riguardo alla differenza che connota gli istituti in esame, pervengono alla soluzione opposta. E cioè, dopo avere ribadito sotto qualsiasi profilo il concorso apparente fra le due norme, da sciogliere mediante ricorso al principio di specialità, segnalano l'irragionevolezza della esclusione dell'art. 131-*bis* c.p. proprio in relazione a fatti di minima offensività, quali sono quelli di competenza del giudice di pace, oltre che la elusione delle finalità deflative perseguite con la riforma del 2015 che ha dato vita alla nuova causa di esclusione della punibilità.

Ma soprattutto, in punto di diritto, l'orientamento in questione fa leva sulla natura sostanziale del nuovo istituto, richiamandosi espressamente alla sentenza sez. un., n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266593, la quale su tale base ha sviluppato e argomentato la conclusione della applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ai procedimenti pendenti al momento di entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015, esaltando gli effetti di maggior favore della nuova causa di non punibilità. Un precetto che il principio posto dall'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), come interpretato dalla Corte di Strasburgo, imporrebbe di applicare anche retroattivamente, come del resto previsto anche dall'art. 2 c.p., comma 4, con il solo ostacolo del giudicato.

In conclusione, per tale orientamento, non diversamente che per il precedente, i due istituti presentano profili di assoluta diversità. Ma proprio tale connotato è quello che consentirebbe di ravvisare ambiti di applicazione separati e concorrenti, potendo il giudice di pace o quello comunque competente su tali reati, trovarsi a constatare l'assenza dei requisiti specifici e più stringenti previsti per l'operatività dell'art. 34 (occasionalità della condotta; astensione della persona offesa dall'esercizio del diritto di opporsi), ed invece la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.

Non osterebbe a tale conclusione il "principio di specialità" dal momento che le due norme non si trovano in rapporto di genere a specie.

D'altra parte, si segnala l'erroneità del riferimento al d.lgs. n. 274 del 2000, art. 2, che riguarda la relazione fra le norme del codice di procedura penale e le norme processuali dello speciale rito dinanzi al giudice di pace.

Non consta neppure una presa di posizione esplicita da parte del Legislatore dovendosi, semmai, tenere conto del fatto che, durante i lavori preparatori del decreto legislativo, lo specifico invito della Commissione Giustizia a introdurre nello schema di decreto legislativo un coordinamento fra le due discipline in questione fu declinato osservando che la legge-delega non lo richiedeva.

Certamente, l'intento del Legislatore delegante di tenere compresenti nell'ordinamento le fattispecie di irrilevanza per particolare tenuità del fatto, come previste nel processo comune con finalità deflativa e, nel processo dinanzi al giudice di pace, conciliativa, avrebbe potuto assumere una veste normativa espressa, come del resto sollecitato dalla Commissione Giustizia della Camera, in sede di redazione del proprio parere, laddove era stata avvertita l'opportunità di coordinare i due istituti sulla particolare tenuità del fatto: una sollecitazione, però, non osservata per ragioni attinenti alle tecniche di redazione della legge-delega.

3.3. Resta, in conclusione, il rilievo che il differente ruolo assegnato, nelle procedure in esame, alla persona offesa, rappresenta uno dei più significativi, sebbene non l'unico elemento di differenziazione fra le discipline contenute negli artt. 131-*bis* c.p. e d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34, essendo da rimarcare che quest'ultimo pretende, fra gli altri, anche il requisito della "occasionalità" del fatto e il criterio dell'eventuale pregiudizio che l'ulteriore decorso del procedimento possa recare alle esigenze dell'indagato o dell'imputato come descritte dalla norma.

La centralità dell'attribuzione del potere di veto alla persona offesa, contemplata solo nello speciale procedimento dinanzi al giudice di pace, si comprende rievocando la finalità conciliativa di esso, più volte sottolineata anche dalla giurisprudenza costituzionale come il principale obiettivo della giurisdizione penale garantita attraverso tale organo di giustizia (tra le molte, ord. n. 245 del 2014; sent. n. 47 del 2014; ord. n. 349 del 2004).

Da ultimo anche l'ord. n. 50 del 2016 del Giudice delle leggi, chiaramente in linea con i precedenti (in essa sono richiamate le sentenze n. 64 del 2009 e n. 298 del 2008; le ordinanze n. 56 e n. 32 del 2010, e n. 28 del 2007), nell'escludere l'irragionevolezza del sistema speciale che non annovera tra le formule terminative del processo quella del patteggiamento, ha osservato "come il procedimento davanti al giudice di pace presenti caratteri assolutamente peculiari, che lo rendono non comparabile con il procedimento davanti al tribunale, e comunque tali da giustificare sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario; il d.lgs. n. 274 del 2000 contempla, infatti, forme alternative di definizione, non previste dal codice di procedura penale, le quali si innestano in un procedimento connotato, già di per sé, da un'accentuata semplificazione e concernente reati di minore gravità, con un apparato sanzionatorio del tutto autonomo: procedimento nel quale il giudice deve inoltre favorire la conciliazione tra le parti (art. 2 c.p., comma 2, e art. 29 c.p., commi 4 e 5), e in cui la citazione a giudizio può avvenire anche su ricorso della persona offesa (art. 21 c.p.)".

4. Poste tali premesse, deve darsi atto che la sostanziale diversità di regolamentazione dei due istituti in esame, sia pure entrambi volti a disciplinare il fenome-

no giuridico della irrilevanza penale del fatto in ragione della sua particolare tenuità, non chiama in campo automaticamente – e, cioè, in senso difforme rispetto quanto sostenuto dall’orientamento qui disatteso – nè il principio di specialità come criterio di risoluzione del concorso apparente fra due discipline riguardanti lo stesso oggetto, nè il principio della necessaria operatività, anche nel procedimento dinanzi al giudice di pace, del precetto introdotto dal Legislatore del 2015 con riferimento al processo comune, inteso come *lex-mitior* soggetta alla disciplina intertemporale di cui all’art. 2 c.p.

4.1. Sotto il primo profilo, ritengono le Sezioni unite che la ricerca della eventuale esistenza di un rapporto di specialità nei sensi di cui all’art. 15 c.p. – per come intesa tradizionalmente dalla giurisprudenza di legittimità – e quindi la individuazione di un nucleo comune presente in entrambe le discipline in questione, con aggiunta di uno o più elementi specializzanti in assenza dei quali la norma speciale torni ad essere integralmente sostituibile dalla norma generale, non sia l’operazione ermeneutica in grado di dare una risposta soddisfacente ed una chiave di lettura utile al rapporto fra il d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34 e l’art. 131-*bis* c.p.

È da escludere infatti che tra l’art. 34 e l’art. 131-*bis* c.p. sia ravvisabile un rapporto di tal fatta, essendo, ognuno dei due precetti, portatore di elementi specializzanti che valgono, semmai, a qualificarlo come rapporto di “interferenza”; d’altra parte, neanche il ricorso alla nozione di “specialità reciproca” fornirebbe un criterio risolutivo per il superamento di un ipotetico concorso apparente di norme, tenuto conto che essa non risulta elaborata, dalla giurisprudenza, per la selezione della fattispecie da far prevalere sull’altra ma per sostenerne la coesistenza.

Piuttosto, l’art. 16 c.p. mostra che si debba applicare il principio generale di espansività delle disposizioni codicistiche alle materie regolate da altre leggi penali – cioè quelle speciali, come recita la rubrica della norma – con l’espreso limite derivante dal fatto che queste ultime, sulle stesse materie, abbiano già stabilito altrimenti: un limite che ha la natura di una clausola di salvaguardia della disciplina speciale, complessivamente richiamata.

Il rapporto da istituire, per verificare l’operatività in concreto di tale limite, è cioè quello che riguarda non già singoli precetti che compongono l’intero disegno del procedimento o della legge speciale, bensì quegli stessi istituti nel ruolo e nella funzione che svolgono all’interno del sistema di riferimento.

In altri termini, posto che al decreto in materia di processo penale dinanzi al giudice di pace si addice il carattere di “legge penale speciale” ai sensi e per gli effetti dell’art. 16 c.p., la ricerca dell’interprete a fronte dell’introduzione di un nuovo modello normativo – quale l’art. 131-*bis* c.p. –, avente ad oggetto la stes-

sa materia già regolata in modo completo dall’art. 34 del detto decreto, non può limitarsi al raffronto fra quest’ultimo e il precetto successivo, ma deve elevare il proprio orizzonte fino a verificare se la legge penale speciale nel suo complesso non contenesse già un’autonoma disciplina della materia, mirata rispetto alle finalità del procedimento e tale perciò da precludere, a priori, l’operazione del confronto fra singole leggi o disposizioni sulla stessa materia, espressamente disciplinata dall’art. 15 c.p., con riferimento al rapporto fra più leggi penali.

Quella da ritenere prescritta è invero una operazione ermeneutica prevista dal codice penale, per le discipline sostanziali, i cui principi ispiratori sembrano, oltretutto, evocare indirettamente quelli cui si è rifatto il Legislatore delegato del 2000 con riferimento alla sola disciplina processuale, prevedendo, tra i principi generali del procedimento davanti al giudice di pace (art. 2 c.p.), che anche le norme del codice di rito dovessero operare per esso – salvo le espresse eccezioni formulate – in quanto applicabili.

Ma, soprattutto, incide, ai fini della individuazione della soluzione da adottare, l’attività interpretativa sollecitata dalla Corte costituzionale la quale, nella ord. n. 47 del 2014 – con cui è stata riconosciuta la compatibilità costituzionale della norma (art. 60) sulla esclusione della sospensione condizionale in relazione alle pene per reati di competenza del giudice di pace ha posto in evidenza come il precetto in esame non potesse essere valutato isolatamente, anche solo nell’ottica della delineazione di eventuali ingiustificate disparità di trattamento ai sensi dell’art. 3 Cost., senza cioè tenere conto delle connotazioni complessive del “microcosmo punitivo” in cui si inserisce e da cui ripete la propria giustificazione. Con la conseguenza che non è dato tentare di istituire una correlazione tra singole componenti della costellazione punitiva, sostanziale e processuale, del giudice di pace, isolatamente considerate, quanto piuttosto è doveroso valutarle in ragione del loro inserimento in un sistema diversamente strutturato nel suo complesso, quale, appunto, quello dinanzi al giudice di pace.

Il criterio della tendenziale osmosi fra il procedimento comune e quello dinanzi al giudice di pace, con il limite però della concreta “applicabilità” delle norme dell’uno nel perimetro dell’altro e viceversa, è quello ribadito anche nel d.lgs. n. 274 del 2000, art. 63, ove è previsto che, quando i reati di competenza del giudice di pace siano giudicati da un giudice diverso, anche dinanzi a questo si applicano una serie di norme attinenti agli epiloghi decisori tipici dello speciale procedimento, “in quanto applicabili”.

In tale prospettiva, il precetto sulla esclusione della sospensione condizionale della pena contenuto nel d.lgs. n. 274 del 2000, art. 60 per i reati di competenza del giudice di pace, viene ordinariamente interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, con riferimento al

caso in cui il reato in questione sia giudicato da giudice diverso, nel senso che vale la medesima esclusione, a meno che il giudizio non abbia ad oggetto anche altri reati che non siano di competenza del giudice di pace e che, per connessione, abbiano attratto dinanzi al diverso giudice, il reato del giudice di pace (Sez. 5, n. 3198 del 28/09/2012, dep. 2013, Gentili, Rv. 254382; conforme, Sez. 5, n. 13807 del 21/02/2007, Meoli, Rv. 236529).

In questa ultima ipotesi, infatti, come chiarito da Sez. 4, n. 41702 del 20/09/2004, Nuciforo, Rv. 230274, si rileva la improponibilità di una tesi rigorista che pretenda di far prevalere il regime processuale del reato meno grave su quello di competenza del tribunale o della corte di assise che ha determinato la connessione. Altrimenti detto, si rappresenta una causa di non adattabilità e non congruenza in concreto del precetto ideato per il procedimento dinanzi al giudice di pace, con le regole del processo ordinario.

Allo stesso modo, ancora nell'art. 63, si enuncia il medesimo criterio con riferimento ad istituti come quello in esame (d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34, unitamente a quelli ex artt. 33, 35, 43 e 44) cogenti per il giudice diverso solo, come già rilevato, "in quanto applicabili". Con il che viene a chiarirsi che dinanzi al giudice diverso che giudichi per connessione il reato astrattamente di competenza del giudice di pace, è operativa la speciale causa di non punibilità di cui all'art. 34 con i suoi presupposti e requisiti, a meno che per il reato attraente non risulti applicabile l'art. 131-*bis* c.p., in tale caso operando la norma in questione per tutti i reati giudicati mentre nei confronti dell'art. 34 rimane integra la "causa di non applicabilità" in concreto.

La salvaguardia dell'autonomia dei connotati specializzanti del procedimento penale dinanzi al giudice di pace, d'altra parte, sembra indirettamente confermata anche dal più recente intervento legislativo del 2017 (L. 23 giugno 2017, n. 103, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario") laddove è stata prevista, per il codice penale, una nuova disciplina dell'istituto della estinzione del reato per condotte riparatorie, evocativo di quello disciplinato dal d.lgs. n. 274 del 2000, art. 35. Una novella che, pur preceduta dall'ampio dibattito, di cui qui si è dato atto, sulla opportunità del coordinamento fra norme del codice penale o di procedura penale e quelle operative dinanzi al giudice di pace in possibile conflitto tra loro, ha mantenuto sul punto un silenzio che si presta ad essere interpretato come conferma della volontà di tenere distinti i due ambiti giuridici.

4.2. Sotto l'ulteriore profilo – invero centrale nella argomentazione della giurisprudenza che qui si disattende – della natura sostanziale del nuovo istituto nonché della conseguente attitudine a soggiacere alla disciplina intertemporale prevista in particolare

dall'art. 2 c.p., comma 4, con obbligo di operatività in quanto *lex mitior*, va poi rimarcato che si tratta di osservazione, in sè, sicuramente da ribadire, a conferma di quanto sul punto già osservato dalla sentenza, sopra citata, delle sez.un., n. 13681 del 25/02/2016, Tushaj, Rv. 266593. Tuttavia essa non comporta, quale necessario corollario, la cedevolezza delle ragioni fin qui esposte.

Le caratteristiche proprie del novello istituto potrebbero venire in considerazione nei sensi anzidetti, infatti, solo se si superassero le obiezioni mosse alla possibilità di costruire il rapporto fra l'art. 34 e l'art. 131-*bis* c.p. come concorso (apparente) fra norme in rapporto di specialità oppure se si ammettesse la eventualità di una "convivenza" operativa, per i reati di competenza del giudice di pace, tra l'istituto previsto per il processo comune e quello specifico plasmato per il procedimento penale dinanzi a tale organo di giustizia; non anche nella diversa ipotesi, che è quella fatta propria dalle Sezioni unite, che quest'ultimo rimane insensibile alle discipline presenti o introdotte nei codici, che abbiano ad oggetto materie già regolamentate dal d.lgs. n. 274 del 2000.

Va ribadito che, da un lato, come dottrina e giurisprudenza concordemente riconoscono, è da escludere che tra l'art. 34 e l'art. 131-*bis* c.p. possa configurarsi un rapporto di genere a specie per la sostanziale diversità dei presupposti e degli effetti riconducibili ai due istituti, con l'ulteriore corollario che non viene in considerazione neppure il tema della possibile abrogazione tacita del primo ad opera del secondo, ai sensi dell'art. 15 preleggi. Infatti, il requisito fondante di tale precetto, e cioè la incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti, è negato in radice proprio dai tratti differenziali delle due fattispecie, che invece non impediscono, in linea di principio, la convivenza di esse nell'ordinamento.

Per converso, la considerazione dell'art. 34 non in sè, ma come elemento del complesso sistema previsto per la trattazione della materia penale dinanzi al giudice di pace, obbliga – per quanto concerne la soluzione del problema riguardante tale ambito giurisdizionale – a porre in rapporto con quest'ultimo il *novum* normativo che si propone in apparente conflitto e a ragionare in termini non di compatibilità/incompatibilità fra istituti ma di "concreta applicabilità" all'interno del sistema speciale, come previsto dall'art. 16 c.p. che infatti tutela la integrità di tale sistema quando la materia su cui ha innovato la norma codicistica risulti già "coperta" da una disciplina ad hoc, anche funzionalmente orientata.

Per tale ragione ritengono le Sezioni unite che gli argomenti spesi da parte della giurisprudenza e della dottrina, correlati alla natura sostanziale del nuovo istituto e ai suoi peculiari connotati di "legge sostanziale sopravvenuta più favorevole", non possano dispiegare effetti nello specifico ambito che qui in-

teressa, ove al dato della impossibilità di far operare la causa di proscioglimento di cui all'art. 131-*bis* c.p. – seppure in relazione a reati di minima gravità quali quelli selezionati per il giudizio dinanzi al giudice di pace – fanno da contrappeso e da bilanciamento altri valori di pari dignità. Anche, cioè, nell'ottica del rispetto del valore costituzionale della uguaglianza di trattamento a fronte di posizioni equiparabili, deve ritenersi decisivo il rilievo che si è fatto luogo alla costruzione di un procedimento speciale per il quale sono previsti specifici epiloghi decisori, modulati in termini tali da porre il giudice in una ottica operativa volta a realizzare la conciliazione delle parti – quando una persona offesa è individuabile – antecedentemente alla conclusione del processo (sarebbe questo, peraltro, un tratto non differenziale essendo, lo stesso intento conciliativo, previsto anche in sede di processo ordinario dinanzi al giudice monocratico, dall'art. 555 c.p.p., comma 3).

In più, tale finalità è rafforzata con la previsione (d.lgs. n. 274 del 2000, art. 34, comma 3) di un potere potestativo della persona offesa, riferito ai reati perseguibili a querela, idoneo a precludere la conclusione del processo per minima offensività del fatto, accompagnato dalla previsione (art. 35) che le condotte riparatorie o risarcitorie dell'imputato siano atte a determinare l'estinzione del reato. Il tutto, nella prospettiva che al mancato raggiungimento dell'obiettivo della ricomposizione sociale segua l'affermazione di un diritto penale mite, non soggetto a sospensione di esecuzione ma caratterizzato dall'abbandono delle pene detentive.

4.3. Nè a diversa conclusione conduce il rilievo che per effetto del d.lgs. n. 28 del 2015 si è registrata la variazione di taluni precetti processuali applicabili anche al giudice di pace (quali l'art. 411 e l'art. 469 cod. proc. pen.), recanti ora esplicitamente la menzione dell'art. 131-*bis* c.p.

Non vi è ragione per non ritenere, in coerenza con quanto sopra evidenziato sulla tendenziale autonomia del procedimento penale per il giudice di pace, che, ad esempio, il rinvio operato all'art. 411 c.p.p. dal d.lgs. n. 274 del 2000, art. 17, in tema di archiviazione richiedibile dal pubblico ministero presso il giudice di pace, sia di tipo "fisso", e cioè da ricondurre al testo dell'art. 411 c.p.p. in essere al momento della entrata in vigore del decreto sul giudice di pace.

Tesi, questa, avvalorata dal rilievo che nell'art. 17, assieme al richiamo dell'art. 411 c.p.p., vi è quello all'art. 34, commi 1 e 2, del decreto stesso, con ciò mostrando il Legislatore che la evocazione dei casi generali di archiviazione non avrebbe potuto ulteriormente estendersi su un terreno già coperto dalla menzione della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 34.

5. In conclusione, va affermato il seguente principio di diritto: "La causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131-

bis c.p., non è applicabile nei procedimenti relativi a reati di competenza del giudice di pace".

6. La decisione adottata comporta, in accoglimento del ricorso del Procuratore generale, l'annullamento della sentenza impugnata che ha disatteso il principio di diritto qui enunciato, con l'effetto che il Giudice di pace di Verona, in diversa composizione, sarà tenuto alla celebrazione del giudizio.

(*Omissis*)

*** *Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – 1. Il caso controverso. – 2. Gli orientamenti che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale. – 2.1. L'orientamento maggioritario. – 2.2. L'orientamento minoritario. – 3. La soluzione fornita dalle Sezioni unite. – 4. Profili di legittimità costituzionale.

Premessa

Fin dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2015 si è posto il problema del rapporto della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p. con gli istituti affini previsti dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 per i reati devoluti alla competenza del giudice di pace e dall'art. 27 d.P.R. n. 488/1988 per reati commessi da minorenni.

Lo specifico tema del coordinamento tra la fattispecie codicistica e quella dettata per i procedimenti davanti al giudice di pace, su sollecitazione della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, era stato, peraltro, oggetto del dibattito parlamentare, all'esito del quale tuttavia si era deciso di non disciplinare la materia, in quanto si sarebbe trattato di un'attività estranea alle indicazioni della legge delega.

La dottrina¹ e le prime pronunce giurisprudenziali² hanno affrontato la questione evidenziando innanzitutto le differenze riscontrabili tra l'istituto previsto dall'art. 131-*bis* c.p. e quello di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000. Un primo elemento di diversità sussiste già sul piano ontologico: mentre la fattispecie codicistica è una causa di non punibilità ed ha dunque natura sostanziale, l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 è invece una condizione di procedibilità ed è pertanto un istituto di natura processuale. Le due fattispecie presentano poi molteplici differenze anche sul piano strutturale, in quanto l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 non solo non prevede alcuna limitazione *quoad poenam*, ma indivi-

¹ POMANTI, *La clausola di particolare tenuità del fatto*, in *Arch. Pen.*, 2015, 2; DE GASPERIS, *La presunta incompatibilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento dinanzi al Giudice di Pace*, in *Cass. Pen.*, fasc.5, 2017, p. 1920.

² Cass., sez. VI, 14 luglio 2015, n. 31920, in *Riv. pen.* 2015, 10, 873.

dua presupposti applicativi differenti rispetto a quelli richiesti dall'art. 131-*bis* c.p.

I reati di competenza del giudice di pace, infatti, possono essere dichiarati improcedibili per particolare tenuità del fatto quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che né è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'azione penale, tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può arrecare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato. L'art. 131-*bis* c.p., invece, dispone che: «Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale». Le nozioni di particolare tenuità del fatto e di abitualità del comportamento sono poi precisate dai commi 2 e 3, i quali stabiliscono che: «L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abiecti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona» (comma 2) e che «Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate» (comma 3).

La differenza più rilevante è comunque costituita dal diverso ruolo attribuito alla vittima del reato: ai fini dell'operatività dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 è infatti richiesto il consenso della persona offesa, che attraverso la sua opposizione può esercitare un vero e proprio "potere di veto".

Valorizzando in maniera differente i tratti peculiari delle due fattispecie in esame, la giurisprudenza è giunta a risultati diametralmente opposti in merito alla possibilità di applicare l'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti dinnanzi al giudice di pace. A fianco di un primo orientamento che, ricostruendo i rapporti tra i due istituti in termini di specialità, ha ritenuto speciale e quindi applicabile in via esclusiva l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, si è sviluppato un secondo e più recente indirizzo che, sottolineando i profili di diversità, è pervenuto alla conclusione che le due fattispecie abbiano ambiti di applicazione separati e concorrenti e che, pertanto, non vi siano ostacoli all'applicazione

dell'art. 131-*bis* c.p. anche ai reati di competenza del giudice di pace.

Preso atto di tale contrasto, la Terza Sezione della Cassazione Penale con l'ordinanza del 4 aprile 2017 n. 20245³ ha rimesso la questione alla Sezioni unite.

1. Il caso controverso

La sentenza di merito che ha dato luogo all'intervento delle Sezioni unite riguardava un caso di inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare dei figli minori. Il Giudice di Pace di Verona aveva dichiarato non punibili i genitori ritenendo applicabile l'art. 131-*bis* c.p.

Il giudice di primo grado aveva ritenuto configurabile la predetta soluzione ritenendo chela fattispecie codicistica e l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, oltre ad essere ontologicamente diversi – condizione di procedibilità l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 e causa di non punibilità l'131-*bis* c.p. – integrassero un'ipotesi di concorso apparente di norme, da risolversi facendo applicazione del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. All'esito di detto raffronto aveva reputato speciale la norma codicistica, in quanto contenente molteplici elementi specializzanti, quali l'ampliamento del numero di reati interessati, l'applicazione a tutte le persone che, di fatto, non siano qualificate come delinquenti abituali, la maggiore snellezza dell'istituto non legato al previo consenso della persona offesa, le implicazioni sull'eventuale giudizio civile in materia di danno e, infine, l'iscrizione del procedimento concluso con detta formula all'interno del casellario giudiziale.

Su tali basi aveva ritenuto che l'offensività del fatto concreto sottoposto al suo giudizio fosse di particolare tenuità, in ragione dell'esistenza di una pluralità di fonti di informazione non convenzionale oggi disponibili sulle piattaforme informatiche e dell'assoluta lievità della sanzione penale pecuniaria che avrebbe potuto essere irrogata.

La predetta sentenza era stata impugnata dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Venezia, che aveva sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti dinnanzi al Giudice di Pace.

2. Gli orientamenti che hanno dato origine al contrasto giurisprudenziale

2.1. L'orientamento maggioritario

La prevalente giurisprudenza di legittimità si è espressa nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti innanzi al giudice di pace, ritenendo che in tale sede possa trovare applicazione esclusivamente la fattispecie prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000⁴.

³ Cass., Sez. III, 4 aprile 2017 n. 20245 (ord.), in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* con nota di CELOTTO.

⁴ Cass., Sez. V, 18 novembre 2016, n. 54173, in *CED Cass. Pen.* 2017; Cass., Sez. V, 20 ottobre 2016, n. 55039, in *CED Cass. pen.* 2017; Cass. 15 settembre 2016, n. 47518, in *CED Cass. pen.*

Tale orientamento, dopo aver valorizzato la diversità ontologica e i differenti presupposti applicativi dei due istituti, risolve la questione del rapporto tra le due fattispecie attraverso una lettura combinata degli artt. 16 c.p. e 2 d.lgs. n. 274/2000. L'art. 16 c.p., norma destinata a disciplinare i rapporti tra codice penale e altre leggi penali, sancisce che le disposizioni del codice si applicano anche alle materie regolate da altre leggi penali, in quanto non sia da queste stabilito altrimenti. L'art. 2 d.lgs. n. 274/2000 stabilisce, invece, che nei procedimenti davanti al giudice penale, per tutto ciò che non è specificamente previsto dal decreto in esame, si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale e nelle norme di attuazione e di coordinamento al codice di rito, salve le eccezioni specificamente previste. Queste norme consentono di qualificare l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 come norma speciale, destinata a regolamentare le conseguenze della commissione di un fatto-reato di particolare tenuità nel contesto peculiare della giurisdizione del giudice di pace, caratterizzata fortemente dalla finalità di raggiungere la conciliazione delle parti.

Le sentenze in questione sottolineano, inoltre, che tra le due fattispecie non si è venuta a creare una situazione di incompatibilità tale da giustificare un'abrogazione tacita dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 ad opera del d.lgs. n. 28/2015.

2.2. L'orientamento minoritario

L'orientamento favorevole all'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti davanti al giudice di pace⁵ evidenzia, invece, che le due norme hanno struttura e ambito di applicazione non coincidenti. L'art. 131-*bis* c.p., infatti, prevede una causa di esclusione della punibilità allorché, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa all'interesse protetto dalla norma sia di particolare tenuità. L'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, invece, contempla una causa di esclusione della procedibilità quanto il fatto – valutato nella sua componente oggettiva (esiguità del danno o del pericolo) e soggettiva (occasionalità della condotta e grado della colpevolezza) – sia di particolare tenuità. Valorizzando tali differenze, a parere del predetto indirizzo interpretativo, non è possibile ritenere esistente un rapporto da genere a specie

2017; Cass., Sez. V, 14 luglio 2016, n. 45996, in *Cass. Pen.* 2017, 5, 1917, con nota di DE GASPERIS; Cass., Sez. V, 1 giugno 2016, n. 26854, in *CED Cass. Pen.* 2016; Cass., Sez. VII, 4 dicembre 2015, n. 1510 (ord.), in *CED Cass. Pen.* 2016; Cass., Sez. Fer., 20 agosto 2015, n. 38876, in *CED Cass. Pen.* 2015; Cass., Sez. VI, 14 luglio 2015, n. 31920, *cit.*

⁵ Cass., Sez. V, 13 gennaio 2017, n. 15579, in *CED Cass. Pen.*, 2017; Cass., Sez. V, 12 gennaio 2017, n. 9713, in *CED Cass. Pen.*, 2017; Cass., Sez. IV, 19 aprile 2016, n. 40699, in *Guida al diritto* 2017, 4, 78; Cass., Sez. V, 9 giugno 2017, n. 28737 (non massimata); Cass., Sez. V, 6 maggio 2017, n. 24768 (non massimata); Cass., Sez. II, 20 dicembre 2016, n. 1906 (non massimata).

tra i due istituti.

Rispetto alla causa di improcedibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, l'art. 131-*bis* c.p. detta poi una disciplina più favorevole. L'operatività dell'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 è infatti subordinata a condizioni più stringenti rispetto a quelle richieste dalla norma codicistica, potendo trovare applicazione solamente nei casi in cui la condotta risulti essere occasionale e soprattutto non via sia un'opposizione da parte della persona offesa.

Oltre a queste differenze, che rendono possibile ritenere coesistenti le due fattispecie, le sentenze che aderiscono al predetto orientamento sottolineano altresì l'assenza di una disposizione normativa che avalli la tesi negativa. Anche il richiamo all'art. 2 del d.lgs. n. 274/2000 non consente di pervenire ad una simile conclusione in quanto si riferisce alle norme di procedura e non agli istituti sostanziali. Né indicazioni in tal senso possono essere desunte dal parere espresso dalla Commissione Giustizia sullo schema di decreto legislativo n. 28 del 2015, ove si invitava il Governo a valutare "l'opportunità di coordinare la disciplina della particolare tenuità del fatto prevista dal d.lgs. 28 ottobre 2000, n. 274, art. 34, in riferimento ai reati del giudice di pace, con la disciplina prevista dal provvedimento in esame" e dal fatto che la sollecitazione suddetta non fu accolta. Tale determinazione, infatti, è stata adottata per il solo fatto che il coordinamento tra le due è stato ritenuto estraneo alle indicazioni della legge delega.

L'argomento più forte a sostegno dell'orientamento minoritario è tuttavia quello che fa leva sull'irragionevolezza e irrazionalità della soluzione contraria, soprattutto ove si effettui un parallelo con il processo minorile. Per quanto riguarda i minorenni, infatti, nonostante il disposto dell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988, residua comunque uno spazio per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p., proprio per evitare il paradosso di dover pronunciare una sentenza di condanna a carico dell'imputato minorenne solo perché non sussistono i presupposti per la pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione per irrilevanza del fatto, nonostante siano invece integrati tutti i requisiti per una sentenza di assoluzione *ex art.* 131-*bis* c.p.

Queste considerazioni, ispirate alla ragionevolezza e alla necessità di evitare quanto più possibile ingiustificate discriminazioni ai danni degli imputati minorenni, possono essere ripetute anche per i reati di competenza del giudice di pace. Anche in questo caso, infatti, si pone un problema di ragionevolezza e di tenuta del sistema, non essendo possibile sostenere che per i reati di minor gravità, di competenza del giudice di pace, che sono puniti con pene differenti da quelle indicate nel codice penale, sia da ritenere applicabile unicamente la condizione di non procedibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 senza incorrere in una evidente forzatura della tenuta complessiva del sistema

e in una irragionevolezza, passibile anche del vaglio della Corte Costituzionale, sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost.⁶

3. La soluzione fornita dalle Sezioni unite

Le Sezioni unite confermano la validità della soluzione adottata dal primo degli orientamenti citati, ricorrendo però ad un *iter* argomentativo parzialmente difforme rispetto a quello seguito dalla giurisprudenza maggioritaria.

Anche la sentenza in esame parte dell'enunciazione dei profili di diversità esistenti tra la fattispecie codicistica e quella prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, rilevando che tale ultima norma, oltre a poter trovare applicazione unicamente in caso di occasionalità del fatto, prescrive il criterio della valutazione del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può arrecare alle esigenze di vita dell'indagato o dell'imputato. La differenza più significativa, ad avviso del Collegio, resta tuttavia la previsione di un vero e proprio potere di veto in capo alla persona offesa, in quanto la centralità di quest'ultima è essenziale alla realizzazione di quella funzione conciliativa che domina l'intero procedimento davanti al giudice di pace.

Tali differenze di regolamentazione non consentono però né di far riferimento al principio di specialità come criterio per la risoluzione dell'ipotetico concorso apparente tra le due discipline, né di concludere per la necessaria operatività di entrambe le fattispecie nei procedimenti per reati devoluti alla competenza del giudice di pace.

Per quanto concerne il primo profilo, le Sezioni unite rilevano che «la ricerca di un eventuale rapporto di specialità nei sensi di cui all'art. 15 c.p. (...) non sia l'operazione ermeneutica in grado di dare una risposta soddisfacente ed una chiave di lettura utile al rapporto fra l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 e l'art. 131-*bis* c.p.». Si deve infatti escludere che tra le due norme sia ravvisabile un rapporto di tal fatta⁷, in quanto ognuno dei due precetti è portatore di elementi specializzanti, che valgono a qualificarlo semmai come «rapporto di interferenza». Il contrasto tra le predette disposizioni non potrebbe, inoltre, essere risolto neanche attraverso il ricorso alla nozione di specialità reciproca, in quanto tale concetto non è stato elaborato dalla giurisprudenza per individuare la fattispecie da far prevalere sull'altra, ma per sostenerne la coesistenza.

Nel caso *de quo*, tuttavia, anche la tesi della coesistenza operativa dei due istituti – predicata dal secondo degli orientamenti sopra illustrati – non è sostenibile.

Le Sezioni unite, infatti, ritengono che i rapporti tra le fattispecie in esame debbano essere risolti facendo ricorso al disposto dell'art. 16 c.p., in quanto il procedimento davanti al giudice di pace può ben essere

qualificato come «legge penale speciale» ai sensi e per gli effetti della predetta norma. Pertanto le disposizioni del codice penale potranno trovare applicazione anche nei procedimenti dinnanzi al giudice di pace salvo che, nella stessa materia, il decreto legislativo n. 274 del 2000 disponga altrimenti. Su tali basi, il Supremo Collegio ritiene che, a fronte dell'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p., avente ad oggetto la stessa materia già regolata dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000, non ci si possa limitare al raffronto tra i due istituti, ma si debba, invece, «elevare il proprio orizzonte fino a verificare se la legge penale speciale nel suo complesso» non contenga «già un'autonoma disciplina della materia, mirata rispetto alle finalità del procedimento e perciò tale da precludere, a priori, l'operazione del confronto fra le singole leggi o disposizioni sulla stessa materia, espressamente disciplinata dall'art. 15 c.p., con riferimento al rapporto fra più leggi penali».

La Corte mostra così di accogliere le sollecitazioni della giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha più volte evidenziato come i precetti contenuti nel decreto legislativo n. 274/2000, anche ai fini della valutazione di un'eventuale disparità di trattamento, non vadano valutati isolatamente, ma tenendo conto delle connotazioni del «microcosmo punitivo» costituito dalla giurisdizione penale devoluta al giudice di pace⁸.

Operando il raffronto tra le due fattispecie nei termini sopra indicati, le Sezioni unite giungono alla conclusione che il procedimento penale che si svolge dinnanzi al giudice di pace rimane insensibile alla disciplina presente nei codici, o in essi introdotta, tutte le volte in cui riguardi materie già regolate dal decreto legislativo n. 274/2000.

A parere della Corte la salvaguardia dei connotati di autonomia del procedimento davanti al giudice di pace sembra confermata anche dalla riforma Orlando. La legge n. 103/2017 – con la quale è stato introdotto all'art. 162-*ter* c.p. l'istituto dell'estinzione del reato per condotte riparatorie, evocativo di quello disciplinato dall'art. 35 d.lgs. n. 274/2000 – infatti, pur essendo preceduta da ampio dibattito sull'opportunità di coordinamento del due istituti, «ha mantenuto sul punto un silenzio che si presta ad essere interpretato come conferma della volontà di mantenere distinti i due ambiti giuridici».

Questa conclusione, ad avviso delle Sezioni unite, non è smentita neanche dal fatto che siano stati modificati precetti come gli artt. 411 e 469 c.p., che trovano pacificamente applicazione anche davanti al giudice di pace e che ora recano la menzione dell'art. 131-*bis* c.p. In particolare il richiamo operato dall'art. 17 d.lgs. n. 274/2000 all'art. 411 c.p.p. deve essere inteso quale rinvio di tipo fisso, che fa riferimento al testo di tali articoli vigente al momento dell'entrata in

⁶ Cass., Sez. V, 13 gennaio 2017, n. 15579, *cit.*

⁷ In tal senso si era espresso anche parte della dottrina. Si veda DE GASPERIS, *cit.*

⁸ C. Cost., 13 marzo 2014, n. 47 (ord.), in *Cass. Pen.* 2014,6, 2103 con nota di APRILE.

vigore del decreto legislativo 274 del 2000. Questa tesi è avvalorata dal fatto che tale norma, oltre a far riferimento all'art. 411, richiama anche l'art. 34 commi 1 e 2 d.lgs. 274/2000 e, pertanto, l'evocazione dei casi generali di archiviazione non può estendersi su terreno già coperto dalla speciale causa di non punibilità prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274/2000.

Escludendo in radice l'operatività dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti per reati devoluti alla competenza del giudice di pace, non assumono rilievo ai fini della soluzione della questione in esame gli argomenti spesi a favore della natura sostanziale e non processuale dell'art. 131-*bis* c.p., con conseguente sua sottoposizione al regime dettato dall'art. 2 c.p.

Per quanto riguarda, infine, il rispetto dei parametri costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza, le Sezioni unite rilevano che quello davanti al giudice di pace è un procedimento speciale in cui sono previsti specifici epiloghi decisori, modulati in termini tali da porre il giudice in un'ottica operativa volta alla realizzazione della conciliazione delle parti antecedentemente alla conclusione del processo. Per tali ragioni sono inseriti istituti come quelli previsti dagli artt. 34 e 35 d.lgs. n. 274/2000, ai quali cui fa seguito, in caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo della composizione sociale, l'affermazione di un diritto penale più mite, non soggetto alla sospensione dell'esecuzione, ma caratterizzato dall'abbandono delle pene detentive. In considerazione delle peculiarità che caratterizzano la giurisdizione penale del giudice di pace, pertanto, l'impossibilità di applicare la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto contenuta nel codice penale, non conduce a risultati irragionevoli o irrazionali, come lamentato dall'orientamento minoritario.

4. Profili di legittimità costituzionale

La sentenza in commento sembra soffermarsi poco sul tema della legittimità costituzionale della soluzione che esclude l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti che si svolgono davanti al giudice di pace. Tale questione, tuttavia, è forse l'argomento più serio prospettato dai fautori dell'orientamento minoritario. La giurisprudenza⁹ e la dottrina¹⁰ favorevoli ad un'applicazione generalizzata della causa di non punibilità codicistica, infatti, hanno rilevato che darebbe luogo ad un'irragionevole disparità di trattamento precludere l'applicazione della più favorevole disciplina prevista dall'art. 131-*bis* c.p. ai reati devoluti alla cognizione del giudice di pace. Si arriverebbe alla soluzione irrazionale che le tipologie di illecito di competenza del giudice di pace, pur essendo meno gravi, in caso di particolare tenuità del fatto, avrebbero un trattamento peggiore rispetto a quello riservato dal Legislatore a

reati di maggiore gravità.

Le Sezioni unite risolvono il problema attribuendo rilievo centrale alle caratteristiche peculiari del procedimento davanti al giudice di pace, che, essendo finalizzato a realizzare in maniera effettiva la conciliazione delle parti, può legittimamente discostarsi da quanto stabilito per il procedimento penale comune. Tale conclusione è conforme a quanto costantemente affermato dalla Corte Costituzionale nei numerosi casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla compatibilità al dettato costituzionale delle deviazioni rispetto al rito ordinario contenute nel decreto legislativo n. 274 del 2000.

La Consulta ha, infatti, evidenziato che tra i due modelli processuali sussiste un rapporto di "simmetria solo formale" e che «la giurisdizione penale del giudice di pace presenta caratteristiche peculiari, esprimendosi in un modulo processuale improntato a finalità di snellezza, semplificazione e rapidità, tali da renderlo non comparabile con il procedimento davanti al tribunale e da giustificare comunque sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario»¹¹.

Proprio la finalità conciliativa del rito speciale è stata valorizzata come elemento che consente di ritenere non irragionevole la scelta del Legislatore di escludere la possibilità di accesso ai riti alternativi, in particolare all'applicazione della pena su richiesta delle parti, in quanto il ricorso a tale istituto sarebbe in contrasto con il costante coinvolgimento della persona offesa nel procedimento¹². Allo stesso modo la Corte Costituzionale ha ritenuto che non viola il dettato costituzionale la mancata previsione per i reati di competenza del giudice di pace dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex* art. 415-*bis* c.p.p. Una simile comunicazione sarebbe infatti incompatibile con le finalità di snellezza, semplificazione e rapidità che connotano questa particolare forma di giurisdizione penale, caratterizzata dal ruolo marginale riservato alle indagini preliminari e che presenta come principale obiettivo quello della conciliazione delle parti¹³.

Ancora più incisiva nel dettare i criteri da seguire per effettuare il raffronto tra le disposizioni codicistiche e quanto prescritto dal decreto legislativo n. 274/2000 è l'ordinanza n. 47 del 2014 – richiamata dalle sentenza in commento – nella quale la Corte Costituzionale afferma la legittimità dell'art. 60 d.lgs. n. 274/2000, norma che esclude l'applicazione del beneficio della sospensione condizionale alle pene irrogate dal giudice di pace¹⁴. In tale pronuncia la

⁹ Cass., Sez. IV, 19 aprile 2016, n. 40699, *cit.*

¹⁰ DE GASPERIS, *cit.*

¹¹ C. Cost., 13 marzo 2014, n. 47 (ord.), in *Cass. Pen.* 2014, 6, 2103 con nota di APRILE. Nello stesso senso C. Cost., 5 marzo 2009, n. 64, in *Giur. Cost.* 2009, 2, 584 con nota di GALLUCCI; C. Cost., 8 giugno 2005, n. 228, in *Giur. Cost.* 2005, 3.

¹² C. Cost., 24 febbraio 2016, n. 50 (ord.), in *Cass. Pen.* 2016, 6, 2398 con nota di APRILE; C. Cost., 8 giugno 2005, n. 228, *cit.*

¹³ C. Cost., 19 novembre 2004, n. 349, in *Giur. Cost.* 2004, 6, 3897 con nota di CIAMPI.

¹⁴ C. Cost., 13 marzo 2014, n. 47 (ord.), *cit.*

Consulta precisa che, nell'effettuare la comparazione tra le diverse discipline, non si può valutare gli istituti isolatamente, ma occorre tener conto di tutte le connotazioni complesse che caratterizzano il "microcosmo punitivo" devoluto alla competenza del giudice di pace. Facendo applicazione di tale principio ed in particolare accentuando la necessità di preservare la finalità conciliativa della giurisdizione penale del giudice di pace, le Sezioni unite hanno concluso che l'inapplicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti davanti al giudice di pace non determina un'irragionevole disparità di trattamento.

Tale soluzione in apparenza può sembrare insoddisfacente di fronte all'obiezione di quanti lamentano che, in questo modo, si finisce per trattare più duramente coloro che commettono un reato bagatellare rispetto a chi commette un reato astrattamente più grave attribuito alla competenza del tribunale. In realtà la tesi avallata dalle Sezioni unite è l'unica in grado di garantire l'autonomia e l'effettività della giurisdizione penale del giudice di pace. Anzi, proprio sostenere l'applicabilità generalizzata dell'art. 131-*bis* c.p. condurrebbe a risultati irragionevoli: i reati devoluti alla competenza del giudice di pace, infatti, sono tutti di modesta gravità, tanto da poter essere considerati intrinsecamente caratterizzati da particolare tenuità. Per questa ragione il Legislatore ha avuto cura di regolamentare la non punibilità per particolare tenuità del fatto tenendo conto dello specifico contesto entro cui l'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 avrebbe dovuto operare. Al contrario nel dettare la disciplina contenuta nell'art. 131-*bis* c.p. si è posto l'obiettivo di realizzare una depenalizzazione in concreto di un fatto tipico, ossia di un fatto costitutivo di un reato, che per le sue caratteristiche concrete deve essere ritenuto non punibile in ragione dei principi generalissimi di proporzione ed economia processuale. La fattispecie codicistica, pertanto, per poter correttamente operare, deve essere posta in relazione a reati che in concreto possono configurarsi caso per caso gravi oppure lievi, lasciando così alla discrezionalità del giudice la valutazione in merito all'opportunità di pronunciare una sentenza di condanna ovvero di assoluzione per particolare tenuità del fatto. Tale soluzione non può essere esportata *tout court* all'interno del "microcosmo punitivo" che caratterizza la giurisdizione del giudice di pace, dove i reati che vengono giudicati possono essere lievi o lievissimi. Senza la previsione di una disciplina *ad hoc* che tenga conto di queste peculiarità si rischierebbe infatti di giungere ad una depenalizzazione di fatto di tutti i reati di competenza del giudice di pace. Questo epilogo, oltre che porsi in contrasto con la *ratio* stessa dell'art. 131-*bis* c.p., frustrerebbe pesantemente proprio quella finalità conciliativa che impregna la giurisdizione penale di pace e che, ad avviso della costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, deve essere considerata nel momento in cui si valuta la compati-

bilità al dettato costituzionale della disciplina del procedimento dinanzi al giudice di pace.

Antonio Di Marco
Avvocato

Rimessione del processo e garanzie europee. La rinnovata interpretazione restrittiva della Cassazione.

Nota a Corte di Cassazione, sez. II penale, 14 giugno 2017, n. 35626

abstract

Regarding the remission of the trial, the restrictive interpretation of the Court of Cassation must give way to the more guaranteed interpretation of the European Court of Human Rights, according to which, for the purpose of moving the process to another location, the fears and the suspects of the accused.

keywords

Remission – Impartiality of the judge – Legitimate suspect – Allegations – Fears – Suspicions.

abstract

In tema di remissione del processo, la interpretazione restrittiva della Corte di cassazione deve cedere il passo a quella più garantita della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale, ai fini dello spostamento del processo ad altra sede, assumono rilevanza anche i timori ed i sospetti dell'imputato.

parole chiave

Remissione – Imparzialità del giudice – Legittimo sospetto – Illazioni – Timori – Sospetti.

Remissione del processo – Sospetto di potenziale pregiudizio – Irrilevanza

Non ricorrono gli estremi della remissione quando trattasi di semplice prospettazione di un possibile rischio di turbamento della libertà valutativa e decisoria del giudice, sul fondamento di illazioni, timori e sospetti non espressi da fatti oggettivi gravi, né dotati di intrinseca capacità dimostrativa e causale.

Cass. pen, sez. II, 14 giugno 2017, dep. 19 luglio 2017, n. 35626

Pres. Prestipino, Rel. Gallo, Ric. Galizia

***Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. La Cassazione ripercorre le linee (in)

volute di un consolidato orientamento in punto di relazioni tra remissione e concretezza del dubbio di parzialità del giudice. – 1.1. (segue) il difetto di interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 45 c.p.p. – 2. I precedenti europei in tema di tipologia dei rimedi contro il legittimo sospetto della imparzialità del giudice. Conclusioni.

Premessa

La Corte di cassazione, nonostante fosse stata compulsata a decidere in punto di rilevanza di una causa di remissione del processo tenendo conto delle direttive ermeneutiche proposte dalla giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo, si limita a dichiarare la infondatezza dell'istanza ex art. 45 c.p.p. sulla base di una giurisprudenza, sì consolidata, ma non convenzionalmente orientata.

In sintesi i fatti.

L'imputato G.U., tratto a giudizio dinanzi al Tribunale di Tempio Pausania per rispondere del reato di cui all'art. 644 c.p., depositava istanza di remissione del processo ad altra autorità giudiziaria, ai sensi del combinato disposto degli artt. 45, 46, 11, c.p.p.

Nella parte motiva della relativa istanza, il ricorrente indicava la pendenza dinanzi al Tribunale di Roma di altro procedimento penale, nel quale lo stesso risultava coimputato per concorso in corruzione in atti giudiziari con altri soggetti, tra cui un magistrato in servizio presso il riferito Tribunale sardo; e dimostrava documentalmente come esso avesse avuto abbrivio da una informativa inviata al pubblico ministero romano dal Procuratore della Repubblica di Tempio Pausania.

Ancora. Il difensore di G.U. rappresentava le ridotte dimensioni della sezione penale dell'Ufficio giudiziario di Olbia Tempio i cui magistrati, potenzialmente competenti a comporre il Collegio giudicante, così come i pubblici ministeri idonei a sostenere l'accusa in giudizio nei confronti dell'imputato, erano stati

coinvolti, a diverso titolo, nel procedimento pendente presso il Tribunale di Roma. A questo proposito si richiamavano alcune informative del Commissariato P.S. di Olbia che riportavano specifiche intercettazioni dalle quali emergevano situazioni di conflittualità tra i magistrati appartenenti alla sezione penale del tribunale *de quo* e di condizionamento perfino del personale di cancelleria.

Dunque, dalla documentazione allegata emergevano fatti obiettivi, i quali, indipendentemente dalla fondatezza delle varie fattispecie di reato e/o violazioni disciplinari prospettate nei confronti dei vari magistrati/personale di cancelleria coinvolti nella vicenda – profili irrilevanti ai fini della richiesta *ex art.* 45 c.p.p. – palesavano il clima di tensione locale che la situazione obiettivamente comportava e la conseguente ricaduta oggettiva sulla immagine di imparzialità dello stesso ufficio giudiziario.

Sicché, l'obiettiva situazione di fatto esistente nell'ambiente giudiziario lasciava fondatamente presagire un esito non imparziale e sereno del giudizio, dal momento che era legittimo ritenere, non potendo escluderlo al di là di ogni ragionevole dubbio, che le interrelazioni tra posizioni soggettive ed i gravi accadimenti che coinvolgevano, direttamente o indirettamente, gli operatori giudiziali potessero condizionare il sereno e libero convincimento dei giudici chiamati a pronunciarsi sulla responsabilità del ricorrente e, prima ancora, (potessero) pregiudicare il regolare svolgimento del processo in cui G.U. era imputato.

La ragionevolezza e la sostenibilità dell'approdo fondavano pure sotto il profilo meramente logistico: le piccole dimensioni del Tribunale avrebbero comportato il fisiologico incrocio dei vari soggetti coinvolti nel processo, con possibile rischio di turbamento della libertà valutativa e decisoria del giudice. Anche solo la semplice ostentazione di imparzialità da parte del collegio giudicante, nel timore di incorrere in valutazioni pregiudiziali, considerato il livello di attenzione, pure mediatica, incombenza sull'Ufficio, sarebbe stato di per sé sufficiente a falsare le regole e le garanzie del giusto processo a cui ogni cittadino ha diritto.

Di qui, il naturale sospetto che la descritta situazione di fatto esistente nel contesto ambientale giudiziario in cui avrebbe dovuto svolgersi il processo censurato generasse perplessità sulla imparzialità e, viceversa, certezze sulla mancanza di serenità decisoria del giudice naturale; ovvero, sortisse il dubbio ragionevole che fosse capace di menomare l'autonomia e la terzietà dell'organo giudicante; ancora, che fosse idonea a proiettare la propria influenza disturbatrice all'interno del processo; infine, che manifestasse la esistenza di oggettiva concretezza della lesione del principio di imparzialità del giudice, specificamente, del suo valore personalistico e della sua natura di diritto inviolabile dell'imputato.

Risultavano inequivocabilmente le straordinarie

condizioni, non altrimenti eliminabili, che l'art. 45 c.p.p. richiede per la remissione del processo ad altra sede, non rilevando, al fine della tenuta della garanzia della imparzialità – come, invece, ritiene la Cassazione che per questo dichiara infondato il ricorso – che trattasi di prospettazioni di un «possibile rischio di turbamento della libertà valutativa e decisoria del giudice, sul fondamento di illazioni, timori e sospetti non espressi da fatti oggettivi gravi né dotati di intrinseca capacità dimostrativa e causale»¹.

Al contrario, riteniamo che anche in questo caso vi sia un diretto collegamento causale tra la situazione legata all'ambiente giudiziario ed il potenziale pregiudizio lamentato: pure qui, il secondo si pone come necessario *post factum* rispetto alla prima. A sua volta, la relazione tra i due termini tende a soddisfare l'esigenza di «certezza del giudice», cioè, la garanzia dell'imputato di essere giudicato da un organo la cui competenza è comunque determinata (dall'art. 11 c.p.p.) rispetto alle interferenze sopraggiunte ed impone, in ogni caso, senza discriminazioni fattuali, la *traslatio iudicii*.

Tanto, è quanto emerge dagli approdi consolidati della Corte europea dei diritti dell'uomo, i quali, alla luce del recente giurisprudenza costituzionale, non potevano – e non possono – essere ignorati dal giudice comune; dunque, anche dalla Corte di cassazione. Si vedrà.

1. La Cassazione ripercorre le linee (in)volute di un consolidato orientamento in punto di relazioni tra remissione e concretezza del dubbio di parzialità del giudice

La Cassazione dichiara infondata l'istanza di remissione sulla base della seguente motivazione: «(...) venendo ad esaminare gli elementi perturbatori che imporrebbero la remissione del processo, le questioni sollevate nell'istanza proposta non fanno emergere alcun elemento esterno al processo che possa implicare un concreto pericolo di condizionamento tale da pregiudicare la libera determinazione delle persone partecipanti al processo, ovvero la sicurezza o l'incolumità pubblica, od ancora l'effetto di determinare motivi di legittimo sospetto. Il fatto che il proponente sia coimputato, dinanzi ad altra autorità giudiziaria, con un magistrato che svolgeva le funzioni di GIP processo il Tribunale di Tempio, è una circostanza neutra, inidonea a turbare lo svolgimento del processo per usura a carico del G. Anche l'informazione, dedotta dalle intercettazioni telefoniche, della sussistenza di elementi di tensione fra alcuni magistrati (...) non si veda come possa concretamente influire sull'imparzialità di altri giudici partecipanti al processo, non assumendo alcun rilievo i semplici sospetti e dubbi di condizionamento psicologico del giudice e delle persone che partecipano al processo».

¹ Punto 4 della sentenza in commento.

Non si ignorano gli approdi giurisprudenziali in tema di situazioni preclusive della *traslatio iudicii*, così come non si nega la persuasività loro riconosciuta soprattutto quando sono espressione di nomofilachia; né che la evidente portata derogatoria della rimessione rispetto alle garanzie della naturalità e della precostituzione del giudice tutelate nell'art. 25, 2° comma, Cost. abbia postulato e postuli un approccio interpretativo rigoroso delle occasioni legittimanti il trasferimento del processo; e neppure che queste abbiano assunto, nell'ambito del diritto giurisprudenziale, il carattere della tassatività e che siano soggette ad un criterio di stretta interpretazione.

Sono ben chiari a chi scrive i rigorosi principi di diritto dettati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione subito dopo la modifica dell'art. 45 c.p.p. apporata dalla legge 7 novembre 2002 n. 248 per precisare i presupposti di configurabilità del legittimo sospetto: «l'istituto della rimessione ha carattere eccezionale, implicando una deroga al principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge e, come tale, comporta la necessità di una interpretazione restrittiva delle disposizioni che lo regolano, in esse comprese quelle che stabiliscono i presupposti per la *traslatio iudicii*. Ne consegue che, da un lato, per grave situazione locale deve intendersi un fenomeno esterno alla dialettica processuale, riguardante l'ambiente territoriale nel quale il processo si svolge e connotato da tale abnormità e consistenza da non poter essere interpretato se non nel senso di un pericolo concreto per la non imparzialità del giudice (inteso come l'ufficio giudiziario della sede in cui si svolge il processo di merito) o di un pregiudizio alla libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo medesimo e, dall'altro, che i motivi di legittimo sospetto possono configurarsi solo in presenza di questa grava situazione locale e come conseguenza di essa. Al fine della rimessione del processo, i provvedimenti e i comportamenti del giudice possono assumere rilevanza a condizione che siano l'effetto di una grave situazione locale e che per le loro caratteristiche oggettive, siano sicuramente sintomatici della mancanza di imparzialità dell'ufficio giudiziario della sede in cui si svolge il processo medesimo»².

Allo stesso tempo, tuttavia, il diritto giurisprudenziale successivo, pur conformandosi agli approdi della Sezioni unite, ammette l'ampiezza della formula "legittimo sospetto" e la vaghezza dei parametri di valutazione indicati dall'art. 45 c.p.p. quando afferma che «debba trattarsi intuibilmente di una fattispecie cd.

aperta o a condotta libera si è detto (non potendosi pretendere una classificazione particolareggiata delle situazioni pregiudicanti. Ma certamente non può sottrarsi che la non semplice delimitazione strutturale di una nozione sfuggente come quella del legittimo sospetto (di non imparzialità del giudice) si connota di contorni di indeterminatezza, soprattutto se proiettata nel cono d'ombra disegnata dall'intrinseca approssimazione e nebulosità concettuale della causa ambientale (locale) da ritenersi suscettibile, per un suo sfuggente, insondabile ed incerto livello di gravità (e di non eliminabilità), ad alimentare i sospetti e, se del caso, a dar luogo al trasferimento del processo ad altro giudice ab origine non territorialmente competente a conoscere della regiudicanda»³.

Su questi presupposti, a fronte di una categoria astratta che non delimita tassativamente, dunque, normativamente, le coordinate dettate dall'art. 25, 1° comma, Cost. a presidio dei valori che sancisce ma le affida alla Cassazione e alla funzione "creativa" delle sue decisioni – qui più avvertita perché di tipo "supplente" per la tutela dei diritti procedurali dell'indagato/imputato –, la discrezionalità del giudice della legalità di arricchire il catalogo dei motivi rimessivi è ampia, non essendo vincolato alla casistica che, come è noto, ha solo effetto persuasivo.

Allo stesso tempo, la mancanza di tassatività delle situazioni rimessive ammette la previsione di nuove specificazioni concettuali della categoria della rimessione, in funzione di promozione dell'ordinamento; anzi, la impone, quando essa consente di innalzare lo *standard* di tutela del diritto ritenuto pregiudicato.

Tale atteggiamento non è contraddetto dai limiti imposti dai bisogni di determinatezza dei confini applicativi del diritto, in quanto, se da un lato è innegabile che la comprensione e la effettività dello stesso sono parti di un processo guidato da norme, di un procedimento istituzionalizzato; dall'altro è altrettanto certo che l'attività del giudice interprete, "applicatore" della legge, indissolubilmente legata al fatto, richiede una razionalità che non è puramente tecnica, ma pratica, prudenziale. Il compito del giudice è arrivare ad una compenetrazione tra l'universalità della disposizione e la varietà e la mutabilità dei casi e delle situazioni.

Questo approccio caratterizza la giurisprudenza della Corte europea al tema della imparzialità. Quei giudici, infatti, interpretano l'art. 6 CEDU in termini fortemente dipendenti dalle circostanze concrete della vicenda portata al loro esame, nel senso che, piuttosto che ricostruire in termini generali ed astratti la nozione di «giudice terzo e imparziale», verificano se nella specifica vicenda per la quale è stato richiesto l'intervento giudiziale l'organo giurisdizionale nazionale potesse o meno qualificarsi come imparziale o sospetto di

² Cass., sez. un., 28 gennaio 2003, n. 13687, in *CED Cass.*, n. 223638. Conforme la giurisprudenza successiva. Cfr., da ultima, Cass., 9 febbraio 2017, n. 11525, *ivi*, 218104; Cass., 23 dicembre 2016, n. 55328, *ivi*, n. 208738; Cass., 1° dicembre 2016, n. 8788, *ivi*, n. 634321; Cass., 1° aprile 2016, n. 133, *ivi*, n. 635761; Cass., 28 aprile 2015, n. 18647, in *Dir. e giust.*, 2015, 12; Cass., 18 marzo 2015, n. 16924, in *CED Cass.*, n. 163331.

³ Cass., 6 maggio 2013, n. 22112, in *CED Cass.*, 612520.

pregiudizio⁴.

Ebbene, ragionando in termini di concretizzazione del fatto, è possibile sostenere che il *vulnus* dell'art. 45 c.p.p. sul fronte della riserva di legge, colmato soltanto in via pretoria, consenta al giudice di creare ipotesi discrezionalmente guidate di spostamento della competenza, compatibili col principio di «legalità duttile»⁵ in ragione del riconoscimento, da un lato, della vocazione giurisprudenziale del nostro ordinamento, dall'altro della natura politica della funzione ermeneutica che vincola il giudice alla pluralità di fonti, anche giurisprudenziali, di diverso livello.

Ebbene, l'art. 45 c.p.p. non sfugge all'attuale contesto ermeneutico pluriculturale che rinnova ontologicamente le categorie fondamentali del processo, nella misura in cui, determinando un cambio di rotta rispetto alla tradizionale interpretazione caratterizzata dalla primazia dell'oggettività del testo scritto e disinteressata agli approdi delle Corti sovranazionali, risolve i riferiti rapporti tra legge e diritto, tra comando astratto e caso concreto, tra diritto positivo e situazione contingente attraverso il dialogo tra Carte e Corti.

È innegabile, infatti, che il dialogo tra Corti abbia comportato un rinnovamento metodologico dell'approccio del giudice all'analisi del caso ed imponga una rivisitazione, in termini di arricchimento delle tecniche argomentative, ai quali non sfugge (non può sfuggire) la categoria della rimessione del processo.

Di conseguenza, l'art. 45 c.p.p. deve essere interpretato alla luce dell'art. 6 CEDU e della giurisprudenza consolidata della Corte europea in funzione di «testi del precedente»⁶; nonché dell'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che richiama la disposizione convenzionale e, di conseguenza, la giurisprudenza che la interpreta, che diventano, così, «precedenti autorevoli» nei confronti dell'interlocutore nazionale, capaci di entrare nelle argomentazioni del giudice comune, nella soluzioni di questioni nuove, anche diversamente contestualizzate, o nella rivisitazione, in chiave sovranazionale, di quelle già esplorate.

Perciò riteniamo che la vicenda della rimessione vada speculata nel contesto del diritto comune europeo, in un ambito pluriculturale che compone le diversità tra ordinamenti e sistemi, nazionali e sovranazionali, attraverso la interpretazione conforme a Costituzione, al diritto dell'Unione europea, alla CEDU e alle rispettive giurisprudenze (combinato disposto degli artt. 101, 2° comma; 11; 117, 1° comma, Cost.); che, pur lasciando impregiudicata l'autonomia dei cri-

teri ermeneutici nazionali (art. 12 prel c.c.; artt. 31 [32 e 33] Conv. Vienna del 1969), ne favorisce la omogeneità attraverso l'idea di una ermeneutica aperta, che manifesti tensione verso il «valore» delle disposizioni piuttosto che delle regole – a maggior ragione quando seguono i dettami della casistica, non anche quelli della tassatività –, attraverso l'idea di una interpretazione che sia evolutiva e che si esprima per orizzonti piuttosto che per concetti.

In questo senso la giurisprudenza supera i limiti dettati dal nazionalismo e si orienta non solo ad un confronto, ma ad un esplicito richiamo (ritorna il combinato disposto degli artt. 101, 2° comma; 11; 117, 1° comma, Cost.), anche in funzione di «precedente», a massime di decisione elaborate dalle Corti europee dei diritti.

In epoca caratterizzata dalla crescente interazione tra ordinamenti, dalla tendenza alla globalizzazione delle regole giuridiche, dall'arretrare della decisione dallo spazio del legislativo verso quello giurisprudenziale attese la sempre più fragile stabilità della legge e l'inerzia del legislatore di fronte alle pretese dei diritti, il ruolo dei giudici «del diritto» ed il peso delle loro decisioni sono centrali, giacché la loro opera non solo rende effettiva ed efficace il rapporto tra norma e decisione, ma diventa pure il terminale incaricato di ricondurre a sistema regole prodotte in contesti diversi, da legislatori differenti e sempre più spesso già interpretate da altri giudici.

Cambiano pure le tecniche di decisione giudiziale, che tendono a considerare gli ordinamenti come spazi aperti e comunicanti. Lo dimostrano l'ininterrotto dialogo giurisprudenziale tra le Corti nazionali e quelle sovranazionali – reso necessario dalla consapevolezza della coesistenza di Carte dei diritti uguali fra loro in numerosi Paesi diversi, ma lette ed interpretate secondo tradizioni e sensibilità culturali diverse – e, in misura ridotta, la giurisprudenza di altre corti internazionali.

Il riferito contesto, permeato dal valore assiologico della Costituzione ma fortemente integrato dalle fonti sovranazionali, estende i confini ed amplia i bisogni della interpretazione giudiziale, comportando che le Corti guardino al sistema dei principi (la Corte costituzionale) e delle regole (la Corte di cassazione) con l'ampiezza di contenuti offerta dal tenore a maglie larghe del linguaggio dei trattati internazionali.

Questo progressivo arricchimento, attenuando la rigidità dell'assolutismo della legge, esalta il ruolo di interprete del giudice come *conditor iuris*, affrancato dalla visione riduttiva e statica dell'analisi logica del linguaggio giuridico e determina il superamento dell'idea della decisione giudiziale modellata «sul logoro stampo del sillogismo» per dare spazio «al pensare per problemi, all'argomentazione persuasiva, (...) fondata sul plausibile e sul ragionevole», rispetto a cui, «il criterio del plausibile è strumento di scelta non fra

⁴ AA. VV., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, p. 145.

⁵ RICCIO, *Metodi e prospettive della procedura penale*, Napoli, 2017, *Introduzione*.

⁶ Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349; Id., 26 marzo 2015, n. 49, in *www.giurcost.it*

proposizioni veritative, ma tra possibili interpretazioni o decisioni di un caso della vita»⁷.

Ebbene, dal momento che l'indagine casistica viene metodo per il progressivo riconoscimento dei giudizi di valore nel processo di individuazione della regola (= interpretazione) e richiede l'abilità del giudice di intercettare le esigenze del multiculturalismo e di rispondervi efficacemente, l'indirizzo ermeneutico apre ad un dialogo fertile tra le diverse vedute, che non può ignorare, s'è detto più volte, la situazione giuridica della rimessione proprio perché essa attiene alle posizioni giuridiche soggettive protette, dal momento che, coinvolgendo la giurisdizione, mette in gioco principi, diritti, poteri, doveri ed oneri dei protagonisti del processo; tanto più che essa non trova legittimità in un elevato grado di tassatività della fattispecie, che, sola, potrebbe ridurre la *misura* di discrezionalità riconosciuta al giudice.

Da questa consapevolezza, legittimata dal dato normativo, origina la censura all'ordinanza in commento.

Specificamente, il dato che si critica è l'approccio della Cassazione, il quale non tiene conto degli approdi del *diritto vivente* innanzitutto della Corte costituzionale e poi della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui l'obiettivo, in punto di diritti fondamentali della persona – nei quali vanno ascritti i diritti procedurali dell'indagato/imputati previsti nel Preambolo penalistico della Costituzione – è quello della «massima espansione delle garanzie»⁸.

La necessità di raggiungerlo, a sua volta, impone al giudice comune di ricercare, nella vicenda processuale data, in prospettiva ontologicamente orientata, il punto di sintesi più elevato tra le norme costituzionali e non che la regolamentano. In questa direzione, «il recepimento della CEDU nell'ordinamento giuridico si muove nel segno dell'incremento delle libertà individuali»⁹.

Nella medesima rotta prosegue pure il dialogo della Consulta con l'ordinamento dell'Unione europea, specificamente, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove afferma che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)», sicché «può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione»¹⁰.

Anche sotto questa angolazione appare evidente la dimensione pluralistica e policentrica assunta dai diritti della persona nel processo, nella loro qualità di diritti dell'uomo, la quale, determinando la inevitabile integrazione della *ratio* della norma interna con il si-

stema di garanzie *esterno*, obbliga il giudice a confrontarsi con una tutela multilivello di quei diritti.

1.1. (segue) il difetto di interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 45 c.p.p.

La censura si propone in termini di difetto, nell'ordinanza della cassazione, di interpretazione conforme a Convenzione dell'art. 45 c.p.p.

Ebbene, secondo gli ermellini, la rimessione ha carattere eccezionale, implicando una deroga al principio costituzionale del giudice naturale preconstituito per legge e, come tale, comporta la necessità di un'interpretazione restrittiva delle disposizioni che la regolano, *ivi* comprese quelle che stabiliscono i presupposti per la *translatio iudicii*, con la conseguenza che, da un lato, per «grave situazione locale» deve intendersi un fenomeno esterno alla dialettica processuale, riguardante l'ambiente territoriale nel quale il processo si svolge e connotato da tale abnormità e consistenza da non poter essere interpretato se non nel senso di un pericolo concreto per la non imparzialità del giudice (inteso come l'ufficio giudiziario della sede in cui si svolge il processo di merito) o di un pregiudizio alla libertà di determinazione delle persone che partecipano al processo medesimo; dall'altro lato, i «motivi di legittimo sospetto» possono configurarsi solo in presenza di questa grave situazione locale e quale diretta conseguenza di essa¹¹.

La eccezionalità dell'istituto è stata ribadita anche dalla Corte costituzionale che, con l'ordinanza n. 168 del 5 aprile 2006, successiva alla modifica dell'art. 111 Cost.¹², ha attribuito a tale carattere funzione di

¹¹ Cass., 12 maggio 2015, n. 23962, in *CED Cass.*, n. 263952; Id., 21 ottobre 2013, n. 11499, *ivi*, n. 260888.

¹² Fino alla legge costituzionale n. 2 del 1999, nella Carta costituzionale non v'era una norma che prescrivesse esplicitamente il connotato di imparzialità del giudice.

Nella Costituente, infatti, mentre l'esigenza di assicurare l'indipendenza esterna del giudice fu vivamente sentita per reazione alla precedente esperienza dittatoriale, la imparzialità del giudice fu considerata un dato acquisito dalla tradizione giuridica e, per questo, un improbabile oggetto di contestazione. Insomma, si era persuasi che a salvaguardare l'imparzialità fossero sufficienti gli istituti previsti dal codice di rito della astensione e della ricusazione del giudice, oltre alle altre disposizioni costituzionali.

RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1005, p. 46 ss.

Solo a partire dalla sentenza n. 50 del 27 aprile 1963, la Consulta cominciò ad affermare che la mancanza di imparzialità comportava una limitazione del grado di indipendenza del giudice, sicché, la deroga alla competenza del giudice preconstituito del *locus commissi delicti* trovava (e trova) giustificazione unicamente nel raffronto con i principi, di pari rilevanza costituzionale, dell'indipendenza e dell'imparzialità dell'organo giudicante (artt. 101 e 104 Cost.), nonché della tutela del diritto di difesa (art. 24, secondo comma, Cost.).

Tra le altre, Corte cost., 22 giugno 1963, n. 109; Id., 27 dicembre 1965, n. 93; Id., 5 maggio 1967, n. 56; Id., 27 giugno 1972, n. 117; Id., 15 maggio 1974, n. 128; Id., 26 ottobre 1995, n. 460; Id., 22 ottobre 1996, n. 353.

Precedentemente, al contrario, la stessa Corte costituzionale co-

⁷ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

⁸ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85; Id., 4 dicembre 2009, n. 317.

⁹ Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68.

¹⁰ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269.

presidio di garanzia della serenità e dell'imparzialità del giudizio e, in ultima analisi, dello stesso valore del "giusto processo", sottolineando che i "turbamenti" nel luogo in cui esso si celebra, sia che attengano all'ordine pubblico processuale che alla serenità del giudice, possono essere ricondotti unicamente ad "elementi esterni" al processo. Elementi che, più che incidere direttamente sui valori di imparzialità e di terzietà del giudice investito della cognizione della regiudicanda, devono radicare un "sospetto di condizionamento riguardante non il singolo giudice, ma l'intero ufficio giudiziario".

Ancora, posto che il connotato di "gravità" attiene alla "situazione", questa deve risolversi, inoltre, in un fatto eccezionale, anomalo e di consistenza talmente rilevante da minare, in relazione al "carattere locale" della stessa situazione ambientale, l'imparzialità dell'ufficio giudiziario per effetto di contesti extra-giudiziari, ossia esterni alle realtà processuali in corso di svolgimento.

Infine. La rimessione del processo, a seguito della L. 7 novembre 2002, n. 248, prevede che tali situazioni locali si manifestino lungo una triplice, alternativa o concorrente, linea pregiudicante: pregiudizio per la libera determinazione delle persone partecipanti al processo; pregiudizio per la sicurezza o la pubblica incolumità; ragioni di legittimo sospetto di parzialità del giudice.

Sotto quest'ultimo profilo, grave deve essere non il legittimo sospetto, ma la situazione locale che ne è causa prossima, e, a loro volta, le ragioni di sospetto sono configurabili soltanto in presenza di tale grave situazione locale e quali sue conseguenze in rapporto di diretta incidenza causale¹³.

La grave situazione locale che determina la rimessione per un motivo di legittimo sospetto è, dunque, necessariamente rappresentata da fenomeni esterni alla dialettica processuale con caratteri idonei a porre in concreto, e non virtuale, pericolo la libertà di giudizio dell'organo decidente, i cui contegni e provvedimenti in tanto possono rilevare ai fini della rimessione, in quanto dipendano direttamente dalla gravità della predetta situazione locale e finiscano per assumere valore significativo di una mancanza di imparzialità dell'intero ufficio giudiziario¹⁴.

Sicché, su questi presupposti, la richiesta di rimessione deve fondarsi su evenienze gravi e tali da indurre il timore che, a causa di una peculiare situazione ambientale, l'imparzialità dei giudici possa essere incisa e

menomata, esponendo a rischio il corretto esplicarsi della funzione giurisdizionale. Viceversa, essa non può essere giustificata da «mere congetture, supposizioni o illazioni ovvero da vaghi timori soggettivi dell'imputato»¹⁵.

Tirando le somme.

Secondo l'orientamento costante dei giudici della cassazione, la sottrazione del processo al *iudex suspectus* non può nascere da un mero dubbio di parzialità, perché questo non è una condizione produttiva di un contesto ambientale pregiudicante, con le sue necessarie caratteristiche di gravità ed attualità, ma è e deve esserne solo un effetto tangibile, con la duplice conseguenza: a) che non è consentito capovolgere la fattispecie tipizzata dal legislatore, trasfigurando le ragioni di sospetto del richiedente la rimessione, in sé considerate, come cause esponenziali della grave situazione ambientale; b) che la grave situazione territoriale perturbatrice – la cui incidenza, come si è visto, deve necessariamente assumere connotazioni esterne al processo – non può identificarsi con un vago contesto ambientale coinvolgente l'ufficio giudiziario interessato dalla eventuale *translatio iudicii*, poiché il sospetto di parzialità, ovvero di mancanza di serenità da parte del giudice, diviene "legittimo", cioè giustificato, soltanto se discende da una dimostrata situazione di fatto suscettibile di determinare un reale rischio per l'indipendenza di giudizio e la terzietà dell'organo giudicante, non anche dalla eventuale probabilità di un turbamento della libertà valutativa e decisoria del giudice derivante dai timori o dai sospetti personali del richiedente, non sostenuti dall'indicazione di fatti oggettivi e muniti di intrinseca capacità dimostrativa.

Seguendo lo schema normativo come interpretato in giurisprudenza, dunque, è solo la presenza di una grave situazione inquinante, radicata nel territorio al di fuori del quadro processuale, a proiettare gli effetti della propria influenza perturbatrice all'interno del processo. Ancora, il rischio di turbamento della imparzialità del giudice deve esprimersi in termini di oggettività e di concretezza, non anche di illazioni e timori.

Nulla quaestio sul riconosciuto collegamento tra la garanzia di imparzialità ed il principio di indipendenza. Non è in discussione, infatti, che l'attività del giudice debba essere sia immune da vincoli che possono comportare la soggezione formale o sostanziale dell'organo giudicante da altri centri di poteri, sia libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre chi giudica a decidere in modo diverso da quanto gli dettano scienza e coscienza.

Nemmeno si mette in dubbio che la rimessione abbia la funzione di salvaguardare l'imparzialità e l'indipendenza del giudice da possibili condizionamenti

glieva nell'art. 104 Cost. solo un riferimento alla cd. indipendenza esterna, vale a dire, a quella garanzia che la magistratura esplica nei confronti di altri poteri o organi. Corte cost., 20 dicembre 1962, n. 108; Id., 13 luglio 1963, n. 132; Id., 16 giugno 1964, n. 43.

¹³ Cass., sez. un., 28 gennaio 2003, n. 13687, in *CED Cass.*, n. 223639; Id., 6 maggio 2013, n. 22113, *ivi*, n. 255375.

¹⁴ Cass., 6 maggio 2013, n. 22113, cit.

¹⁵ Cass., sez. un., 28 gennaio 2003, n. 13687, cit.; Cass., 27 aprile 2011, n. 22275, *ivi*, n. 250575; Id., 15 luglio 2011, n. 41694, *ivi*, n. 251110; Id., 7 ottobre 2009, n. 45310, *ivi*, n. 245215; Id., 21 ottobre 2013, n. 11499, *ivi*, n. 260889.

esterni alla dialettica processuale, nel senso che si comprendono le ragioni per cui debba trattarsi di una situazione ambientale extragiudiziarica che nasce e che si stabilizza fuori dal processo e che solo successivamente riverbera i suoi effetti nella vicenda giudiziaria, sicché non deve essere il processo a provocare il sospetto di parzialità, proiettandosi all'esterno, ma è esattamente l'opposto. Infatti, diversamente opinando il rimedio sarebbe da individuarsi nella riconsiderazione del giudice (in mancanza di astensione), rispetto alla quale, essa assolve ad una funzione di garanzia più ampia, in quanto riferibile al generale contesto processuale, dal momento che l'art. 45 c.p.p. prende in considerazione, come oggetti di tutela, anche la libera determinazione delle persone che partecipano al processo – quindi, non soltanto il giudice – nonché la sicurezza e l'incolumità pubblica¹⁶.

Ciò che invece non si condivide è la considerazione di irrilevanza delle situazioni in cui la prospettazione del rischio di parzialità dipenda dai timori e dai sospetti del ricorrente, tenuto conto della natura di *suprema garanzia di giustizia* attribuita dalla Corte costituzionale alla rimessione¹⁷, la quale, più che derogare, sembra confermare il principio del giudice naturale precostituito per legge e considerato che le sezioni unite della Cassazione hanno chiarito che per legittimo sospetto deve intendersi il «ragionevole dubbio» che la gravità della situazione locale possa portare il giudice a non essere neutrale rispetto all'esito del processo.

Già questi presupposti *interni* fanno apparire quella preclusione pregiudizievole del diritto dell'imputato al giudice precostituito ed imparziale; lo è a maggior ragione, se si considera che l'imparzialità gode di tutela integrata nelle Carte dei diritti, specificamente, dall'art. 47 CDFUE e dall'art. 6 CEDU.

Ne consegue che il principio della imparzialità affermato nel secondo comma della Costituzione presenta ontologia e funzione identiche rispetto a quelle prese in considerazione soprattutto nella dimensione convenzionale, tenuto conto che dalle *Spiegazioni* relative all'art. 47 CDFUE si evince che il secondo paragrafo («ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge (...)») corrisponde al paragrafo 1 dell'art. 6 CEDU, così garantendo, anche nel sistema di garanzie procedurali dell'Unione, il medesimo contenuto della tutela apprestata a livello convenzionale.

Se, dunque, v'è piena coincidenza di normazione per quel che attiene al contenuto delle garanzie contro eventuali pressioni esterne, funzionali ad escludere ogni legittimo dubbio sulla imparzialità del giudice; non altrettanto può dirsi a proposito della elaborazione giurisprudenziale delle Corti, rispetto alla quale si registra un deficit garantistico nelle valutazioni di quella nazionale.

Ebbene, tale carenza non è sopportabile se si tiene conto che dal 2007 il parametro della «sofferenza soltanto alla legge» individuato dal secondo comma dell'art. 101 Cost. come garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza del giudice, si arricchisce dell'art. 117, 1° comma, Cost. che amplia il concetto di «legge», imponendo al giudice, non soltanto la conformità formale dell'atto al paradigma legale nazionale ma pure la sua compatibilità con gli ordinamenti sovranazionali, compreso il sistema della CEDU¹⁸.

Invero, seppure l'applicazione diretta delle disposizioni convenzionali sia stata esclusa sia dalla Consulta¹⁹ che dalla Corte di giustizia²⁰ – nonostante la programmata adesione dell'Unione alla CEDU prevista dall'art. 6, paragrafo 2, TUE – in capo al giudice nazionale insiste l'obbligo di adeguamento interpretativo della normativa interna ai principi ed alle disposizioni della Convenzione, sia pure nei limiti delle regole dell'ermeneutica giuridica²¹ (salvo, in caso di conflitto interpretativo insanabile, il ricorso all'intervento della Corte costituzionale).

In particolare, i giudici nazionali «non potranno ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione»²²: il dovere di evitare violazioni della CEDU «li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo»²³.

Dunque, i giudici nazionali devono tener conto, nell'interpretazione e nell'applicazione della norma nazionale, degli approdi convenzionali, una volta che si è stato raggiunto, in ambito CEDU, uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo.

Sotto altra prospettiva – pure accennata e che qui si ribadisce sempre in direzione dissentiva rispetto all'approdo della Cassazione – rileva il principio della massima espansione delle garanzie che rappresenta, sotto il profilo politico, l'approdo del confronto fra tutela costituzionale e tutela convenzionale dei diritti fondamentali dell'individuo, sotto quello sistemico, il crite-

rio di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo.

Sotto altra prospettiva – pure accennata e che qui si ribadisce sempre in direzione dissentiva rispetto all'approdo della Cassazione – rileva il principio della massima espansione delle garanzie che rappresenta, sotto il profilo politico, l'approdo del confronto fra tutela costituzionale e tutela convenzionale dei diritti fondamentali dell'individuo, sotto quello sistemico, il crite-

¹⁸ Da Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, cit., fino a Id., 14 dicembre 2017, n. 269, cit.

¹⁹ Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80; Id., 7 aprile 2011, n. 113; Id., 22 luglio 2011, n. 236; Id., 11 novembre 2011, n. 303. Di recente, conforme, Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

²⁰ Corte giust., GC, 29 settembre 2011, C-521/09; Id., 24 aprile 2012, C-571/10; Id., 26 febbraio 2013, C-617/10.

²¹ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.; Id., 26 gennaio 2012, n. 15.

²² Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.

²³ Corte cost., 19 febbraio 2016, n. 36; Id., 16 dicembre 2016, n. 276; Id., 7 aprile 2017, n. 68, cit.

¹⁶ MAZZA, *I protagonisti del processo*, in AA. VV., *Procedura Penale*, V edizione, 2017, p. 111.

¹⁷ Corte cost., 3 maggio 1963, n. 50; Id., 22 giugno 1963, n. 109.

rio di ottimizzazione che impone la prevalenza della fonte che conferisce la protezione più intensa²⁴.

Ne consegue che l'accertamento del giudice nazionale deve essere condotto tenendo conto del livello più elevato, giuridicamente disponibile nell'ordinamento per via dell'art. 117, 1° comma, Cost. che nel caso di specie, per le ragioni che diremo, è senza dubbio quello previsto dal paragrafo 1 dell'art. 6 CEDU.

Su questi presupposti, si imponeva alla Cassazione un'opera di valutazione sistematica, non isolata, del valore della imparzialità, prediligendo, quale fondamento del proprio processo interpretativo dell'art. 45 c.p.p., la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, in quanto fonte idonea ad assicurare il massimo *standard* di tutela al diritto dell'imputato pregiudicato dall'obiettiva situazione di fatto esistente nell'ambiente giudiziario olbiense.

Epperò, tanto non è avvenuto.

2. I precedenti europei in tema di tipologia dei rimedi contro il legittimo sospetto della imparzialità del giudice. Conclusioni

L'art. 6, paragrafo 1, CEDU garantisce il diritto dell'imputato ad un giudizio equo, pubblico e svolto in un tempo ragionevole, di fronte ad un «tribunale indipendente ed imparziale»; se così non avviene, il processo non potrà essere considerato giusto²⁵.

Secondo la giurisprudenza europea – conforme a quella nazionale – il profilo dell'imparzialità si riferisce alle modalità con cui la funzione giudiziaria è esercitata concretamente nell'ambito di uno specifico procedimento ed è connotata da due aspetti: uno soggettivo che coincide con l'assenza di pregiudizi personali e l'altro oggettivo, da intendersi come l'obbligo del giudice di offrire garanzie sufficienti per escludere ogni legittimo dubbio al riguardo²⁶.

Al medesimo orientamento – ancora conforme a quello interno – appartiene quella giurisprudenza secondo la quale il giudice «non solo deve essere imparziale ma deve anche apparire tale» ai soggetti coinvolti nella controversia ed all'intera collettività²⁷.

Viceversa, il *gap* convenzionale della giurisprudenza

za nazionale – in particolare, dell'ordinanza che si censura – si palesa nell'analisi dei meccanismi processuali e delle modalità con cui tale prerogativa va assicurata, che rivela la mancata consapevolezza, da parte della Corte nostrana, che siffatta interpretazione restrittiva dell'art. 45 c.p.p. si risolve in un deficit di tutela insopportabile nell'attuale sistema europeo di protezione dei diritti procedurali fondamentali dell'imputato.

Invero, la Corte EDU, su punto chiarisce che «all'atto pratico si tratta di chiedersi se, indipendentemente dalla condotta personale dei giudici, alcuni fatti verificabili autorizzano a sospettare l'imparzialità dell'ufficio giudiziario. In questo campo, persino le apparenze possono rivelarsi importanti. È in gioco la fiducia che i tribunali di una società democratica sono tenuti ad ispirare alle parti in giudizio, a cominciare dalle parti nel procedimento»²⁸.

In altri termini, sotto il profilo dell'approccio oggettivo²⁹ bisogna stabilire se, indipendentemente dalla condotta personale dei giudici, esistano fatti verificabili che autorizzano a sospettare della imparzialità del giudice³⁰ e che giustifichino oggettivamente – agli occhi di un «osservatore esterno» – i dubbi del ricorrente³¹.

A questo riguardo, la Corte europea non solo ha chiarito da tempo che «il punto di vista di coloro che lamentano l'assenza di tale requisito è importante» e che «l'elemento determinante consiste nel sapere se si possono considerare le paure dell'interessato obiettivamente giustificabili»³², ma addirittura ha ritenuto che «persino le apparenze possono assumere una certa importanza, giacché diviene centrale la fiducia che le corti, in una società democratica, devono ispirare tanto nel pubblico quanto nell'imputato»³³.

La cassazione si è mossa su direttrici ermeneutiche opposte e, nonostante fosse tenuta ad interpretare il

²⁴ Tra le altre, Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.; Id., 18 luglio 2014, n. 223, cit.; Id., 9 maggio 2013, n. 85, cit.; Id., 1 luglio 2013, n. 170; Id., 28 novembre 2012, n. 264; Id., 22 luglio 2011, n. 236, cit.; Id., 7 aprile 2011, n. 113, cit.; Id., 5 gennaio 2011, n. 1; Id., 12 marzo 2010, n. 93; Id., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.; Id., 26 novembre 2009, n. 311, cit.; Id., 24 luglio 2009, n. 239; Id., 27 febbraio 2008, n.39; Id., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, cit. Precedentemente, Corte cost., 20 luglio 1999, n. 328.

²⁵ Corte eur., 17 luglio 2001, Sadak e altri c. Turchia; Id., 28 ottobre 1998, Ciraklar c. Turchia.

²⁶ Corte eur., 11 giugno 2009, Debus S.A. c. Francia; Id., 15 dicembre 2005, Kyprianou c. Cipro; Id., 22 aprile 2004, Pabla c. Finlandia. Precedentemente, Corte eur., 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio; Id., 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca.

²⁷ A partire da Corte eur., 25 giugno 1992, Thorgerison c. Islanda, fino a Id., 24 giugno 2010, Mancel e Branquart c. Francia; Id., 22 aprile 2010, Chesne c. Francia.

²⁸ Corte eur., 28 aprile 2009, Savino c. Italia; Id., 1° ottobre 1982, Piersack c. Belgio; Id., 24 maggio 1989, Hauschildt c. Danimarca; Id., 23 maggio 1991, Oberschlick c. Austria; Id., 25 febbraio 1992, Pfeifer e Plankl c. Austria; Id., 26 febbraio 1993, Padovani c. Italia; Id., 10 giugno 1996, Thamann c. Svizzera; Id., 7 ottobre 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia; Id., 28 ottobre 1998, Castillo Algar c. Spagna; Id., 24 settembre 2003, Pescador Valero c. Spagna; Id., 30 novembre 2011, Meznaric c. Croazia; Id., 15 ottobre 2009, Micallef c. Malta; Id., 20 febbraio 2013, Harabian c. Slovacchia.

²⁹ Corte eur., 15 ottobre 2005, Kyprianou c. Cyprus; Id., 15 ottobre 2009, Micallef c. Malta; Id., 28 febbraio 2003, Lavents c. Lettonia; Id., 12 ottobre 2007, Jorgic c. Germania; Id., 25 gennaio 2012, Richert c. Polonia.

³⁰ Corte eur., 6 maggio 2003, Kleja e altri c. Paesi Bassi.

³¹ Corte eur., 26 ottobre 2010, Cardona Serrat c. Spagna; Id., 28 ottobre 1998, Castillo Algar c. Spagna, cit.; Id., 10 giugno 2006, Thomman c. Svizzera)

³² Corte eur., 7 ottobre 1996, Ferrantelli e Santangelo c. Italia, cit.; Id., 24 febbraio 1993, Fay c. Austria.

³³ Corte eur., 15 ottobre 2009, Micallef c. Malta, cit.; Id., 30 novembre 2005, Meznaric c. Croazia; Id., 20 febbraio 2013, Harabian c. Slovacchia; Id., 28 ottobre 1998, Castillo Algar c. Spagna, cit.

diritto interno alla luce del diritto giurisprudenziale consolidato europeo³⁴ e a muoversi lungo il sentiero tracciato dalla Corte costituzionale³⁵ e dall'art. 53 CEDU che impongono di applicare il principio/regola della massima espansione della tutela dei diritti fondamentali, ha pronunciato il principio di diritto secondo cui «sono rilevanti soltanto quelle situazioni obiettive che risultano realmente idonee a fuorviare la correttezza e la serenità del giudice, menomando effettivamente l'imparzialità del giudizio e a pregiudicare il corretto svolgimento del processo, non assumendo, pertanto, rilievo i semplici sospetti e dubbi di condizionamento psicologico del giudice e delle persone che partecipano al processo». Sicché, in quest'ottica, da un lato ha ribadito che «la turbativa per la serenità del giudizio non deve avere soltanto carattere "potenziale", ma concreto, diventando un dato effettivamente inquinante del processo da rendere inevitabile l'incidenza sull'imparzialità del giudice e, dall'altro, ha concluso che quando si tratta «di semplice prospettazione di un possibile rischio di turbamento della libertà valutativa e decisoria del giudice, sul fondamento di illazioni, timori e sospetti non espressi da fatti oggettivi gravi, né dotati di intrinseca capacità dimostrativa e causale».

Le ricadute sul piano del sistema di tutela dei diritti sono facilmente intuibili: la Corte di cassazione, rigettando l'istanza difensiva di trasferire il procedimento pendente dinanzi al Tribunale di Tempio Pausania ad altro Tribunale, ne lascia l'affidamento all'autorità giudiziaria sospetta di pregiudizio.

Ora, sebbene l'assegnazione di un determinato caso a un giudice o ad un collegio rientri nel margine di apprezzamento riservato alle autorità nazionali, la giurisprudenza costante della Corte europea ha stabilito che essa dovrà comunque accertarne la compatibilità con l'art. 6, paragrafo 1, CEDU e in particolare con il requisito dell'imparzialità³⁶.

Di conseguenza, il pregiudizio arrecato al diritto dell'imputato al giudice imparziale e l'esigenza di assicurargli le relative, adeguate garanzie di oggettività di giudizio, indispensabili per rendere effettivo ed efficace il diritto dello stesso al processo giusto, rispetto alla realizzazione del quale la imparzialità è condizione irrinunciabile, possono essere rispettivamente rimediato e garantita col ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sussistendo le condizioni di ammissibilità stabilite dall'art. 34 CEDU e dagli artt. 45 e 47 del Regolamento della Corte.

³⁴ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, cit.; Id., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.; Id., 7 aprile 2011, n. 113; Id., 22 luglio 2011, n. 236; Id., 11 novembre 2011, n. 303, cit.; Id., 26 gennaio 2012, n. 15, cit.

³⁵ Corte cost., Id., 4 dicembre 2009, n. 317, cit.; Id., 1 luglio 2013, n. 170, cit.; Id., 18 luglio 2013, n. 202; Id., 4 luglio 2014, n. 191; Id., 7 aprile 2017, n. 68, cit.

³⁶ Corte eur., 9 ottobre 2008, *Moiseyev c. Russia*.

Ricorso per cassazione. Sottoscrizione della parte. Inammissibilità

abstract

With the entry into force of the law 23 June 2017 n. 103 of the reform of the penal system the formulation of articles 571 and 613 c.p.p. modified in such a way as to exclude the right of the accused to personally bring an appeal in cassation.

The Judges of the S.U. they did not share the solution proposed in the remittance order, both in the part in which the nature of a general rule is attributed to the provision of art. 571 c.p.p., confining the scope of application of the related provision pursuant to art. 613 c.p.p. to the “ordinary” appeal both when it is claimed that the abolition of the personal appeal of the accused person poses problems of compatibility with the principles established by the articles. 13 and 24 of the Constitution and art. 111 of the Constitution, paragraph 7, or with the provisions of art. 6, par. 3, lett. b) and c) of the European Convention on Human Rights.

In conclusion for the united sections the appeal for cassation against any type of provision cannot be personally proposed by the party, but must be signed, under penalty of inadmissibility, by defenders registered in the special register of the Court of Cassation.

keywords

Appeal cassation – Authorized defender – Subscription requirement.

abstract

Con l'entrata in vigore della legge 23 giugno 2017 n. 103 di riforma del sistema penale sono state praticamente riscritte la formulazione degli articoli 571 e 613 c.p.p. modificati in maniera tale da escludere la facoltà per l'imputato di proporre personalmente ricorso per cassazione. I Giudici delle sez.un. non hanno condiviso la soluzione prospettata nell'ordinanza di remissione, sia nella parte in cui si attribuisce natura di norma generale alla sola previsione dell'art. 571 c.p.p., confinando l'ambito di applicazione della connessa disposizione di cui all'art. 613 c.p.p. al solo ricorso “ordinario” sia quando si sostiene che l'abolizione del ricorso personale dell'imputato ponga problemi di compatibilità con i principi stabiliti dagli artt. 13 e 24 Cost. e art. 111 Cost., comma 7, ovvero con le previsioni dell'art. 6, par. 3, lett. b) e c), della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

In conclusione per le sezioni unite il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento non può essere personalmente proposto dalla parte, ma deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione.

parole chiave

Misure prevenzione – Ricorso cassazione – Difensore abilitato – Necessità sottoscrizione.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, (ud. 21 dicembre 2017) dep. 23 febbraio 2018 n. 8914

Misure cautelari personali – Ricorso proposto personalmente dalla parte – Riforma l. 103/2017: inammissibilità

Il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento non può essere personalmente proposto dalla parte, ma deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di Cassazione.

La questione di diritto rimessa alle Sezioni unite è sinteticamente riassumibile nei seguenti termini: «Se, a seguito delle modifiche apportate dalla l. 23 giugno 2017, n. 103 agli artt. 571 e 613 c.p.p., con cui si è esclusa la facoltà dell'imputato di proporre personalmente ricorso per cassazione, permanga la legittimazione di questi a – proporre personalmente ricorso in materia di misure cautelari personali, ai sensi dell'art. 311 c.p.p.».

I Giudici del Supremo Collegio dopo aver esaminato la *ratio* e la finalità delle modifiche normative operate su alcune disposizioni del codice di rito dalla L. 23 giugno 2017, n. 103¹ (cd. “riforma Orlando”), la quale ha diversamente regolato la disciplina del ricorso per cassazione vietando all'imputato la possibilità di provvedere personalmente alla sottoscrizione dell'atto, procedono ad affrontare la soluzione del quesito.

L'attuale quadro normativo trova una sua oggettiva giustificazione nell'esigenza, generalmente avvertita, di assicurare un alto livello di professionalità nell'impostazione e nella redazione di un atto di impugnazione, come il ricorso per cassazione, introduttivo di un procedimento connotato da una particolare importanza e da un elevato tecnicismo, tipico del giudizio di legittimità.

La scelta normativa scoraggia la diffusa prassi dei ricorsi redatti da difensori non iscritti nell'apposito albo speciale, ma formalmente sottoscritti dai propri assistiti per eludere il contenuto precettivo dell'art. 613, comma 1.

Secondo l'ordinanza di rimessione la regola della necessaria assistenza tecnica prevista dall'art. 613 c.p.p., comma 1, deve intendersi riferita, in ragione della collocazione di tale disposizione, al ricorso per cassazione avverso le sentenze o i provvedimenti con efficacia definitiva di procedimenti principali ed autonomi. Logico corollario di tale assunto ermeneutico è quello secondo cui il ricorso proposto avverso le ordinanze emesse nell'ambito del procedimento cautelare, per sua natura incidentale e strumentale ad un successivo giudizio di merito, trova la sua specifica regolamentazione nell'art. 311 c.p.p., il cui testo è rimasto immutato, continuando a contemplare la facoltà per l'imputato di sottoscrivere personalmente il ricorso, in sintonia con la regola generale di cui all'art. 571 c.p.p., comma 1.

Nell'impostazione delineata dall'ordinanza di rimessione, quindi, si attribuisce natura di norma generale alla sola previsione dell'art. 571 c.p.p. mentre quella contenuta nell'art. 613 costituirebbe una deroga applicabile al solo ricorso “ordinario” per cassazione,

¹ La citata Legge, art. 1, comma 63, ha infatti modificato l'art. 613 c.p.p., comma 1, sopprimendo l'incipit, riferibile al solo imputato, «salvo che la parte non vi provveda personalmente», parallelamente, la citata Legge, art. 1, comma 54, ha inserito, in apertura dell'art. 571 c.p.p., comma 1, la clausola «salvo quanto previsto per il ricorso per cassazione dall'art. 613, comma 1».

non valevole per le residue ipotesi in cui la possibilità di proporre tale mezzo di impugnazione viene espressamente prevista con riferimento a subprocedimenti incidentali o del tutto autonomi rispetto a quello di merito. Entro tale prospettiva, la sopravvivenza della possibilità di ricorso personale in materia cautelare trova la sua *ratio* nelle peculiarità del relativo procedimento, che non solo incide sul diritto fondamentale della libertà personale, ma è destinato a concludersi in un arco temporale assai ristretto. L'obbligo di dotarsi di un difensore iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione, con i conseguenti oneri legati allo studio degli atti e alla predisposizione del ricorso, rischierebbe di determinare, dunque, un ostacolo non di poco momento all'effettivo esercizio del diritto di difesa in una materia, quella della libertà personale, che è costituzionalmente tutelata.

A fronte della tesi prospettata nell'ordinanza di rimessione si pone un diverso orientamento interpretativo² delineato con riferimento al ricorso per cassazione personalmente proposto dal destinatario di un mandato di arresto Europeo ai sensi della l. 22 aprile 2005, n. 69, art. 22, comma 1, che consente sia alla persona interessata che al suo difensore di proporre ricorso contro i provvedimenti che decidono sulla consegna. Richiamata la giurisprudenza formatasi nel vigore della previgente normativa, la Sesta Sezione ha osservato come l'art. 613 c.p.p. fosse inteso come norma meramente ricognitiva della facoltà di proposizione personale dell'impugnazione che l'art. 571 c.p.p., comma 1, già attribuiva al solo imputato. Tale principio, infatti, era stato affermato dalla giurisprudenza al fine di escludere che parti diverse dall'imputato potessero esercitare la facoltà di proporre personalmente l'impugnazione, proprio sul presupposto che l'art. 571 non contemplava affatto tale possibilità.³

A seguito della recente riforma legislativa, segnalano i giudici della sezioni unite, però, è integralmente mutato il rapporto fra le disposizioni di cui agli artt. 571 e 613 c.p.p., poiché quest'ultima, con previsione del tutto innovativa rispetto all'assetto previgente, non ha più una funzione meramente ricognitiva del potere di proporre personalmente l'impugnazione, ma viene ad integrare una norma di esclusione, espressa e generalizzata, della possibilità di sottoscrizione personale del ricorso per cassazione da parte dell'imputato e dei soggetti a lui equiparati, così eliminando qualsiasi deroga alla regola generale che richiede la rappresentanza tecnica da parte di un difensore abilitato.

Secondo tale orientamento, ribadiscono i supremi giudici, il novellato art. 613 c.p.p. deve interpretarsi come norma di carattere generale, potenzialmente

² Cfr. Sez. 6, 15 settembre 2017, n. 42062, Lissandrello, cit.; Sez. 6, 06 novembre 2017, n. 51292, Mihaila, non mass.

³ Cfr. sez.un., 21 giugno 2000, n. 19, Adragna, Rv. 216336; sez.un., 24 settembre 2001, n. 34535, Petrantonì, Rv. 219613; sez.un., 27 settembre 2007, n. 47473, Lo Mauro, Rv. 237854.

applicabile a qualsivoglia ipotesi di ricorso per cassazione, con la conseguenza che devono ritenersi implicitamente abrogate tutte le disposizioni, siano esse collocate all'interno o al di fuori del codice di rito, che prevedono la facoltà per il soggetto interessato di presentare personalmente ricorso per cassazione, poiché il loro contenuto è ormai divenuto incompatibile con il principio desumibile da siffatta lettura del combinato disposto degli artt. 571 e 613 c.p.p. (ivi comprese, quindi, le disposizioni relative ai ricorsi in materia di estradizione, di misure cautelari personali e reali, di misure di prevenzione, di esecuzione penale, di sorveglianza e via discorrendo).

L'orientamento ultimo citato⁴ ha escluso ogni pericolo di lesioni ai principi stabiliti dalla Costituzione ovvero dalla normativa convenzionale in tema di effettività dei diritti della difesa e del contraddittorio, poiché la loro concreta attuazione può essere diversamente modulata dal legislatore in considerazione dell'elevata complessità tecnica del giudizio di legittimità, sicché è ragionevole pretendere il requisito della necessaria assistenza tecnica sin dal momento della proposizione del ricorso.

Per il Supremo Consesso, l'art. 613 c.p.p., comma 1, presenta, a seguito dell'intervento di riforma operato dal legislatore, una formulazione generale ed onnicomprensiva, incentrata sull'atto di ricorso e sulle specifiche connotazioni che lo stesso deve avere ai fini della rituale instaurazione del giudizio di legittimità, così accentrando all'interno di un'unica previsione la disciplina delle varie ipotesi di ricorso per cassazione disseminate nell'ordinamento, senza individuare alcuno specifico provvedimento che ne possa costituire l'oggetto e senza operare alcuna distinzione fra le parti private titolari del relativo diritto di impugnazione (imputato, indagato, persona interessata, ecc.), laddove nel vigore del precedente assetto normativo si distingueva fra le stesse individuando comunemente nell'imputato il solo soggetto processuale abilitato a proporre personalmente l'impugnazione di legittimità.⁵

Sulla scorta di tale impostazione, i Giudici delle sez. un. non condividono la soluzione prospettata nell'ordinanza di rimessione, lì dove si attribuisce natura di norma generale alla sola previsione dell'art. 571 c.p.p., confinando l'ambito di applicazione della connessa di-

sposizione di cui all'art. 613 c.p.p. al solo ricorso "ordinario" per cassazione, sull'erroneo presupposto della sua pretesa inidoneità a disciplinare tutte le ipotesi in cui tale mezzo di impugnazione viene utilizzato con riferimento ad atti propri di procedimenti incidentali, come quello cautelare, ovvero di procedimenti di natura del tutto autonoma rispetto a quello di merito.

Sotto altro ma connesso profilo deve escludersi, contrariamente a quanto ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, che l'abolizione del ricorso personale dell'imputato ponga problemi di compatibilità con i principi stabiliti dagli artt. 13 e 24 Cost. e art. 111 Cost., comma 7, ovvero con le previsioni dell'art. 6, par. 3, lett. b) e c), della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, nella parte in cui stabilisce, fra l'altro, che ogni accusato ha il diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa, nonché di difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta.

La necessità del ricorso alla rappresentanza tecnica per l'esercizio del diritto di impugnazione in cassazione costituisce, proprio in ragione delle peculiari connotazioni del giudizio di legittimità, un'esigenza da tempo riconosciuta nella giurisprudenza della Corte costituzionale.⁶

Nella medesima prospettiva, la Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 188 del 1980 ha osservato che alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo il cui art. 6, n. 3, lett. c) prevede la possibilità di autodifesa – non può attribuirsi il significato della necessità della difesa personale in ogni stato e grado.⁷

Il carattere "costituzionalmente imposto"⁸ del controllo di legalità dell'operato dei giudici di merito mediante il ricorso in cassazione non preclude, tuttavia, la discrezionalità del legislatore ordinario nella possibilità di conformare razionalmente l'esercizio di tale garanzia e di rinvenire soluzioni, quali la esclusione della legittimazione personale alla impugnazione in sede di legittimità, volte a garantire un migliore funzionamento della Corte di cassazione ed un più agevole esercizio

⁴ All'interno di tale prospettiva ermeneutica si è successivamente posta anche un'altra decisione di questa Corte, Sez. 5, 7 novembre 2017, n. 53203, Simut, non mass., che, muovendo dal carattere di norma generale attribuibile alla nuova disposizione di cui all'art. 613 c.p.p., ha ritenuto l'inammissibilità del ricorso per cassazione personalmente proposto dall'indagato in materia cautelare. Analoghe argomentazioni sono state recepite, inoltre, da Sez. 1, 4 ottobre 2017, n. 53330, Villa, non mass.

⁵ Cfr. sez.un., 16 dicembre 1998, dep. 1999, n. 24, Messina, Rv. 212077; sez.un., 21 giugno 2000, n. 19, Adragna, Rv. 216336; sez.un., 27 giugno 2001, n. 34535, Petrantoni, Rv. 219615.

⁶ Corte cost. sent. 12 maggio 1988, n. 588 nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p., limitatamente alla parte in cui non disponeva che l'incarico per la sottoscrizione dei motivi di ricorso al difensore iscritto nell'albo speciale della Corte di cassazione potesse essere conferito anche «con lettera raccomandata diretta allo stesso cancelliere», aveva evidenziato le peculiarità del giudizio di legittimità e come le stesse fossero «più che sufficienti a giustificare l'esigenza di una maggiore qualificazione culturale del difensore, attesa la delicatezza dei problemi giuridici che vanno discussi in quella sede».

⁷ In tale occasione il giudice delle leggi con la sentenza n. 188 del 1980 ha affermato che «la Commissione stessa ha avuto occasione di affermare che il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato interessato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti ai tribunali e che nei giudizi dinanzi ai Tribunali Superiori, nulla si oppone ad una diversa disciplina purché emanata allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia».

⁸ In tal senso: Corte cost., sent. 13 luglio 2000, n. 395.

delle funzioni di nomofilachia alla stessa attribuite.

Analogo orientamento, osservano i Supremi Giudici, emerge dalla elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU⁹, secondo cui la partecipazione e la difesa personale dell'imputato, pur costituendo principi informativi del processo penale, consentono una diversa graduazione a seconda della fase processuale. Si è affermato, pertanto, che la CEDU, pur se riconosce – nell'art. 6, par. 3, lett. c) – ad ogni imputato il diritto di “difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore” non precisa le condizioni di esercizio di tale diritto, lasciando agli Stati contraenti la scelta dei mezzi atti a permettere al loro sistema giudiziario di garantirlo.

Nella medesima prospettiva si sono orientati i Giudici delle Sezioni unite quando in tema di divieto dell'autodifesa anche nei confronti di soggetto professionalmente abilitato all'esercizio della stessa, hanno in più occasioni ribadito che il sistema processuale penale non consente l'autodifesa per una scelta discrezionale di politica giudiziaria: scelta che, in quanto finalizzata a favorire l'effettività del diritto di difesa presidiato dall'art. 24 Cost., non può certamente ritenersi priva di coerenza.¹⁰

Inoltre, le Sezioni unite¹¹ hanno affermato che, nel sistema del diritto processuale penale italiano, il legislatore ha delineato un modello di esercizio del diritto di difesa (e, conseguentemente, anche del diritto alla impugnazione) differenziato in relazione alle varie fasi e tipologie di processo.

La stessa partecipazione personale dell'imputato deve considerarsi un diritto costituzionalmente tutelato solo in quei procedimenti in cui viene trattato il merito dell'accusa penale, mentre in altri modelli procedurali il diritto di difesa e quello al contraddittorio ben possono essere garantiti attraverso la rappresentanza dei difensori.¹²

La previsione dell'art. 613 c.p.p., comma 1, proprio in ragione delle approfondite conoscenze giuridiche e dell'elevato livello di qualificazione professionale che postula l'esercizio del diritto di difesa innanzi alla Corte di cassazione, non costituisce affatto una irragionevole espressione della discrezionalità legislativa¹³ specie in un sistema che ammette il gratuito patrocinio a spese dello Stato (*ex d.P.R. 30 maggio del 2002, n. 115, art. 74 ss.*).

Né può ritenersi che l'esclusione della legittimazione dell'imputato a sottoscrivere personalmente il

ricorso per cassazione frapponga limitazioni del pieno esercizio del diritto di impugnazione in materia cautelare, in quanto la novellata disciplina dell'art. 613 c.p.p., comma 1, incide, come si è visto, sul diritto alla autodifesa dell'imputato, non già sulla titolarità del diritto al controllo di legittimità della decisione di merito – che permane immutata – mentre il diritto di impugnazione può essere sempre esercitato – in tempi rapidi, ma ragionevolmente compatibili con l'esercizio del diritto di difesa – mediante l'ausilio tecnico di un difensore particolarmente qualificato ed appositamente legittimato.

In conclusione, la questione posta dall'ordinanza di rimessione è stata risolta enunciando il seguente principio di diritto: «Il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento non può essere personalmente proposto dalla parte, ma deve essere sottoscritto, a pena di inammissibilità, da difensori iscritti nell'albo speciale della Corte di cassazione».

⁹ Corte EDU, Sez. 3, 27 aprile 2006, Sannino c. Italia, p. 48; Corte EDU, Sez. 5, 21 settembre 1993, Kremzow c. Austria; Corte EDU, 24 maggio 1991, p. 52 Quaranta c. Svizzera, p. 29.

¹⁰ Sez. 5, 03 aprile 2013, n. 32143, Querci, Rv. 256085; Sez. 1, 29 gennaio 2008, n. 7786, Stara, Rv. 239237.

¹¹ Cfr. Sez. unite, 27 giugno 2006, n. 31461, Passamani, non mass.; Sez. 2, 16 luglio 2013, n. 40715, Stara, Rv. 257072.

¹² Sez. 6, 06 maggio 2013, n. 22113, Berlusconi, Rv. 255374.

¹³ Come ritenuto da Sez. 6, 13 settembre 2017, n. 42062, Lissandrello.

Rassegna di legittimità

Circolazione stradale (nuovo codice) – Illeciti penali – Sanzioni amministrative accessorie – In genere – Sospensione della patente di guida – Determinazione della durata della sanzione – Criteri

Nei casi di applicazione da parte del giudice della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, previsti dall'art. 222 cod. strada, la determinazione della durata di tale sospensione deve essere effettuata non in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.p., ma in base ai diversi parametri di cui all'art. 218, comma 2, cod. strada, sicché le motivazioni relative alla misura della sanzione penale e di quella amministrativa restano tra di loro autonome e non possono essere raffrontate ai fini di un'eventuale incoerenza o contraddittorietà intrinseca del provvedimento.

Cass., sez. 4, sentenza 9 novembre 2017, n. 55130
(dep. 11 dicembre 2017) Rv. 271661
Pres. Piccialli, Rel. Picardi, Imp. Fiorini, P.M. Cardia (Parz. Diff.)
(Rigetta, G.U.P. Trib. Milano, 22 giugno 2017)

Impugnazioni – Effetto estensivo – Prescrizione dichiarata nei confronti del coimputato impugnante – Effetto estensivo dell'impugnazione ex art. 587, comma 1, c.p.p., al coimputato che non ha appellato – Sussistenza – Esclusione – Ragione

La declaratoria di estinzione del reato per prescrizione non può essere pronunciata anche nei confronti del coimputato non impugnante in forza dell'effetto estensivo dell'impugnazione previsto dall'art. 587, comma 1, c.p.p., se il giudicato di colpevolezza nei suoi confronti si è formato prima del verificarsi della predetta causa estintiva. (In motivazione la S.C. ha chiarito che l'opzione del coimputato impugnante di protrarre il procedimento configura una scelta processuale "esclusivamente personale" che rende perciò inoperante l'art. 587, comma 1, c.p.p. con riguardo alla prescrizione).

Cass., sez. un., sentenza 26 ottobre 2017, n. 3391
(dep. 24 gennaio 2018) Rv. 271539
Pres. Canzio, Rel. Rotundo, Imp. P.G. in proc. Visconti, P.M. Rossi (Conf.)
(Annulla senza rinvio, App. Napoli, 24 settembre 2015)

Impugnazioni – Forma – Requisiti – Motivi – In genere – Sentenza di condanna per più capi d'imputazione – Appello – Motivi – Specificità in relazione alle distinte valutazioni svolte per ciascuna contestazione – Necessità

In tema di ammissibilità dell'impugnazione, a fronte di una pronuncia di primo grado che affermi la responsabilità dell'imputato in relazione a più capi di imputazione sulla base di considerazioni separatamente svolte per ciascuno dei fatti contestati e in ragione della valutazione di elementi probatori differenti specificamente esposti per ciascuna imputazione, l'atto di appello non può limitarsi ad una generica contestazione della attribuibilità dei fatti all'imputato.

Cass., sez. 2, sentenza 15 novembre 2017, n. 53482
(dep. 24 novembre 2017) Rv. 271373
Pres. Fiandanese, Rel. Pardo, Imp. Barbato, P.M. Mura (Conf.)
(Dichiara inammissibile, App. Napoli, 07 novembre 2016)

Indagini preliminari – Chiusura delle indagini – In genere – Riunione di un procedimento ad altro per il quale è stato già notificato l'avviso ex art. 415-bis c.p.p. – Notificazione del medesimo avviso in relazione al procedimento riunito – Necessità – Esclusione – Condizioni

In tema di indagini preliminari, nel caso in cui sia disposta la riunione di un procedimento ad altro per il quale è stato già notificato l'avviso di conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 415-bis c.p.p., non è dovuta la notificazione del predetto avviso in relazione al procedimento riunito qualora il difensore dell'imputato abbia avuto accesso agli atti di quest'ultimo e non risulti il compimento di atti nuovi la cui mancata conoscenza possa pregiudicare il diritto di difesa dell'imputato, tutelato dalla sanzione prevista dall'art. 416 c.p.p.

Cass., sez. 6, ordinanza 9 novembre 2017, n. 53824
(dep. 29 novembre 2017) Rv. 271572
Pres. Carcano, Rel. Tronci, Imp. P., P.M. Pratola (Conf.)
(Annulla in parte con rinvio, App. Napoli, 22 marzo 2016)

Istituti di prevenzione e di pena (ordinamento penitenziario) – Azione risarcitoria ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. – Provvedimento del Magistrato di sorveglianza – Reclamo dell'amministrazione ex art. 35-bis, comma quarto, ord. pen. – Necessità dell'assistenza dell'Avvocatura dello Stato – Esclusione

Avverso l'ordinanza del magistrato di sorveglianza che accolga l'istanza del detenuto volta ad ottenere il risarcimento dei danni patiti per le condizioni della detenzione, l'amministrazione penitenziaria è legittimata a proporre reclamo, ai sensi dell'art. 35-bis, comma quarto, ord. pen., senza il patrocinio e l'assistenza della Avvocatura dello Stato.

Cass., sez. un., sentenza 21 dicembre 2017, n. 3775
(dep. 26 gennaio 2018) Rv. 271648
Pres. Canzio, Rel. Montagni, Imp. M. Giustizia in proc. Tuttolomondo, P.M. Canevelli (Conf.)
(Rigetta, Trib.sorv. Firenze, 11 ottobre 2016)

Istituti di prevenzione e di pena (ordinamento penitenziario) – Reclamo ai sensi dell'art. 35-ter ord. pen. – Pregiudizi subiti anteriormente all'entrata in vigore del d.l. 26 giugno 2014 n. 92 – Termine di prescrizione – Decorrenza – Individuazione

La prescrizione del diritto leso dalla detenzione inumana e degradante, azionabile dal detenuto ai sensi dell'art. 35-ter, commi 1 e 2, ord. pen., per i pregiudizi subiti anteriormente all'entrata in vigore del d.l. 26 giugno 2014 n. 92, decorre dal 28 giugno 2014.

Cass., sez. un., sentenza 21 dicembre 2017, n. 3775
(dep. 26 gennaio 2018) Rv. 271649
Pres. Canzio, Rel. Montagni, Imp. M. Giustizia in proc. Tuttolomondo, P.M. Canevelli (Conf.)
(Rigetta, Trib.sorv. Firenze, 11 ottobre 2016)

Misure di sicurezza – Patrimoniali – Confisca di prevenzione – Cessione di credito ipotecario in data successiva al provvedimento cautelare – Tutela del terzo cessionario – Condizioni – Fattispecie

In tema di confisca di prevenzione di beni gravati da ipoteca, ai fini della tutela del terzo cessionario del credito ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il giudice di merito, oltre a verificare l'antioriorità del credito originario rispetto alla trascrizione del sequestro e l'assenza del nesso di strumentalità tra la sua erogazione e l'attività pericolosa del soggetto colpito dalla misura di prevenzione, è tenuto ad appurare l'effettiva inesigibilità dell'accertamento da parte del cessionario della mancanza di trascrizioni pregiudizievoli sul bene oggetto di garanzia e l'assenza di accordi fraudolenti tra il creditore subentrante e il soggetto ritenuto pericoloso. (In motivazione, la Corte ha affermato che il fenomeno della "cessione in blocco" disciplinato dall'art. 58 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 è idoneo a determinare, sempre all'esito di una valutazione in concreto basata sull'analisi della specifica operazione e del numero delle posizioni contestualmente cedute, l'inesigibilità della operazione di verifica della mancanza di trascrizioni pregiudizievoli, con esclusione della colpa del cessionario).

Cass., sez. 1, sentenza 23 novembre 2017, n. 57848
(dep. 28 dicembre 2017) Rv. 271618
Pres. Bonito, Rel. Magi, Imp. Italfondario S.p.a., P.M. Fimiani (Conf.)
(Annulla con rinvio, Trib. Milano, 05 luglio 2016)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Appropriazione indebita – Fattispecie – Compravendita – Appropriazione dell'importo corrisposto a titolo di deposito cauzionale – Reato di appropriazione indebita – Sussistenza – Ragioni

Integra il delitto di appropriazione indebita la condotta del promissario venditore che, in esecuzione di un contratto preliminare di compravendita immobiliare, si impossessa dell'importo corrisposto a titolo di "deposito cauzionale infruttifero" e non come acconto sul prezzo o come caparra confirmatoria. (In applicazione del principio la S.C. ha ritenuto immune da vizi la sentenza impugnata con la quale i giudici di merito avevano configurato il reato in questione, valorizzando il fatto che il contratto preliminare prevedeva che l'importo versato all'alienante sarebbe stato

imputato a titolo di corrispettivo della vendita solo in sede di rogito, per cui, fino a quel momento, il denaro non era entrato nel patrimonio dell' "accipiens").

Cass., sez. 2, sentenza 16 novembre 2017, n. 54945
(dep. 07 dicembre 2017) Rv. 271528
Pres. Diotallevi, Rel. Borsellino, Imp. Ranuzzi, P.M. Ceniccola (Conf.)
(Dichiara inammissibile, App. Roma, 04 dicembre 2012)

Reati contro il patrimonio – Delitti – Rapina – Circostanze aggravanti – Travisamento – Requisiti – Travisamento – Fattispecie

Ai fini della sussistenza della circostanza aggravante del travisamento nel delitto di rapina è sufficiente una lieve alterazione dell'aspetto esteriore della persona, conseguita con qualsiasi mezzo anche rudimentale, purché idoneo a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona stessa. (Nella specie, la Corte ha riconosciuto l'aggravante in relazione al travisamento realizzato indossando un casco non integrale che, pur non coprendo interamente il viso e non impedendo del tutto la visualizzazione dei tratti somatici, rendeva comunque la persona meno riconoscibile).

Cass., sez. 2, sentenza 20 novembre 2017, n. 56937
(dep. 20 dicembre 2017) Rv. 271667
Pres. Davigo, Rel. Di Pisa, Imp. Gera, P.M. Cuomo (Conf.)
(Dichiara inammissibile, App. Venezia, 05 dicembre 2016)

Reato – Circostanze – Aggravanti in genere – Circostanza aggravante di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 – Agevolazione mafiosa – Criterio di imputazione soggettiva per i concorrenti – Dolo specifico – Necessità – Ragioni – Fattispecie

La circostanza aggravante dell'agevolazione dell'attività di un'associazione di tipo mafioso prevista dall'art.7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991, n. 203, in quanto connotata dal profilo del dolo specifico, assorbente rispetto a quello attinente alle modalità di esecuzione dell'azione che denota la diversa fattispecie aggravatrice correlata all'utilizzo del metodo mafioso, ha natura soggettiva, con la conseguenza che è applicabile a ciascun concorrente nel delitto, anche a partecipazione necessaria, solo previo accertamento che il medesimo abbia agito con lo scopo di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso, o, comunque, abbia fatto propria tale finalità.

Cass., sez. 1, sentenza 15 novembre 2017, n. 54085
(dep. 30 novembre 2017) Rv. 271641
Pres. Carcano, Rel. Centonze, Imp. Quaranta, P.M. Aniello (Conf.)
(Rigetta, Ass.App. Catanzaro, 22 settembre 2016)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Appartenenti ad associazioni mafiose – Presupposti di applicabilità delle misure – Nozione di "appartenenza" – Contenuto – Individuazione

Il concetto di "appartenenza" ad una associazione mafiosa, rilevante per l'applicazione delle misure di prevenzione, comprende la condotta che, sebbene non riconducibile alla "partecipazione", si sostanzia in un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale.

Cass., sez. un., sentenza 30 novembre 2017, n. 111
(dep. 04 gennaio 2018) Rv. 271512
Pres. Canzio, Rel. Petruzzellis, Imp. Gattuso, P.M. Balsamo (Diff.)
(Annulla con rinvio, App. Reggio Calabria, 01 aprile 2016)

Sicurezza pubblica – Misure di prevenzione – Appartenenti ad associazioni mafiose – Valutazione della attualità della pericolosità – Necessità

Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto (In motivazione la Corte ha precisato che solo nel caso in cui sussistano elementi sintomatici di una "partecipazione" del proposto al sodalizio mafioso, è possibile applicare la presunzione semplice relativa alla stabilità del vincolo associativo purché la sua validità sia verificata alla luce degli specifici elementi di fatto desumibili dal caso concreto e la stessa non sia posta quale unico fondamento dell'accertamento di attualità della pericolosità).

Cass., sez. un., sentenza 30 novembre 2017, n. 111
(dep. 04 gennaio 2018) Rv. 271511
Pres. Canzio, Rel. Petruzzellis, Imp. Gattuso, P.M. Balsamo (Diff.)
(Annulla con rinvio, App. Reggio Calabria, 01 aprile 2016)

Stupefacenti – Agevolazione dolosa dell'uso di sostanze stupefacenti – Reato di cui all'art. 79 del d.P.R. n. 309 del 1990 – Configurabilità – Fine di lucro – Necessità – Esclusione

Ai fini della configurabilità del reato previsto dall'art. 79, comma 2, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 di agevolazione dell'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope all'interno di un immobile, non è richiesto il fine di lucro né alcuna altra finalità qualificabile in termini di dolo specifico, essendo necessaria e sufficiente la consapevolezza in capo al titolare del luogo dell'uso abituale del consumo di stupefacenti da parte di altri soggetti.

Cass., sez. 4, sentenza 21 novembre 2017, n. 4

(dep. 02 gennaio 2018) Rv. 271664

Pres. Ciampi, Rel. Tanga, Imp. Santoro e altro, P.M. Cardia (Conf.)

(Dichiara inammissibile, App. Catania, 05 ottobre 2016)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Atto sessuale: condotta rilevante

(art. 609-bis c.p.)

Va qualificato atto sessuale sia l'appoggiarsi con il proprio corpo su quello della persona offesa, toccandone attraverso i vestiti, le parti intime, sia il porsi in modo tale da farsi toccare le parti intime, anche quando ciò avvenga non mediante il contatto diretto, ma attraverso i vestiti. In entrambi i casi si tratta di "atto sessuale", da un lato perché lo stesso interessa una parte del corpo che rientra scientificamente in una zona considerata erogena (tanto il gluteo, quanto le parti intime) ed esso è idoneo a violare, in via immediata e diretta, il pudore della vittima; dall'altro perché posto in essere dall'imputato con modalità usualmente moleste, sostanziandosi prima nell'avvicinarsi alla p.o. di turno, braccandola con il proprio corpo, così da non darle la possibilità di trovare un'agevole via di fuga e poi nel costringerla a subire l'atto sessuale, in tal modo realizzano una serie di atti che, oltre alla connotazione di "atto sessuale", sono idonei a far sentire ancor più a disagio la persona offesa.

Tribunale Napoli, sez. I, sentenza 3 novembre 2017, n. 11475, Pres. Occhiofino, Est. Bove

Circostanze: attenuanti generiche – Riconoscimento – Criteri e presupposti

(art. 62-bis c.p.)

Le circostanze attenuanti generiche sono state introdotte dal legislatore con riferimento a non preventivabili situazioni che incidono sulla quantità del reato e della capacità di delinquere dell'imputato. Si tratta in concreto di individuare degli elementi che, quantunque non previsti esplicitamente dal legislatore, impongano una valutazione dei fatti e/o della personalità dell'imputato che consenta un adeguamento della pena ai principi costituzionali di ragionevolezza e di finalità rieducativa della pena. In concreto questa valutazione può essere fatta tenendo conto sia degli elementi indicati nell'art. 133 c.p. che di altri parametri di giudizio, ma non è comunque necessaria nemmeno una valutazione di tutti i possibili elementi, purché vengano individuati con ragionevolezza i parametri che si ritengono più rilevanti.

Tribunale Nola, G.U.P. Napoletano, sentenza 29 gennaio 2018, n. 14

Violenza sessuale: atti sessuali – Nozione – Interventi legislativi

(art. 609-bis c.p.)

L'elemento materiale della fattispecie criminosa di cui all'art. 609 bis c.p., si sostanzia nel costringere taluno a compiere o subire "atti sessuali", e a seguito della riforma operata dalla l. 66/96 nella dizione di "atti sessuali" rientrano oggi tanto le ipotesi che in passato erano punite a norma dell'art. 519 c.p., ossia gli atti di violenza carnale, che si concretizzavano in "congiunzione carnale", quanto i cd. "atti di libidine violenti" ossia qualsiasi atto di manomissione del corpo altrui, diverso da primo e suscettibile di eccitare la concupiscenza sessuale, atti questi che erano puniti a norma dell'abrogato art. 521 c.p.. Alla luce della disciplina introdotta dalla l. del 1996, in considerazione dell'unicità della condotta individuata nella espressione "atti sessuali" deve ritenersi, in linea con l'orientamento espresso dalla S.C., che in essa rientri ogni comportamento che nell'ambito di un rapporto fisico interpersonale, sia manifestazione dell'intento di dare soddisfacimento all'istinto collegato con i caratteri anatomico-genitali dell'individuo. Ne deriva che la condotta deve concretizzarsi, quanto meno, nel toccare quelle parti del corpo altrui suscettibili di essere – nella normalità dei casi – oggetto di prodromi diretti al conseguimento dell'eccitazione, o comunque ritenute dalla scienza (non solo medica, ma anche psicologica, antropologica e sociologica) erogene. Se queste parti del corpo vengono toccate si rientra, secondo l'orientamento costante ed uniforme della S.C., nella condotta vietata dall'art. 609-bis cp, che ricomprende qualsiasi atto anche quello non esplicitato attraverso il contatto fisico diretto con il soggetto passivo, che sia come tale finalizzato ed idoneo a porre in pericolo attraverso l'eccitazione o il soddisfacimento dell'istinto sessuale

dell'agente, il bene primario della libertà di autodeterminazione dell'individuo nella sua sfera personale, o a ledere in via più immediata e diretta, il pudore della vittima.

Tribunale Napoli, sez. I, sentenza 3 novembre 2017, n. 11475, Pres. Occhiofino, Est. Bove

Molestie con il mezzo del telefono: caratteristiche – Abitualità – Esclusione

(art. 660 c.p.)

Il reato di molestie con il mezzo del telefono, si realizza anche con una sola azione, purché idonea ad offendere la percezione di un individuo in relazione al sentire comune con un modo di agire pressante ed indiscreto, tale da interferire nella sfera privata di altri in modo sgradevole, non prevedendo un comportamento abituale. Peraltro ciò non impedisce che la fattispecie concreta possa assumere caratteristiche tali da integrare il reato nella globalità delle condotte anche in considerazione di telefonate mute ricevute dalla persona offesa in rapida successione.

Tribunale Nola, G.O.T. Fedele, sentenza 30 novembre 2017, n. 3181

Omicidio colposo: investimento pedone – Condotta abnorme – Esclusione

(art. 589 c.p.)

in caso di omicidio colposo, il conducente del veicolo va esente da responsabilità per l'investimento di un pedone quando la condotta della vittima configuri, per i suoi caratteri, una vera e propria causa eccezionale, atipica, non prevista né prevedibile, da sola sufficiente a produrre l'evento, circostanza questa configurabile ove il conducente medesimo, per motivi estranei ad ogni suo obbligo di diligenza, si sia trovato nell'oggettiva impossibilità di notare il pedone e di osservarne tempestivamente i movimenti, attuati in modo rapido, inatteso ed imprevedibile.

Tribunale Nola, G.M. Imparato, sentenza 13 febbraio 2018, n. 436

CODICE PROCEDURA PENALE

Dibattimento: letture consentite – Morte del teste – Acquisizione di sit rese in sede di indagini – Utilizzabilità – Limiti – Esclusine

(art. 512 c.p.p.)

La morte del teste configura una ipotesi di sopravvenuta impossibilità di audizione dibattimentale, espressamente prevista dalla Costituzione quale deroga alla regola (fondante il giusto processo) della formazione della prova in contraddittorio fra le parti ed innanzi al Giudice competente per la decisione. L'art. 512 c.p.p. deve però essere anche valutato alla luce delle norme internazionali alle quali l'Italia aderisce ex art. 10 Cost., fra le quali emerge la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nonché alla luce dell'interpretazione che la Corte europea per i diritti dell'uomo ha dato delle norme della Convenzione. Difatti è ormai un dato acquisito la piena ed immediata precettività delle norme della Convenzione, firmata a Roma il 4/11/1950, resa esecutiva nello Stato italiano con la l. 848 del 1955. In sostanza all'art. 6 la Convenzione impone, quale regola del giusto processo, quella della formazione della prova orale in contraddittorio fra le parti, senza eccezione alcuna; non è giusta la condanna fondata sulle parole di chi non è stato controinterrogato dall'imputato o dal suo difensore. Si tratta dello stesso principio sul quale si fonda il processo penale nell'ordinamento italiano che tuttavia riconosce alcune eccezioni. La questione è appunto se l'art. 512 c.p.p., che deroga alla regola del contraddittorio sia o meno compatibile con le norme della convenzione. La Corte Europea ha sempre precisato di non poter giudicare le norme processuali dei paesi aderenti alla convenzione ma di potere solo deliberare se un dato processo è stato celebrato rispettando le regole della Convenzione. Per tale motivo la Corte si è sempre rifiutata di esprimere una valutazione sul regime dell'utilizzabilità dibattimentale delle dichiarazioni rese in sede di indagini, ribadendo che le regole sull'ammissibilità ed utilizzabilità di tali atti sono di competenza esclusiva del legislatore nazionale; ha però statuito che non è giusta la condanna fondata prevalentemente sulle dichiarazioni rese da un soggetto che non è stato contro esaminato dal difensore e dall'imputato. Ancora meglio la questione è stata chiarita nella sentenza Carta c. Gov. Italia: "Non contrasta con i principi dell'equo processo, sanciti dall'art. 6 convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'utilizzazione, come prova, delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, da un soggetto successivamente sottrattosi al controesame della difesa, sempre che le stesse dichiarazioni non costituiscano il fondamento esclusivo o determinante dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato."

Tribunale Avellino, G.M. Lezzi, sentenza 19 dicembre 2017, n. 2203

Valutazione della prova: testimonianza indiretta – Attendibilità – Limiti

(art. 195 c.p.p.)

In tema di testimonianza indiretta, in caso di contrasto tra le dichiarazioni rese dal teste de relato e quelle rese dal teste di riferimento, il Giudice ben può ritenere attendibili le prime anziché le seconde, in quanto, da un lato l'art. 195 c.p.p. non prevede alcuna gerarchia tra le dichiarazioni e, dall'altro, una diversa soluzione contrasterebbe con il

principio del libero convincimento del giudice, cui compete in via esclusiva la scelta critica e motivata della versione dei fatti e privilegiare. Altrettanto univocamente è stata affermata la necessità di attento vaglio di attendibilità di entrambe le fonti, pur avendo escluso la S.C. la necessità di riscontri.

Corte Appello Napoli, sez. II, sentenza 29 giugno 2017, n. 6793, Pres. Est. Mirra

Valutazione della prova: dichiarazione della persona offesa – Criteri

(art. 192 c.p.p.)

La valutazione delle dichiarazioni rese in dibattimento dalla p.o. va condotta secondo i canoni sanciti dall'art. 192 c.p.p., tenendo conto che, per esplicita previsione del legislatore, tali dichiarazioni, diversamente da quelle rese dal coimputato o dall'imputato di reato connesso, sfuggono alla necessità di riscontri esterni. Tuttavia, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, specie nei casi di costituzione di parte civile, la dichiarazione della parte lesa deve essere sottoposta a verifica dettagliata e non acriticamente accettata, per l'evidente interesse accusatorio che inevitabilmente è connesso alla testimonianza resa da persona portatrice di interessi confliggenti con quelli dell'imputato.

Tribunale Nola, G.O.T. Fedele, sentenza 30 novembre 2017, n. 3181

LEGGI PENALI SPECIALI

Edilizia: mutamento destinazione d'uso – Permesso costruire – Previsione

(art. 44 d.P.R. 380/01)

Le opere che implicano il mutamento della destinazione d'uso dell'immobile commerciale in abitativo, con evidente aggravio del carico urbanistico, integrano con certezza una trasformazione urbanistica del territorio e sono pertanto soggette al permesso di costruire ai sensi dell'art. 10 TU edilizia.

Tribunale Napoli, G.M. Corleto, sentenza 12 gennaio 2018, n. 968

Omissione di soccorso: elemento soggettivo

(art. 189 C d.S.)

Il reato di mancata prestazione dell'assistenza occorrente dopo un investimento esige un dolo meramente generico, ravvisabile in capo all'utente della strada il quale, in caso di incidente comunque ricollegabile al suo comportamento ed avente connotazioni tali da evidenziare in termini di immediatezza la concreta eventualità che dall'incidente sia derivato danno alle persone, non ottemperi all'obbligo di prestare la necessaria assistenza ai feriti.

Tribunale Nola, G.M. Imperato, sentenza 13 febbraio 2018, n. 436

Diritto amministrativo

IL CD. RITO “SUPER ACCELERATO” PER L’IMPUGNAZIONE DEI PROVVEDIMENTI DI AMMISSIONE ED ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO.

Nota all’ordinanza del T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018 n. 88 92
di Cristiana Lojodice

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (*d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50*) 99

a cura di Almerina Bove



Il cd. rito "super accelerato" per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalle procedure di affidamento.

Nota all'ordinanza del T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018 n. 88

abstract

With the ordinance n. 88 of 17 January 2018 the first Section of the Regional Administrative Court of Piemonte ordered a preliminary reference to the Court of Justice of the European Union concerning the compatibility of the rules contained in the art. 120, paragraph 2-bis, of the Italian code of administrative procedure with the European laws and principles on defense rights, conditions for action, proportionality and substantial effectiveness of the protection.

keywords

Admissions to the tenders of contracts – Appeals – Timeliness.

abstract

Con l'ordinanza n. 88 del 17 gennaio 2018 la prima Sezione del TAR per il Piemonte ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE circa la compatibilità delle disposizioni contenute nell'art. 120, comma 2-bis, cpa con la normativa ed i principi europei in materia di diritto di difesa, presupposti dell'azione, proporzionalità, effettività sostanziale della tutela.

parole chiave

Ammissioni ad una gara d'appalto – Impugnazioni – Tempestività.

Contesto normativo

Norme nazionali

Art. 120 D.lgs. n. 104/2010: Disposizioni specifiche ai giudizi di cui all'articolo 119, comma 1, lettera a)

comma 2-bis. Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo

29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.

Art. 29 D.lgs. n. 50/2016: Principi in materia di trasparenza

comma 1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedi-

mento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione. [È inoltre pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti.] Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente.

Art. 42 D.Lgs. n. 104/2010: Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

comma 1. Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Per i soggetti intervenuti il termine decorre dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale.

Art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016: Criteri di selezione e soccorso istruttorio

comma 10. È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l'affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Le linee guida di cui al precedente periodo istituiscono altresì un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive

e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. Per il calcolo del rating di impresa si tiene conto del comportamento degli operatori economici tenuto nelle procedure di affidamento avviate dopo l'entrata in vigore della presente disposizione. L'ANAC attribuisce elementi premiali agli operatori economici per comportamenti anteriori all'entrata in vigore della presente disposizione conformi a quanto previsto per il rilascio del rating di impresa.

Disposizioni europee di riferimento.

Art. 6 CEDU: Diritto a un equo processo

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

In particolare, ogni accusato ha diritto di:

- essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;
- disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;
- difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;
- esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

Art. 13 CEDU: Diritto a un ricorso effettivo

Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza

nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale

Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

Art. 1 Dir. 89/665/CEE: Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso

1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

2. Gli Stati membri garantiscono che non vi sia alcuna discriminazione tra le imprese suscettibili di far valere un pregiudizio nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto, a motivo della distinzione effettuata dalla presente direttiva tra le norme nazionali che recepiscono il diritto comunitario e le altre norme nazionali.

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.

4. Gli Stati membri possono esigere che il sogget-

to che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'articolo 2-bis, paragrafo 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2-quater.

5. Gli Stati membri possono esigere che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso gli Stati membri provvedono affinché la proposizione del suddetto ricorso comporti la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto.

Gli Stati membri decidono i mezzi di comunicazione appropriati, fra cui il fax o mezzi elettronici, da utilizzare per la proposizione del ricorso di cui al primo comma.

La sospensione di cui al primo comma cessa non prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha inviato una risposta, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione, di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha inviato una risposta o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della risposta.

Art. 2 Dir. 89/665/CE: Requisiti per le procedure di ricorso

1. Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

- a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice;
- b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nell'invito a presentare l'offerta, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;
- c) accordare un risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione.

2. I poteri di cui al paragrafo 1 e agli articoli 2 quinquies e 2 sexies possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso.

3. Qualora un organo di prima istanza, che è indi-

pendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2-bis, paragrafo 2, e all'articolo 2-quinquies, paragrafi 4 e 5.

4. Eccetto nei casi di cui al paragrafo 3 e all'articolo 1, paragrafo 5, le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione alle quali si riferiscono.

5. Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive.

La decisione di non accordare provvedimenti cautelari non pregiudica gli altri diritti rivendicati dal soggetto che chiede tali provvedimenti.

6. Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.

7. Eccetto nei casi di cui agli articoli da 2-quinquies a 2-septies, gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 del presente articolo sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto sono determinati dal diritto nazionale.

Inoltre, tranne che nei casi in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la conclusione di un contratto a norma dell'articolo 1, paragrafo 5, del paragrafo 3 del presente articolo o degli articoli da 2-bis a 2-septies, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione.

8. Gli Stati membri fanno sì che le decisioni prese dagli organi responsabili delle procedure di ricorso possano essere attuate in maniera efficace.

9. Se gli organi responsabili delle procedure di ricorso non sono organi giudiziari, le loro decisioni sono sempre motivate per iscritto. In questo caso inoltre devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima presa dall'organo di ricorso competente oppure ogni presunta infrazione nell'esercizio dei poteri che gli sono conferiti possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 234 del trattato e che sia

indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e dall'organo di ricorso.

La nomina dei membri di tale organo indipendente e la cessazione del loro mandato sono soggetti a condizioni uguali a quelle applicabili ai giudici, per quanto concerne l'autorità responsabile della nomina, la durata del loro mandato e la loro revocabilità. Per lo meno il presidente di tale organo indipendente deve avere le stesse qualifiche giuridiche e professionali di un giudice. L'organo indipendente prende le proprie decisioni previa procedura in contraddittorio e tali decisioni producono, tramite i mezzi determinati da ciascuno Stato membro, effetti giuridici vincolanti.

sommario

1. La questione all'esame del T.A.R. Piemonte. – 2. I motivi del possibile contrasto con la normativa ed i principi europei in materia. – 2.1. Segue. – 2.2. Segue. – 2.3. Segue. – 3. Osservazioni conclusive.

1. La questione all'esame del T.A.R. Piemonte

Nell'ordinanza che qui si annota il T.A.R. Piemonte ha riassunto nei termini seguenti

L'oggetto della controversia e i fatti processuali rilevanti.

Con il ricorso proposto avanti al Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, la Cooperativa Valdocco ha impugnato gli atti della gara indetta per l'aggiudicazione del servizio di assistenza domiciliare per l'ambito territoriale del Consorzio intercomunale servizi sociali di Pinerolo e per parte del distretto sanitario del pinerolese coincidente con il territorio consortile, per il periodo 01/06/2017 - 31/05/2020 (cig 69769877 CE), secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016.

La gara è stata aggiudicata al Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA (da ora anche solo R.T.I.), con la Determinazione del Direttore del Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo (C.I.S.S.) n. 203 del 19/05/2017.

La Cooperativa Valdocco, seconda classificata, ha proposto censure avverso gli atti di gara, lamentando altresì la mancata esclusione dell'aggiudicataria, per l'assenza in capo alle ditte mandanti dei requisiti di partecipazione.

Il ricorso è stato proposto a conclusione del procedimento di gara, una volta intervenuta l'aggiudicazione, seppure la stazione appaltante avesse regolarmente comunicato alle ditte partecipanti l'atto di ammissione dei concorrenti, come previsto dall'art 29 d.lgs. 50/2016.

Ai sensi dell'art 120 art 2 bis codice del processo amministrativo (c.p.a.), introdotto dall'art 204 d.lgs. 50/2016, ogni contestazione relativa alla ammissione e/o all'esclusione deve essere proposta nel termine pe-

rentorio di 30 giorni decorrente dalla comunicazione dell'atto di cui all'art 29 d.lgs. 50/2016.

La stazione appaltante e la controinteressata hanno quindi eccepito la irricevibilità del ricorso, in quanto proposto avverso l'aggiudicazione definitiva, mentre, vertendo su questioni di ammissibilità avrebbe dovuto essere proposto entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'atto di ammissione alla gara dei concorrenti.

Con sentenza non definitiva n. 1129 del 13 novembre 2017, il Collegio ha rilevato che l'applicazione della suindicata normativa dovrebbe condurre alla declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso, impedendo quindi l'esame nel merito delle censure che denunciano l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo al R.T.I. risultato aggiudicatario della gara; pertanto il Collegio ha sospeso il giudizio, ritenendo rilevante e decisiva la questione oggetto della domanda di rinvio pregiudiziale.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto di dover sottoporre all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea i due seguenti quesiti:

1) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 120 comma 2-bis c.p.a, che, impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione/mancata esclusione di un altro soggetto, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione/esclusione dei partecipanti;

2) se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela, segnatamente, gli articoli artt. 6 e 13 della CEDU, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'art. 1 Dir. 89/665/CEE, 1 e 2 della Direttiva, osti ad una normativa nazionale quale l'art. 120 comma 2-bis c.p.a, che preclude all'operatore economico di far valere, a conclusione del procedimento, anche con ricorso incidentale, l'illegittimità degli atti di ammissione degli altri operatori, in particolare dell'aggiudicatario o del ricorrente principale, senza aver precedentemente impugnato l'atto di ammissione nel termine suindicato.

2. I motivi del possibile contrasto con la normativa ed i principi europei in materia

È interessante preliminarmente evidenziare che le problematiche connesse al radicale ribaltamento di prospettiva introdotto dal nuovo codice dei contratti pubblici, e di cui meglio e più analiticamente si dirà in seguito, sono state già affrontate dal Giudice Amministrativo sotto il profilo della conformità della relativa disciplina – id est: l'art. 120, comma 2-bis,

cpa – ai parametri di cui agli articoli 24, 103, 111 e 113 della Costituzione.

In particolare si era dubitato della legittimità costituzionale della detta norma sotto diversi profili, perché la stessa, nell'imporre l'immediata impugnativa dei provvedimenti di ammissione (o esclusione) dalle procedure di gara (nel termine di trenta giorni dalla pubblicazione degli stessi ai sensi dell'art. 29, comma I, D.lgs. n. 50/2016) impedisce, in mancanza, la possibilità di far valere successivamente eventuali vizi di quegli atti; perché, per evitare, appunto, una simile decadenza, costringe gli operatori a proporre una molteplicità di ricorsi, anche al "buio" ed in assenza di un interesse concreto ed attuale; ancora, perché risulterebbe compresso il diritto di difesa nonché di azione nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

Tali questioni, tuttavia, esaminate dalla Quarta e dalla Settima Sezione del TAR Campania, sono state ritenute infondate, seppure la prima, con la sentenza n. 5852 del 20 dicembre 2016, aveva riconosciuto che il nuovo rito "superaccelerato", per come congegnato, poteva far *virare* il contenzioso in materia di appalti verso un modello di giudizio di diritto oggettivo non in armonia con gli articoli 24 e 113 della Costituzione.

In particolare, la Settima Sezione, con la sentenza n. 696 del 2 febbraio 2017, ha affermato che la *ratio* acceleratoria del cit. art. 120, comma 2-bis, volta alla sollecita definizione del processo in materia di appalti, è pienamente conforme al principio di ragionevolezza dei tempi del processo ed al principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui agli articoli 24 e 113 della Costituzione; e ciò perché costituisce *jus receptum* l'orientamento secondo il quale il termine per l'impugnazione decorre dal momento in cui si è verificata ed è apprezzabile la situazione di lesività, atteso che la piena conoscenza del provvedimento causativo di tale lesione non può ritenersi operante oltre ogni limite temporale, per evitare che l'attività della Pubblica Amministrazione sia suscettibile d'impugnazione sine die.

Con l'ordinanza che qui si commenta il T.A.R. per il Piemonte affronta oggi la questione da una diversa prospettiva: e cioè, come anticipato, la compatibilità delle prescrizioni dell'art. 120 comma 2-bis del c.p.a. con la normativa ed i principi europei in materia.

Tale norma, come riferito, prevede che l'impugnativa dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni alla stessa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, va proposta nel termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione di tali provvedimenti sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici. L'omessa impugnazione preclude la possibilità

di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale.

Tali previsioni, secondo il T.A.R. remittente, contrastano con la disciplina europea per i molteplici, seguenti aspetti.

2.1. Il nuovo modello di contenzioso delineato dalla disposizione in questione è stato definito a *duplice sequenza*, in quanto il Legislatore ha imposto l'obbligo dell'eventuale impugnativa dei provvedimenti di esclusione od ammissione alla gara da parte di un soggetto partecipante alla stessa prima che intervenga il provvedimento di aggiudicazione; ciò nell'intento di individuare definitivamente la platea dei soggetti ammessi alla selezione in un momento antecedente all'esame delle offerte (cfr. parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato, Commissione Speciale, reso sullo schema del D.Lgs. sui contratti pubblici), e quindi di scongiurare possibili regressioni del procedimento alla fase dell'ammissione, compromettendosi conseguentemente la speditezza ed economicità dello svolgimento della gara (cfr. parere n. 782/2017 del Consiglio di Stato, Commissione Speciale, reso sulle Disposizioni integrative e correttive al D.Lgs. sui contratti pubblici).

Ma, ad avviso del T.A.R. Piemonte, il perseguimento di tali finalità incontra pur sempre il limite del rispetto del principio comunitario di effettività sostanziale del diritto di difesa – che trova la propria fonte nel diritto ad un giusto ed effettivo processo riconosciuto dagli articoli 6 e 13 della CEDU, dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea e dagli artt. 1 e 2 della Dir. 89/665/CE – secondo cui la tutela giurisdizionale può e deve trovare ingresso solo quando vi sia stata la lesione concreta ed attuale di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, così come concreto ed attuale deve essere l'interesse ad una pronuncia dell'autorità giudiziaria: ed è dunque a tale momento che l'interessato è tenuto ad azionare lo strumento processuale.

Secondo il Giudice remittente l'attuale sistema contenzioso non appare quindi conforme a tali principi, giacché fa carico della contestazione giudiziale delle determinazioni delle stazioni appaltanti ad un soggetto che non ha alcuna certezza di poter conseguire un vantaggio materiale dall'eventuale esito favorevole della controversia, ed anzi che potrebbe addirittura correre il rischio di favorire altri partecipanti qualora, dopo aver proposto con esito favorevole l'impugnativa avverso l'ammissione di taluni concorrenti, quell'operatore, all'esito della valutazione delle offerte, non consegua poi l'aggiudicazione.

Con l'ulteriore, aberrante conseguenza dell'incidenza negativa sul *rating* di impresa di cui gode l'operatore economico, atteso che, a mente dell'art. 83, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016, «I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al

presente comma tengono conto, in particolare, dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto». E dunque, ad avviso del T.A.R., la conseguenza di una valutazione negativa ai fini del riconoscimento dei requisiti reputazionali per il rilascio della certificazione relativa al rating di impresa condiziona inevitabilmente i concorrenti circa la scelta di intraprendere iniziative giudiziarie anticipate rispetto al verificarsi della lesione concreta, in mancanza della certezza di poter conseguire un effettivo vantaggio dall'eventuale esito favorevole della controversia, divenendo un elemento di dissuasione rispetto a tale scelta.

Conclusivamente sul punto, pertanto, ad avviso del T.A.R. Piemonte la tipologia di contenzioso scaturente dall'applicazione della norma in parola è da qualificarsi come «giudizio di diritto oggettivo» – ponendosi in contrasto con i principi comunitari sopra richiamati – nel quale diviene recessivo il principio della immediatezza della lesione derivante dal provvedimento impugnato rispetto all'attualità della reazione giurisdizionale, anticipandola obbligatoriamente ad un momento procedimentale nel quale la selezione degli interessi dei singoli partecipanti non è ancora tale da poter far riconoscere in capo a ciascun concorrente un effettivo e concreto interesse (ed utilità) all'impugnativa».

2.2. La normativa nazionale si pone altresì in contrasto, secondo il Giudice remittente, con il principio comunitario di proporzionalità secondo cui non è possibile travalicare i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dal Legislatore.

Nella specie, nell'ordinanza in commento viene evidenziato come l'accesso alla giustizia risulti eccessivamente aggravato, sia sotto il profilo processuale che economico, dall'applicazione delle disposizioni del rito "super accelerato".

Ed invero, l'onere che la richiamata norma impone a ciascun operatore partecipante alla gara di impugnare immediatamente, a pena di decadenza, i provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti, anche al "buio" qualora la documentazione amministrativa per la quale sia stata avanzata richiesta di accesso non sia stata fornita tempestivamente, e di proporre ricorsi autonomi avverso ciascuna ammissione per scongiurare il rischio di inammissibilità di un gravame cumulativo, produce un'enorme proliferazione del contenzioso, e quindi il rallentamento delle procedure di gara, all'opposto delle finalità che la norma intendeva perseguire.

A ciò si aggiunga, poi, l'onere di carattere economico connesso al moltiplicarsi dei giudizi, che pure diventa un elemento di dissuasione dalla proposizione delle azioni giudiziarie, con conseguente compromissione, ancora una volta, del diritto di difesa.

2.3. Altro motivo di contrasto dell'art. 120, comma 2-bis cpa con la normativa ed i principi europei in materia già richiamati risiede nella definitiva preclusione per l'operatore che sia risultato vincitore della gara e la cui aggiudicazione sia stata impugnata, che non abbia a suo tempo, entro il termine di decadenza contenuto nella norma in questione, contestato l'ammissione di quell'operatore pur privo dei necessari requisiti per partecipare alla procedura di selezione, di far valere con ricorso incidentale l'illegittimità di tale ammissione. Al riguardo, il T.A.R. Piemonte ha altresì messo in evidenza l'inammissibile paradosso che viene conseguentemente a determinarsi, e cioè quello di rendere non più contestabili aggiudicazioni di commesse pubbliche disposte, in ipotesi, in favore di soggetti non idonei.

Pertanto, va segnalato che la questione della proposizione del ricorso incidentale relativamente ad impugnative proposte avverso i provvedimenti di ammissione alla gara è stata affrontata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 5182 del 10 novembre 2017. Con tale decisione è stato affermato che, sul piano testuale, l'art. 120, comma 2-bis cpa, preclude solo la possibilità di far valere con ricorso incidentale "*l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento*" ma non quella di ciascun provvedimento di ammissione alla gara, con la conseguenza che, per quanto riguarda questi ultimi, deve trovare applicazione il primo comma dell'art. 42 cpa, sicché il termine per la proposizione del ricorso incidentale non va computato facendo riferimento alla pubblicazione di tali provvedimenti ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, ma considerando l'intervenuta notifica del ricorso principale.

Con tale opzione ermeneutica il Consiglio di Stato, assicurando la concentrazione in un unico giudizio di tutte le questioni relative alla fase di ammissione ed esclusione dei concorrenti, ha quindi consentito di preservare le finalità di snellezza e celerità che costituiscono la *ratio* della norma in questione, ed al contempo di salvaguardare la natura dell'impugnazione incidentale quale mezzo di tutela dell'interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

3. Osservazioni conclusive

La questione si pone dunque nei termini sopra riassunti, ed occorrerà evidentemente attendere le valutazioni della Corte di Giustizia Europea.

Pertanto, ove quest'ultima si pronunciasse nel senso della non compatibilità della norma in questione con l'ordinamento europeo, dovrebbe trarsi la conclusione del fallimento dell'idea portante sottesa alla riforma recata dal nuovo codice degli appalti, e cioè quella di scindere le varie fasi della procedura di gara isolando e concentrando le eventuali impugnative.

E dunque il successivo, necessario intervento del

Legislatore dovrebbe presumibilmente attestarsi su uno schema più aderente al sistema del precedente codice di cui al Decreto Legislativo n. 163/2006 e, in genere, alla tradizione del nostro ordinamento in materia: e cioè quello di garantire, da parte del soggetto che ne abbia effettivamente e concretamente interesse, la possibilità dell'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica, a conclusione della stessa, denunciando in tale sede l'eventuale illegittimità di ogni singolo atto del procedimento.

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*)

Affidamento in un unico lotto - Servizi eterogenei - Violazione del principio di *favor participationis*

L'affidamento di una gara in un unico lotto di servizi eterogenei tra loro (servizi di ausiliario, assistenza trasporto scolastico, manutenzione e pulizia di edifici scolastici, manutenzione del verde scolastico, manutenzione del verde su tutto il territorio comunale, manutenzione del verde delle piste ciclabili e di derattizzazione, sanificazione disinfezione del territorio comunale) contrasta con gli artt. 30, 51 e 83 del d.lg. n. 50 del 2016, nella misura in cui lede il fondamentale principio di favor participationis, limitando in modo irragionevole la facoltà di presentazione individuale delle offerte da parte delle piccole e medie imprese, non garantendo né l'esplicitarsi di una piena apertura del mercato alla concorrenza né i risparmi di spesa potenzialmente derivanti da una più ampia gamma di offerte relative alla prestazione dei singoli servizi.

T.A.R. Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1087, Pres. A. S. Amodio, Est. F. M. Tropicano

Condizioni generali di contratto - Patti di integrità - Obbligazioni del concorrente

I "Patti di integrità" costituiscono condizioni generali di contratto predisposte dalla stazione appaltante e accettate dall'impresa concorrente finalizzate ad ampliare gli impegni cui si obbliga il concorrente da un duplice punto di vista: - temporale: gli impegni assunti dalle imprese rilevano sin dalla fase precedente alla stipula del contratto di appalto; - contenutistici: si richiede all'impresa di impegnarsi, non alla corretta esecuzione del contratto di appalto, ma ad un comportamento leale, corretto e trasparente, sottraendosi a qualsiasi tentativo di corruzione o condizionamento dell'aggiudicazione del contratto. Dunque, il "Patto di integrità" fa sorgere obbligazioni strettamente connesse alla specifica procedura cui l'operatore economico partecipa e per la quale sottoscrive il patto, e non si riferisce, pertanto, a comportamenti tenuti dall'impresa in occasione di precedenti appalti. Ne deriva che la stipulazione di un'intesa anticoncorrenziale riferita ad un precedente contratto di appalto ovvero la scorretta gestione di precedenti contratti di appalto non costituiscono violazioni degli impegni assunti con il Patto di integrità.

Cons. Stato, sez. V, 05 febbraio 2018, n. 722, Pres. F. Caringella, Est. F. Di Matteo

Informativa antimafia - Ragionevole convincimento sulla sussistenza di un condizionamento mafioso dell'impresa

Ai sensi dell'art. 84, comma 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ai fini della legittima adozione dell'informativa antimafia occorre un quadro indiziario più che sufficiente - in base alla regola causale del 'più probabile che non' - a ingenerare un ragionevole convincimento sulla sussistenza di un condizionamento mafioso in capo all'impresa ricorrente.

T.A.R. Napoli, sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1017, Pres. S. Veneziano, Est. O. Di Popolo

Offerta - È ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara per superare le ambiguità

Nelle gare pubbliche è ammissibile un'attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente.

Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 113, Pres. F. Caringella, Est. A. Rotondano

Offerta – Verifica dell'anomalia – Modus Procedendi

Ai sensi dell'art. 97, comma 2 del nuovo codice appalti – disposizione assai “poco lineare” che ha dato luogo a “numerosi dubbi interpretativi” – il modus procedendi per individuare le offerte soggette alla verifica di anomalia sembra doversi così ricostruire: 1. escludere il 10 % (arrotondato all'unità superiore) delle offerte di maggior ribasso e altrettante di quelle di minor ribasso (cd. taglio delle ali); 2. effettuato il taglio delle ali, sommare i ribassi rimasti, indi calcolarne la media aritmetica; 3. se la prima cifra dopo la virgola della somma suddetta è una cifra pari, oppure è zero, la media resta invariata; se è dispari, allora la media viene diminuita di una percentuale pari a tale cifra.

Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2018, n. 435, Pres. F. Caringella, Est. D. Ravenna

Partecipazione alla gara – Criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di valutazione dell'offerta – Divieto di commistione

Nelle gare pubbliche è indebito includere tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio; è necessario, dunque, tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli attinenti l'offerta e l'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare.

Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279, Pres. F. Caringella, Est. A. Rotondano

Partecipazione alla gara – Criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione – Eccezione – Appalti di servizi

Il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara può essere interpretato “cum grano salis”, per cui le Stazioni appaltanti – nei casi in cui ravvisino l'opportunità che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l'oggetto del contratto – possono prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara; tuttavia, tale possibilità riguarda solo gli appalti di servizi e sempre che ricorrano determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta; inoltre, lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non deve incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo.

Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279, Pres. F. Caringella, Est. A. Rotondano

Requisito di partecipazione – Iscrizione Camera di Commercio – Il Codice ATECO ha principalmente funzione statistica

Ai fini della determinazione dell'oggetto sociale, rileva come requisito di partecipazione alla gara l'iscrizione dell'impresa in una determinata categoria presso la C.C.I.A.A., dimostrativa della volontà della stessa impresa di esercitare quell'attività, per la quale ha chiesto l'iscrizione, mentre l'identificazione dell'attività prevalente non può essere basata sui codici ATECO sia perché non previsto dalla lex specialis, sia perché tale sistema ha principalmente funzione statistica, in quanto finalizzato ad indicare l'attività nella domanda di iscrizione nel registro delle imprese senza alcun rilievo sulla connotazione come attività prevalente od accessoria.

Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, n. 262, Pres. F. Caringella, Est. S. Fantini

Requisito di partecipazione – Iscrizione al registro nazionale dei gestori ambientali – Subappalto

Nell'ambito di una gara di appalto l'iscrizione al registro nazionale dei gestori ambientali è un requisito di partecipazione e non di esecuzione del contratto, con la conseguenza che è suscettibile, nella vigenza del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di subappalto c.d. necessario.

T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 gennaio 2018, n. 94, Pres. ed Est. C. Testori

Requisito di partecipazione – L'annullamento del DURC rientra nella competenza del giudice ordinario

Non rientra nei poteri del giudice amministrativo l'annullamento del d.u.r.c. di competenza del giudice ordinario, bensì soltanto l'accertamento in via incidentale della sua illegittimità, quale atto interno della fase procedimentale di verifica dei requisiti di ammissione dichiarati dal partecipante ad una gara ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico.

Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 110, Pres. F. Caringella, Est. A. Rotondano

Requisito di partecipazione – È esclusa la regolarizzazione postuma del DURC richiesto dalla Stazione Appaltante

Nessun rilievo assume la regolarizzazione postuma da parte dell'impresa della posizione previdenziale, operando l'istituto dell'invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di d.u.r.c. negativo) solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al d.u.r.c. richiesto dall'impresa, e non a quello richiesto dalla Stazione Appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) del Codice dei contratti per la partecipazione alla procedura selettiva.

Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 110, Pres. F. Caringella, Est. A. Rotondano

Revoca legittima dell'aggiudicazione di un appalto – Casi

In materia di appalti pubblici le ragioni in grado di supportare la revoca legittima dell'aggiudicazione sono state variamente individuati e tre sono, specialmente, le fattispecie ricorrenti: a) revoca per sopravvenuta non corrispondenza dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione; b) revoca per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto; c) revoca per inidoneità della prestazione descritta nella lex specialis a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura.

Cons. di Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 120, Pres. F. Saltelli, Est. F. Di Matteo

Revoca dell'aggiudicazione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse – Comportamenti scorretti dell'aggiudicatario – Particolarità

Nell'ipotesi di revoca dell'aggiudicazione per "sopravenuti motivi di pubblico interesse" rientrano anche i comportamenti scorretti dell'aggiudicatario manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva. In detti casi la revoca assume la particolare connotazione di revoca-sanzione, poiché la caducazione degli effetti è giustificata da condotte scorrette del privato beneficiario di un provvedimento favorevole dell'amministrazione. La particolarità di tale revoca consiste nel fatto che l'amministrazione non è tenuta a soppesare l'affidamento maturato dal privato sul provvedimento a sé favorevole e, d'altra parte, non ricorrono pregiudizi imputabili all'amministrazione e ristorabili mediante indennizzo poiché ogni conseguenza, ivi comprese eventuali perdite economiche, è imputabile esclusivamente alla condotta del privato e non danno luogo a responsabilità dell'amministrazione, neppure da atto lecito.

Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 120, Pres. F. Saltelli, Est. F. Di Matteo

Revoca dell'aggiudicazione per carenza di copertura finanziaria – Responsabilità precontrattuale della P.A.

In caso di revoca dell'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico per carenza originaria o sopravvenuta della copertura finanziaria, è configurabile la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione per violazione delle regole di correttezza e buona fede nelle trattative ex art. 1337 c.c., quando le condizioni di criticità economica erano conosciute o quanto meno conoscibili impiegando l'ordinaria diligenza.

T.A.R. Napoli, sez. I, 09 gennaio 2018, n. 139, Pres. S. Veneziano, Est. G. Di Vita

Ricorso cumulativo – Atti e provvedimenti riferiti a lotti distinti – Connessione procedimentale e funzionale

Atti e provvedimenti riferiti a lotti distinti e adottati dalla medesima Stazione Appaltante nell'ambito di una stessa procedura d'appalto, possono essere impugnati con ricorso cumulativo se le contestazioni sono dirette nei confronti dei segmenti procedurali comuni (il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione aggiudicatrice, e così via), sussistendo, in tal caso, una connessione procedimentale e funzionale, ossia a condizione che i provvedimenti siano riferibili al medesimo procedimento amministrativo o, più in generale, iscrivibili all'interno della medesima azione amministrativa, che, dunque, è oggetto di contestazione nel suo complesso.

Cons. di Stato, sez. V, 04 gennaio 2018, n. 51, Pres. G. Severini, Est. F. Di Matteo

Soccorso istruttorio – È legittima la sostituzione di una cauzione prestata da una finanziaria non abilitata

Qualora il concorrente provveda ad allegare alla offerta presentata in gara una cauzione prestata da una finanziaria che, solo in un momento successivo, si accerta non essere abilitata a rilasciare garanzie nei confronti del pubblico, è legittimo l'operato della Stazione Appaltante che ha attivato il soccorso istruttorio consentendo la sostituzione della garanzia prestata con altra, rilasciata da un istituto autorizzato, senza alcun nocumento per gli interessi pubblici.

Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 591, Pres. F. Caringella, Est. P. G. N. Lotti

Soccorso istruttorio – Mancata indicazione dei nominativi della terna di subappaltatori

In sede di gara pubblica la mancata indicazione dei nominativi di una terna di subappaltatori, ove prescritta dal nuovo codice degli appalti, può essere sanata con il soccorso istruttorio ex art. 83, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 gennaio 2018, n. 94, Pres. ed Est. C. Testori

Diritto tributario

ANALISI DELLA TERRITORIALITÀ E DELLA RESIDENZA FISCALE DELLE PERSONE FISICHE
E GIURIDICHE 104
di Simone Stanzola

RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE,
DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 114
a cura di Maria Pia Natri



Analisi della territorialità e della residenza fiscale delle persone fisiche e giuridiche

abstract

With the present contribution we analyze the importance of the territoriality and the fiscal residence in our national system. After an analysis of the regulation in force, we then proceed to describe the main interpretative problems, also with reference to concrete cases like the recent judgment of the TAR of the Lazio involving Google and AgCom and the judgment of the CTR of the Lombardia involving the Gucci sisters.

keywords

Fiscal residence – Tax law – Territoriality – Gucci – Google.

abstract

Con il presente contributo si analizza anzitutto l'importanza della territorialità e della residenza fiscale nell'ambito del nostro sistema nazionale. A seguito di un'analisi della disciplina vigente si è, poi, proceduto a descrivere le principali problematiche interpretative, anche facendo riferimento a casi concreti come la recente sentenza del TAR del Lazio che ha interessato Google e l'AgCom e la sentenza della CTR della Lombardia riguardante le sorelle Gucci.

parole chiave

Residenza fiscale – Diritto tributario – Territorialità – Gucci – Google.

sommario

1. Introduzione. – **1.1.** Territorialità dei tributi: introduzione. – **1.2.** Territorialità esecutiva. – **1.3.** Territorialità materiale. – **1.4.** Criteri di collegamento. – **2.** Residenza fiscale delle persone fisiche alla luce di quanto disposto dal tuir. – **2.1.** Caso Gucci. – **2.2.** Presunzione relativa di residenza fiscale in Italia. – **2.3.** Norme convenzionali OCSE sulla residenza fiscale delle persone fisiche (Tie Breaker Rule). – **2.4.** La Flat Tax introdotta dalla Legge di bilancio 2017. – **3.** Residenza fiscale delle persone giuridiche alla luce di quanto disposto dal tuir. – **3.1.** Un approfondimento sulla sede legale: il caso Google e AgCom. – **3.2.** Norme convenzionali OCSE sulla residenza fiscale delle persone giuridiche (Tie Breaker Rule). – **4.** Conclusioni.

1. Introduzione

Nel parlare dei criteri dell'imposizione fiscale dei soggetti residenti e non residenti nel nostro Paese, occorre trattare preliminarmente dei criteri di territorialità del tributo così come sviluppati dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia tributaria e, solo in un secondo momento, analizzare il concetto, molto dibattuto in una serie di sentenze recenti (caso Gucci per esempio), della residenza fiscale delle persone fisiche e delle persone giuridiche.

1.1. Territorialità dei tributi: introduzione

Come abbiamo anticipato prima di analizzare nel dettaglio il concetto di residenza fiscale, occorre preliminarmente sottolineare la centralità del territorio nei sistemi impositivi nazionali e, quindi, brevemente, procedere ad una disamina dell'espressione "territorialità dei tributi".

L'espressione territorialità dei tributi, intesa nel senso internazionalistico¹ del termine, evoca due problematiche diverse, ma tra loro interconnesse.

Da un lato c'è il problema dell'imposizione tributaria per presupposti verificatisi in tutto o in parte all'estero e dall'altro il problema dell'accertamento e della riscossione all'estero di crediti tributari.

La dottrina² suole definire questi due aspetti della territorialità, rispettivamente, territorialità materiale e territorialità esecutiva.

Pur trattandosi di profili che non necessariamente si accompagnano l'un l'altro³, la dottrina li ha spesso analizzati in modo congiunto, formulando mutevoli e contingenti opinioni teoriche essenzialmente fondate sulla natura delle effettive relazioni tra Stati sovrani in materia tributaria.

1.2. Territorialità esecutiva

¹ Il concetto di territorialità può essere infatti inteso anche come territorialità dei tributi all'interno dello Stato (es. tributi regionali), ma in questa sede non interessa.

² MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. Disc. Priv. sez. comm.* Roma 1998.

³ Basti pensare al caso in cui un contribuente espatri dopo aver evaso imposte relative a presupposti verificatisi in Italia. Naturalmente, in tal caso sarebbe rilevante esclusivamente il problema della riscossione all'estero di crediti tributari.

Una prima accezione dell'espressione "territorialità dei tributi" si riferisce ad un profilo "esecutivo" della stessa, trattando della concreta attuazione all'estero dei tributi nazionali.

Con riferimento a tale aspetto esecutivo della territorialità, va innanzitutto premesso che nessuno Stato può esercitare, in linea di principio, attività di accertamento e riscossione in territorio estero, se non in virtù di accordi internazionali.

La tendenza di ciascuno Stato a custodire gelosamente le proprie prerogative tributarie all'interno del proprio territorio, ha portato, poi, la dottrina all'elaborazione di un principio di non collaborazione tra gli Stati in materia tributaria⁴.

Tale principio trova, nella pratica, una serie di deroghe rappresentate dal corpus di norme di matrice convenzionale che costituiscono, di fatto, limitazioni al principio generale di non collaborazione di cui sopra⁵.

Proprio la proliferazione di convenzioni bilaterali e multilaterali in materia tributaria, ha portato un'altra parte della dottrina⁶ a considerare inadeguato il principio di non collaborazione all'attuale livello di integrazione raggiunto dal contesto economico internazionale.

Pertanto si è sostanzialmente affermata l'esistenza di una tendenza ad una maggiore collaborazione tra gli Stati, dove le convenzioni internazionali non rappresentano una deroga, ma semmai una conferma di tale cooperazione fiscale internazionale.

Tenuto presente che l'effettivo superamento del principio di non collaborazione deriverebbe dall'esistenza, all'interno delle convenzioni bilaterali e multilaterali stipulate, di clausole di assistenza reciproca in materia di accertamento e riscossione, l'impostazione esposta sarebbe condivisibile solo laddove tali clausole fossero presenti nella maggior parte delle convenzioni in vigore.

Ciò difficilmente accade nella pratica, infatti, la stragrande maggioranza delle convenzioni operanti prevede esclusivamente lo scambio di informazioni, senza nulla disporre in materia di assistenza effettiva all'accertamento e alla riscossione⁷.

Ne deriva l'attualità del principio di non collabo-

razione, soprattutto con riferimento a Paesi non legati da alcun trattato internazionale, perlomeno interpretato in un'ottica maggiormente elastica.

1.3. Territorialità materiale

Una seconda accezione dell'espressione "territorialità dei tributi" attiene invece ad un profilo, per così dire, "materiale", riguardando piuttosto che il momento dell'applicazione concreta della norma tributaria quello dell'individuazione dei presupposti d'imposta sotto il profilo della loro collocazione nello spazio.

Da questo punto di vista si afferma la necessità che tra i presupposti assunti a tassazione e l'ordinamento statutale esista un collegamento, sia esso di natura soggettiva (ad esempio la residenza del soggetto passivo), sia esso di natura oggettiva (ad esempio l'esistenza di beni sul territorio dello Stato)⁸.

Tale necessità, più che sulla base di principi di carattere teorico, è stata sostenuta sulla base di motivazioni di ordine pratico, in quanto un tributo privo di qualsiasi collegamento con il territorio dello Stato, alla luce delle citate difficoltà nell'esercizio dell'attività accertativa e di riscossione all'estero, non potrebbe essere coattivamente attuato, diventando, di fatto, "una sorta di imposta sui soggetti più sfortunati e sprovveduti"⁹.

Da un punto di vista più specificamente giuridico, occorre individuare l'origine normativa della necessità per i tributi di un collegamento con il territorio dello Stato.

In una prospettiva di Diritto nazionale, il riferimento è ai principi generali della nostra Costituzione e, naturalmente, all'art. 53 il quale dispone che tutti devono concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.

La stragrande maggioranza della dottrina¹⁰ è concorde nel ritenere che il termine "tutti", da un lato, non limiti l'imposizione ai soli cittadini, ma estenda il dovere tributario anche a tutti coloro che hanno una connessione con la collettività, e, dall'altro, proprio nell'esprimere la necessità di una siffatta connessione, imponga che il presupposto manifesti un qualche grado di appartenenza del soggetto alla collettività organizzata¹¹.

Diverso il discorso laddove si volga lo sguardo all'ordinamento internazionale, dove si nota una prassi consolidata degli Stati che, nonostante le profonde

⁴ Si è anche sostenuto che parlare di non collaborazione può essere fuorviante laddove in realtà trattasi di un'assenza di collaborazione tra gli Stati. BAGGIO, TOSI, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, 2013.

⁵ LUPI, *Territorialità del tributo*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1994.

⁶ Tra gli altri CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova Cedam 1965, UCKMAR, *Esazione all'estero di crediti tributari*, in *Giur. Imp. Dir.* 1952.

⁷ Si pensi che l'Amministrazione finanziaria italiana attualmente può godere di assistenza in materia di accertamento e riscossione solo nel territorio francese e tedesco, in virtù della convenzione stipulata con la Francia del 5 ottobre 1989 e con la Germania del 18 ottobre 1989.

⁸ MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. Disc. Priv. sez. comm.* Roma 1998.

⁹ LUPI, *Territorialità del tributo*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1994.

¹⁰ MANZONI, *La capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1965, MAFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino 1970 per citarne alcuni.

¹¹ Nel senso della necessità che il presupposto e il territorio italiano abbiano un collegamento ragionevole si pronunciano CROXATTO, MICHELI, *Profili critici in tema di potestà d'imposizione* Milano 1982.

differenze esistenti tra i vari sistemi impositivi, scelgono sistematicamente presupposti che abbiano un collegamento, di natura soggettiva o oggettiva, col territorio dello Stato impositore.

L'origine normativa di tale comportamento consolidato degli Stati è stata, spesso, individuata in una norma consuetudinaria internazionale, anche se c'è anche chi ha sostenuto che la ragione deve ricercarsi in motivazioni di convenienza politica¹².

La disputa, tuttavia, risulta essere puramente teorica avendo, entrambe le alternative, le medesime conseguenze dal punto di vista pratico¹³.

Possiamo, dunque, concludere che, sia in ambito internazionale che nazionale, si impone l'esistenza di un collegamento ragionevole tra il presupposto rilevatore di capacità contributiva e il territorio dello Stato.

Tale collegamento è individuabile in quelli che vengono definiti "criteri di collegamento"¹⁴.

1.4. Criteri di collegamento

I criteri di collegamento si distinguono in due principali categorie: criteri di collegamento soggettivi e oggettivi.

Per i primi, basati in genere sulla residenza del soggetto passivo, si sottopone a tassazione il soggetto che realizza il presupposto indipendentemente da dove esso venga ad esistenza (tassazione del reddito mondiale o worldwide taxation system).

I secondi, invece, sottopongono a tassazione il soggetto che realizza il presupposto, solo se quest'ultimo è stato realizzato nel territorio dello Stato che emana il tributo (tassazione alla fonte o source principle).

La maggior parte dei Paesi adotta entrambi i criteri esposti: in linea di massima, infatti, i soggetti residenti vengono assoggettati ad imposta per i redditi ovunque prodotti, mentre i non residenti vengono sottoposti a tassazione solo per i redditi derivanti da fonti presenti sul territorio dello Stato.

Anche nel nostro Paese si adottano entrambi i criteri ed, infatti, con riferimento all'IRPEF e all'IRES, le principali imposte dirette, i soggetti residenti in Italia vengono tassati per i redditi prodotti in qualunque territorio, mentre i soggetti non residenti in Italia, vengono sottoposti ad imposizione solo per i redditi che si considerano prodotti nel territorio italiano.

Occorre, dunque, primariamente, stabilire a che condizioni un soggetto può ritenersi fiscalmente residente in Italia ed, in secondo luogo, stabilire quando un reddito si considera prodotto nel territorio italiano.

L'art. 2 del t.u.i.r. prevede che una persona fisica si considera residente in Italia¹⁵ quando ricorre uno dei seguenti criteri:

- l'iscrizione nelle anagrafi comunali della popolazione residente¹⁶.
- il domicilio (e cioè la sede principale degli affari e degli interessi¹⁷) nel territorio dello Stato.
- la residenza (e cioè il luogo di dimora abituale¹⁸) nel territorio dello Stato.

Mentre l'art. 73, terzo comma, del t.u.i.r. dispone che le società e gli enti si considerano residenti in Italia quando hanno nel territorio italiano:

- la sede legale.
- la sede dell'amministrazione.
- l'oggetto principale.

Tutte le condizioni esposte, sia per quanto riguarda le persone fisiche che per quanto riguarda le società e gli enti, sono da considerarsi alternative tra di loro e devono sussistere per la maggior parte del periodo di imposta per giustificare l'attribuzione della qualifica di residente in Italia¹⁹.

Passiamo ora ad analizzare i criteri adottati dal legislatore per stabilire se un reddito si consideri o meno prodotto nel territorio italiano.

A tal proposito, ai fini delle imposte dirette, l'art. 23 del t.u.i.r. stabilisce tre criteri ai fini della localizzazione del reddito in Italia:

- L'ubicazione in Italia del cespite produttivo del reddito.
- La localizzazione in Italia dell'attività produttiva di reddito.
- La residenza in Italia del soggetto erogatore del reddito.

Il legislatore, all'interno dello stesso art. 23 del t.u.i.r., specifica, per ciascuna categoria di reddito, quale criterio di collegamento adottare.

Così, ad esempio, per i redditi fondiari, alla lett. a) dell'art. 23 del t.u.i.r., si prevede che rilevi la localizzazione nel territorio italiano del cespite dal quale deriva il reddito, mentre per i redditi di capitale, alla lett. b) dell'art. 23 del t.u.i.r., si stabilisce la localizzazione in Italia se corrisposti dallo Stato italiano o da soggetti residenti fiscalmente in Italia.

¹² CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova Cedam 1965

¹³ Così MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in dig. disc. priv. sez. comm. Roma 1998.

¹⁴ Da non confondersi con i criteri di collegamento previsti dal Diritto Internazionale Privato come sottolineato da LUPI nella voce *Territorialità del tributo* Enciclopedia giuridica Treccani Roma 1994.

¹⁵ Per approfondimenti sulla residenza fiscale delle persone fisiche si veda MELIS, *La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano*, RT, parte prima, 1995.

¹⁶ La Cassazione ha precisato che tale requisito, anche definito criterio formale, costituisce una presunzione assoluta che non ammette prova contraria. Così Cass. 6 febbraio 1998, n. 1215.

¹⁷ Art. 43, primo comma c.c.

¹⁸ Art. 43, secondo comma c.c.

¹⁹ Il superamento del requisito temporale comporta, tralaltro, l'ottenimento della qualifica di residente in Italia, e la conseguente tassazione dell'utile mondiale, per l'intero periodo d'imposta. Così MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. Disc. Priv. sez. comm. Roma 1998*.

2. Residenza fiscale delle persone fisiche alla luce di quanto disposto dal tuir

Il concetto di residenza fiscale, che rappresenta il principale criterio di collegamento soggettivo, differisce sensibilmente da quello di residenza civilistica e trova, per le persone fisiche, la sua fonte normativa nell'art. 2, comma 2, del tuir che testualmente recita: «ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo di imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile».

Da un'analisi della norma citata si possono, dunque, rilevare tre requisiti alternativi i quali, se ricorrono per la maggior parte del periodo d'imposta, permettono l'attribuzione al soggetto passivo della residenza fiscale in Italia.

Chiaramente il limite della maggior parte del periodo d'imposta permetterà l'attribuzione della qualifica di residente (fiscalmente) in Italia per tutto il periodo d'imposta stesso.

In altri termini, tenendo presente che il periodo d'imposta delle persone fisiche coincide con l'anno solare, qualora un soggetto, per esempio, stabilisca il proprio domicilio nel territorio italiano per 183²⁰ giorni dell'anno 2018, sarà, ai fini fiscali, considerato residente, e come tale tassato per tutti i redditi ovunque prodotti, anche per i restanti 182 giorni del 2018²¹.

Il primo dei requisiti elencati nell'art. 2, comma 2, del tuir si basa sull'iscrizione del soggetto nelle anagrafi della popolazione residente e viene altresì definito criterio formale.

Lo stesso, in linea con quanto affermato sia dall'Amministrazione finanziaria²² che dalla Corte di Cassazione²³, costituisce una presunzione assoluta che non ammette, dunque, prova contraria.

A contrariis la cancellazione dalle anagrafi della popolazione residente e l'iscrizione nelle anagrafi degli italiani residenti all'estero (AIRE) non rappresenta una presunzione di residenza estera, ben potendosi in tali casi dimostrare la residenza fiscale in Italia sulla base degli altri due requisiti (domicilio e residenza civilistica) enunciati dall'art. 2, comma 2, del tuir²⁴.

Per di più il requisito dell'iscrizione nelle anagrafi della popolazione residente risulta essere il più facilmente dimostrabile dal punto di vista pratico, trattandosi di un dato meramente formale e oggettivo.

Gli altri due requisiti ruotano attorno al concetto di domicilio e residenza, alla luce di quanto disposto

dal codice civile.

Il domicilio è definito, ai sensi dell'art. 43 c.c., come «il luogo in cui il soggetto ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi».

La locuzione principale è da intendersi come conferma dell'unicità del domicilio di un determinato soggetto.

Con riferimento al significato della locuzione affari ed interessi, nonostante alcuni dibattiti in dottrina, sia la giurisprudenza²⁵ che l'Amministrazione finanziaria²⁶ sono ormai concordi nel ritenere che essa comprenda oltre agli interessi di tipo economico anche gli interessi di tipo personale e familiare.

Tale considerazione ha implicazioni pratiche significative in quanto permette di considerare fiscalmente residente in Italia un soggetto anche qualora dimostri di dimorare e lavorare all'estero, nel caso in cui lo stesso mantenga la propria famiglia in Italia²⁷.

Passando ora al concetto di residenza (in senso civilistico), anch'essa trova la sua disciplina nell'art. 43 del c.c. che la definisce come «il luogo in cui la persona ha la propria dimora abituale».

Secondo la giurisprudenza²⁸ la residenza è integrata laddove si dimostri la permanenza in un determinato luogo e l'intenzione di abitarvi in modo stabile, sulla base delle consuetudini di vita.

Nello specifico la circostanza per cui il contribuente, per motivi che possono essere legati a esigenze lavorative piuttosto che di altro tipo, lavori fuori dal comune di residenza risulterebbe irrilevante fintanto che lo stesso ritorni stabilmente nel luogo di abitazione e mostri la volontà di mantenere ivi il centro delle proprie relazioni familiari e sociali²⁹.

Da quanto detto risulta chiaro che i concetti di residenza e domicilio presentino maggiori problematiche interpretative rispetto al mero criterio formale dell'iscrizione nelle anagrafi della popolazione residente.

Le maggiori problematiche riguardano per lo più il concetto di domicilio vista l'inclusione nello stesso di interessi economici ed affettivi (in linea con le interpretazioni di Amministrazione finanziaria e Cassazione).

Si tratta spesso, infatti, di profili distinti, per cui può accadere che un soggetto stabilisca il centro dei propri interessi affettivi e personali in un luogo diverso da quello in cui ha deciso di concentrare i propri interessi economici.

Sul punto sembrerebbero prevalere gli interessi di natura personale su quelli di natura prettamente eco-

²⁰ 184 nel caso di anno bisestile.

²¹ Per approfondimenti si veda PERRUCCI, *La residenza "normale" come presupposto di tassazione* in Bollettino tributario n. 13/2008.

²² Circ. 27/02/1984 n. 7/8/1432.

²³ Cass. sent. 06 febbraio 1998 n. 1215

²⁴ In questo senso anche Cass. 15 marzo 2013 n. 6598; Cass. 20 ottobre 2010 n. 29576; Cass. 26 marzo 2010 n. 12259; Cass. 15 giugno 2010 n. 14434.

²⁵ Cassazione n. 14937/13, n. 13803/01, n. 5006/05.

²⁶ Circolare n. 304/E del 2 dicembre 1997.

²⁷ Molto dibattuta, in quest'ottica, è stata la sent. della Commissione tributaria provinciale di Modena 18 maggio 1998 n. 985, che affermava la residenza fiscale in Italia di un tenore, residente anagraficamente a Montecarlo, perché intratteneva rapporti affettivi con una cittadina residente in Italia.

²⁸ Cass. n. 25726/11.

²⁹ Cass. 21 gennaio 2015 n. 961.

nomica alla luce di una sommaria lettura delle considerazioni della Corte di giustizia CE³⁰ nonostante non siano mancate pronunce della Corte di Cassazione che hanno considerato maggiormente rilevante il luogo ove il soggetto ha stabilito il centro principale dei propri interessi economici³¹.

Per dirimere i dubbi sul tema si rifletta sulla ratio del concetto di residenza fiscale.

Essa mira essenzialmente alla determinazione di un criterio di collegamento ragionevole (di tipo personale) tra il soggetto passivo e il territorio dello Stato impositore con il fine di giustificare la pretesa impositiva di quest'ultimo.

Fatta questa premessa, risulta chiaro come rilevanti siano, con riferimento al concetto di domicilio, i soli affari ed interessi di tipo economico e non anche gli interessi di tipo personale ed affettivo.

Questi ultimi avrebbero una loro rilevanza solo allorquando sia impossibile individuare il centro degli affari di un determinato soggetto, ed in questo senso andrebbe altresì letta la valorizzazione degli stessi da parte della CGE.

D'altro canto, se si ammettesse la tesi opposta, si giustificherebbe la pretesa impositiva di uno Stato per il solo fatto che il soggetto passivo vi intrattiene rapporti di natura affettiva, escludendo, invece, la potestà impositiva nello Stato ove il soggetto effettivamente produce reddito e gode dei servizi indivisibili³².

2.1. Caso Gucci

A supporto della nostra tesi sulla prevalenza degli interessi di natura economica su quelli di natura affettiva, si può citare la sent. n. 392 della Commissione tributaria regionale della Lombardia datata 18/01/2016.

La stessa è stata pronunciata con riferimento ad una vicenda che ha interessato le sorelle Allegra e Alessandra Gucci, figlie di Maurizio Gucci ed altresì eredi del noto marchio di alta moda.

L'Agenzia contestava un'ingente evasione alle due sorelle (nell'ordine di 100 milioni) dovuta proprio alla loro sostanziale residenza fiscale in Italia, in contrasto con quanto avevano formalmente dichiarato alle autorità competenti.

L'elemento indiziario di maggior rilievo era, secondo l'Agenzia, il possesso di un immobile sito in Italia, con conseguente pagamento delle utenze, principalmente utilizzato dalle sorelle Gucci per incontrare la madre, in stato detentivo, durante i giorni di permesso o premio.

Per motivare la propria decisione la Commissione ha richiamato letteralmente altra decisione promos-

sa dalla Commissione tributaria regionale di Milano con riferimento ad un'analogica vicenda, ovvero la sent. 3665/2015 che ha interessato la nonna delle ricorrenti.

La Commissione giudicante ha innanzitutto escluso la presenza della residenza in senso civilistico, cioè la dimora abituale, sulla base del fatto che la presenza in Italia delle due sorelle era caratterizzata da saltuarietà ed era obbligata da fattori contingenti (lo stato detentivo della madre).

Esclusa la presenza di una dimora abituale, la Commissione si è dilungata nel motivare le ragioni alla base dell'esclusione anche della presenza di un domicilio in Italia delle due sorelle.

Innanzitutto, ciò che traspare dalla sentenza è l'importanza dell'aspetto volitivo nella determinazione del domicilio di un soggetto.

Nel caso di specie tale aspetto volitivo manca proprio perché Allegra e Alessandra Gucci erano costrette dalla situazione della madre a recarsi in Italia e mantenere in territorio italiano un immobile, dunque mancava qualsivoglia volontarietà.

In secondo luogo, e questo è l'aspetto che maggiormente ci interessa, la Commissione, dopo aver ribadito la concezione allargata del concetto di domicilio che comprende oltre ad interessi di tipo economico anche interessi di tipo affettivo, afferma che i primi dovrebbero in linea di principio prevalere sugli ultimi alla luce della necessaria rilettura del concetto di domicilio fiscale.

La Commissione ha, dunque accolto il ricorso presentato dalle eredi dell'impero di Gucci ed ha dimostrato di allinearsi alle recenti tendenze interpretative in materia di residenza fiscale.

La sentenza commentata sostiene la tesi da noi proposta sulla prevalenza degli interessi di natura economica sugli interessi di natura affettiva nella corretta determinazione della residenza fiscale.

2.2. Presunzione relativa di residenza fiscale in Italia

L'art. 2, comma 2 bis, del tuir introduce poi una presunzione di residenza in Italia affermando che: «si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale».

La norma ha chiaramente una finalità antielusiva volta ad evitare trasferimenti di residenza da parte di soggetti italiani in Paesi a fiscalità privilegiata, al solo fine di godere, appunto, di agevolazioni fiscali.

In tali casi opererà l'inversione dell'onere della prova che ricadrà sul soggetto italiano, il quale dovrà dimostrare di non avere né la residenza né il domicilio, ai sensi del codice civile, in Italia³³.

³⁰ CGE sent. 12 luglio 2001, causa C-262/99

³¹ Ci si riferisce nello specifico alla sentenza 6501/15 della Corte di Cassazione.

³² In questo senso anche PROCOPIO, *L'individuazione della residenza fiscale: un problema ancora aperto in Diritto e pratica trib.* 2/2016.

³³ In questo senso Cass. 15 giugno 2010 n. 14443 e Cass. 18 no-

2.3. Norme convenzionali OCSE sulla residenza fiscale delle persone fisiche (Tie Breaker Rule)

Fermo restando che le norme di ciascuno Stato sono applicate in via unilaterale ed autonoma, un soggetto potrebbe considerarsi fiscalmente residente contemporaneamente in due o più Stati.

Tale circostanza comporterebbe la doppia tassazione del soggetto stesso alla luce della plurima residenza fiscale.

Per ovviare a questa problematica l'art. 4 del Modello OCSE individua la cosiddetta "tie breaker rule", ovvero una serie di test in successione progressiva che permettono di stabilire, in tali casi, in quale Stato considerare fiscalmente residente il soggetto:

- Se un soggetto ha un'abitazione permanente in due Stati, si considera residente in quello in cui le relazioni personali ed economiche sono prevalenti.
- Si tratta del cosiddetto "centro degli interessi vitali" e deve essere valutato considerando una serie di circostanze di fatto (relazioni familiari, occupazione, attività sociali ecc.) nella loro globalità.
- In assenza di un'abitazione permanente, e nel caso in cui non sia possibile individuare il centro degli interessi vitali, rileva, ai fini della determinazione della residenza fiscale, il luogo ove il soggetto "soggiorna abitualmente", sulla base di un arco temporale sufficientemente ampio.
- Se il soggetto soggiorna abitualmente in due Stati rileverà lo Stato di cittadinanza.
- Da ultimo, nei casi di doppia cittadinanza, occorrerà un accordo tra le autorità competenti degli Stati coinvolti.

2.4. La Flat Tax introdotta dalla Legge di bilancio 2017

In tema di residenza fiscale si inserisce anche il nuovo art. 24-bis del tuir introdotto dalla Legge di bilancio del 2017 (Legge 11 dicembre 2016 n. 232), che prevede l'opzione, esercitabile da parte di soggetti stranieri a seguito del trasferimento della residenza fiscale in Italia, consistente nel pagamento di un'imposta sostitutiva sui redditi prodotti all'estero pari a 100.000 euro annui (ai quali si aggiungono 25.000 euro per ciascun familiare al quale estendere l'opzione).

Tale opzione risulta esercitabile solo da soggetti che abbiano risieduto fiscalmente all'estero per nove periodi d'imposta negli ultimi dieci anni.

Inoltre prevede il pagamento della somma in un'unica soluzione per ciascuna annualità negli stessi termini previsti per il versamento del saldo delle imposte sui redditi.

Fermo restando che l'opzione è revocabile, è previsto un meccanismo di rinnovo tacito ed, in ogni caso, l'opzione cessa di produrre i propri effetti decorsi quindici anni dal primo periodo d'imposta di validità.

La norma, chiaramente ispirata alla *non-dom tax*

di stampo anglosassone, mira essenzialmente a rendere maggiormente allettante il nostro Paese, dal punto di vista fiscale, per soggetti stranieri in possesso di ingenti capitali (*high net worth individual*).

Optando per il regime in discussione, infatti, tali soggetti potranno godere di una tassazione forfettaria per tutti i redditi prodotti al di fuori del territorio italiano, fermo restando per i redditi prodotti in Italia l'applicazione delle aliquote ordinarie previste per le imposte sui redditi.

Prescindendo da questioni eminentemente politiche, la principale critica che è stata mossa a tale misura fiscale riguarda la sua presunta incostituzionalità derivante dall'incompatibilità con quanto previsto dall'art. 53 della Costituzione.

Quest'ultimo, ricordiamo, testualmente afferma che «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva» ed è alla base della progressività del nostro sistema di imposizione nazionale.

L'opzione in esame prevede una tassa forfettaria che, dunque, prescinde totalmente dall'ammontare di redditi che il soggetto che trasferisce la propria residenza in Italia produce all'estero, di qui le critiche mosse alla nuovo articolo 24-bis del tuir.

3. Residenza fiscale delle persone giuridiche alla luce di quanto disposto dal tuir

Analogamente a quanto previsto per le persone fisiche, anche per le persone giuridiche l'art. 73, comma 3, del tuir stabilisce tre criteri alternativi, al ricorrere dei quali per la maggior parte del periodo d'imposta, si giustifica l'attribuzione della qualifica di residente in Italia.

Si tratta nello specifico della sede legale, dell'oggetto principale o della sede dell'amministrazione nel territorio dello Stato italiano.

Per sede legale si intende la sede così come risultante dall'atto costitutivo e rappresenta, dei tre criteri elencati, quello che pone meno problemi in un'ottica accertativa, posto che la sua verifica è esperibile in modo automatizzato.

Per oggetto principale si intende il luogo ove effettivamente viene svolta l'attività principale dell'impresa.

L'aggettivo principale porta ad escludere la residenza in Italia per quelle società operanti in più Paesi che in Italia svolgano solamente una parte meramente secondaria e accessoria dell'attività principale posta in essere.

Con specifico riferimento alle holding, occorrono delle opportune precisazioni al fine della corretta localizzazione dell'oggetto principale.

Si potrebbe, infatti, erroneamente pensare che, nel caso per esempio di una holding che si occupi della gestione di partecipazioni in imprese italiane, l'oggetto principale sia automaticamente localizzato in Italia.

In realtà l'attività principale esperita dalle holding riguarda la gestione delle partecipazioni e, dunque, a nulla rileva il luogo di residenza delle società partecipate, essendo decisivo unicamente il luogo ove effettivamente avviene tale attività di gestione da parte della holding³⁴.

Da ultimo la norma citata richiama il concetto di sede dell'amministrazione che, dei tre criteri elencati, solleva le maggiori problematiche interpretative.

Il concetto richiama il luogo ove effettivamente vengono prese le decisioni concernenti l'attività sociale, la direzione organizzativa e strategica dell'impresa.

Nella pratica si tende frequentemente ad identificare con sede dell'amministrazione il luogo ove si assumono le decisioni strategiche dell'impresa e cioè ove si riunisce solitamente il consiglio d'amministrazione e si tengono le assemblee, a nulla rilevando il luogo ove vengono prese le decisioni quotidiane relative alla conduzione dell'impresa.

Si noti, poi, come l'avanzamento della tecnologia comunicativa (si pensi a sistemi di videoconferenza) abbia comportato problematiche di non poco momento nella definizione del concetto di sede dell'amministrazione.

Sul significato della locuzione in esame, in realtà nessuna norma tributaria precisa cosa s'intenda per sede dell'amministrazione, dunque il suo contenuto si desume da altre norme civilistiche che contemplano il concetto.

Si sta parlando, nello specifico, innanzitutto dell'art. 46, comma 2, c.c. secondo cui: «nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'art. 16 (ossia quella risultante dallo statuto o dall'atto costitutivo) o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima».

In pratica la norma mira a risolvere le situazioni nelle quali la sede risultante dall'atto costitutivo o dallo statuto abbia valore meramente nominale, disponendo che in tali casi, in ossequio ad un principio di effettività a tutela dei terzi, rilevi la sede effettiva dell'impresa.

Altra norma che richiama il concetto di sede dell'amministrazione è l'art. 9 l. fall. la quale prevede che: «il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa».

In ambito fallimentare bisogna però precisare che opera una presunzione relativa, in virtù della quale, si ritiene che la sede principale coincida con quella legale.

Tale presunzione può essere superata (di qui la natura relativa della stessa) se si offre la prova che in un luogo diverso da quello indicato nell'atto costitutivo o nello statuto venga svolta l'attività decisionale fonda-

mentale per lo svolgimento dell'attività d'impresa (a nulla rilevando dunque il luogo di svolgimento dell'attività produttiva)³⁵.

A questo punto richiamiamo quanto già detto con riferimento alla residenza fiscale delle persone fisiche con riguardo alla ratio dell'istituto: si tratta essenzialmente della determinazione di un criterio di collegamento ragionevole (di tipo personale) tra il soggetto passivo (in questo caso una persona giuridica) e il territorio dello Stato impositore.

Da quanto detto si desume che non si può accogliere una acritica trasposizione del concetto di sede dell'amministrazione da altri ambiti giuridici, non caratterizzati dalle specificità che caratterizzano l'ambito tributario.

Nonostante ciò i giudici tributari, invece di elaborare una nozione di sede dell'amministrazione che tenesse conto delle particolarità dell'ordinamento tributario, hanno storicamente accolto la definizione di sede effettiva così come risultante da altri ambiti giuridici.

In questo senso gli organi giudicanti tributari hanno solitamente richiamato due sentenze della Corte di Cassazione: la n. 5982 del 31 maggio 1972 e la n. 1275 del 31 gennaio 1984, entrambe pronunciate con riferimento al concetto civilistico di sede effettiva.

Con la prima, riguardante una controversia legata alle indennità ed alle differenze retributive di una operaia agricola, la Cassazione afferma che per sede effettiva deve intendersi: «...non semplicemente il luogo ove si trovano i beni, gli stabilimenti della società, quello insomma nel quale la società svolge la sua attività produttiva, ma quello in cui vi abbia effettivo svolgimento anche la sua attività amministrativa e direzionale, ove cioè risiedono il suo rappresentante, i suoi amministratori, si convocano le assemblee».

Mentre con la seconda, riguardante uno scontro stradale tra una lambretta ed un autocarro, la Suprema Corte precisò che per sede effettiva deve intendersi: «il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e direzionale dell'ente e dove si convocano le assemblee; il luogo, cioè, deputato e stabilmente utilizzato per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi societari e degli uffici organizzati in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente».

Come abbiamo già sottolineato, questo tipo di accoglimento acritico della nozione di sede effettiva da altri ambiti giuridici in quello tributario non è esente da critiche, tuttavia suscita minori perplessità soprattutto alla luce del recente orientamento giurisprudenziale sia della CGE³⁶ sia della Corte di Cassazione³⁷.

Ma prima di analizzare l'orientamento scaturente

³⁵ Tra gli altri Cass. 24 marzo 2006 n. 6677, Cass. 12 marzo 2002 n. 3655.

³⁶ Caso Cadbury-Schweppes.

³⁷ Cass. 07 febbraio 2013 n. 2869.

³⁴ Come sottolineato da STEVANATO, *Holding di partecipazioni e presunzione di residenza* in Corriere tributario 2008.

dalle due sentenze citate, definiamo preliminarmente cosa s'intenda per "esterovestizione".

Utilizzando le parole della Suprema Corte nella sentenza citata, per esterovestizione si intende «la fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, in particolare, in un Paese con un trattamento fiscale più vantaggioso di quello nazionale, allo scopo, ovviamente, di sottrarsi al più gravoso regime nazionale».

La novità derivante dalla lettura delle due sentenze citate riguarda essenzialmente il campo di applicazione della nozione di sede dell'amministrazione (così come mutuata dalla legislazione civile e fallimentare) ai fini della determinazione della residenza fiscale di una persona giuridica.

In sostanza il concetto mira a risolvere proprio i casi di esterovestizione, ovvero la artificiosa e fittizia delocalizzazione all'estero al solo fine di godere di agevolazioni fiscali e senza alcun fondamento di natura economica.

Supponiamo, ad esempio, una società con sede legale in Lussemburgo (noto Paese a fiscalità privilegiata), ma che ivi non risulti avere una struttura produttiva idonea a ritenere che venga svolta una effettiva attività d'impresa e che viene gestita da amministratori italiani i quali tengono le riunioni del consiglio di amministrazione riguardanti le decisioni strategiche dell'impresa in Italia.

In tal caso, essendo in presenza di una palese esterovestizione, si potrà ricorrere al concetto di sede dell'amministrazione e ritenere la società residente fiscalmente in Italia.

Viceversa, se la società avesse svolto una principale e sostanziale attività produttiva in territorio estero, nulla si potrebbe eccepire alla stessa e sarebbe ingiustificata l'attribuzione della qualifica di residente in Italia per il sol fatto che ivi si tengono le riunioni dell'organo amministrativo.

In sostanza quello che emerge dall'orientamento citato è che il luogo di direzione effettiva non può essere dissociato dal luogo ove l'attività principale dell'impresa viene esercitata³⁸.

Associato all'aspetto sostanzialistico del luogo ove effettivamente viene svolta l'attività principale dell'impresa, il concetto di sede dell'amministrazione, così come mutuato da altri ambiti giuridici, risulta sicuramente maggiormente aderente alle specificità dell'ordinamento tributario.

3.1. Un approfondimento sulla sede legale: il caso Google e AgCom

Dei tre requisiti necessari ai fini della qualifica di una persona giuridica come residente fiscalmente in

Italia, come si è detto, le maggiori problematiche interpretative derivano dai concetti di sede dell'amministrazione e di oggetto principale.

Il concetto di sede legale essendo un requisito intrinsecamente formale, e per ciò facilmente verificabile, non ha suscitato particolari problemi giuridici posto che esso si identifica con la sede risultante dall'atto costitutivo.

Va però sottolineato come al concetto di sede legale, anche in ambiti giuridici diversi da quello tributario, vengano spesso preferiti elementi più sostanzialistici come per esempio lo stesso art. 46 c.c., già citato in precedenza che, in caso di non coincidenza tra sede legale e sede effettiva, afferma la possibilità per i terzi di far riferimento alla sola sede effettiva.

Un'ulteriore caso in cui si è superato il concetto di sede legale in favore di elementi maggiormente legati al luogo di effettivo svolgimento dell'attività d'impresa è la recente sentenza del TAR del Lazio n. 01739/2018 riguardante una controversia che ha interessato le società *Google Ireland Limited* e *Google Italy s.r.l.*, da un lato, e l'Autorità Garante delle Comunicazioni (AgCom), dall'altro.

Brevemente, la controversia riguardava la possibilità che le società suddette fossero assoggettate agli obblighi comunicativi della "informativa economica di sistema" (IES).

Tali obblighi consistono essenzialmente nella comunicazione di determinati dati concernenti i ricavi conseguiti dalle società operanti nei settori dei media audiovisivi e radiofonici nel territorio italiano.

Il ricorso proposto da *Google Ireland Limited*, si fondava su una serie di motivazioni, tra cui, la non assoggettabilità alla disciplina suddetta sulla base della circostanza di avere la propria sede legale al di fuori del territorio dello Stato italiano.

Nel dare ragione all'Autorità amministrativa indipendente italiana, con riferimento a tale specifico aspetto della controversia, i giudici amministrativi hanno richiamato il "TUSMAR" ("Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici") per individuare l'ambito applicativo dell'attività dell'AgCom e, di conseguenza, degli obblighi comunicativi IES.

Orbene, l'art. 1 bis afferma l'applicabilità del TUSMAR ai cosiddetti operatori "stabiliti" in Italia, intendendo per tale un soggetto il quale «ha la sua sede principale in Italia e le decisioni editoriali sul servizio di media audiovisivo sono prese nel territorio italiano», «ha la sede principale in Italia ma le decisioni editoriali sul servizio di media audiovisivo sono prese in un altro Stato membro dell'Unione europea, o viceversa, detto fornitore si considera stabilito in Italia nel caso in cui sul territorio italiano opera una parte significativa degli addetti allo svolgimento dell'attività di servizio di media audiovisivo...» oppure «ha la sede principale in Italia ma le decisioni sul servizio di media audiovisivo sono prese in un Paese terzo, o viceversa, si

³⁸ Come sottolineato da TIEGHI, NANETTI, *Dalla "residenza fiscale" alla "libertà di stabilimento": spunti in tema di "delocalizzazione societaria" ed "estero-vestizione"*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc. 4, 2015.

considera stabilito in Italia purché una parte significativa degli addetti allo svolgimento dell'attività di servizio di media audiovisivo operi in Italia».

Da quanto detto ne deriva l'estensibilità della qualifica di operatore stabilito in Italia anche a soggetti che abbiano formalmente la propria sede legale al di fuori del territorio italiano.

D'altro canto siffatta interpretazione risulta coerente con le finalità delle comunicazioni IES che consiste nel fornire all'AgCom sufficienti informazioni per adempiere a specifici obblighi di legge tra i quali la valorizzazione del "sistema integrato delle comunicazioni" ("SIC") in relazione al quale si attribuisce il compito all'autorità stessa di verificare l'esistenza di posizioni dominanti.

Considerata l'utilità pratica delle comunicazioni IES, appare chiaro come il dato formale della sede legale risulti irrilevante ai fini dell'applicabilità della disciplina in favore di un approccio più concreto legato al luogo di effettivo svolgimento dell'attività.

Sulla base di questa ed altre conclusioni il TAR del Lazio respingeva il ricorso proposto dalle società appartenenti al gruppo *Google*, sottolineando come anche soggetti con sede legale all'estero debbano sottostare agli obblighi comunicativi nei confronti dell'AgCom.

Dall'analisi della sentenza del TAR del Lazio scaturisce un'ulteriore conferma di come, anche in ambiti giuridici diversi da quello tributario, il concetto formale di sede legale venga spesso superato in favore di elementi maggiormente sostanziali.

3.2. Norme convenzionali OCSE sulla residenza fiscale delle persone giuridiche (Tie Breaker Rule)

Anche per la residenza delle persone giuridiche è prevista in ambito convenzionale una *tie breaker rule*, ovvero una norma finalizzata a risolvere i casi di doppia residenza ovvero l'art. 4, comma 3 del Modello OCSE.

A differenza della analoga norma riferita alle persone fisiche, in questo caso il criterio sulla base del quale risolvere i casi di doppia residenza è unico ed è legato alla localizzazione del *place of effective management*, traducibile come sede della direzione effettiva.

Seguendo la definizione del Commentario al Modello OCSE³⁹, trattasi in effetti del luogo nel quale si assumono le decisioni chiave manageriali e commerciali per la vita dell'impresa, concetto coincidente con quello di sede dell'amministrazione analizzato in precedenza.

Dal punto di vista pratico, l'utilità della nozione di sede di direzione effettiva è stata spesso messa in discussione, soprattutto alla luce della inidoneità dello stesso nella risoluzione dell'impatto derivante dai casi di doppia residenza.

Spesso accade, infatti, che, in fase probatoria, gli Stati coinvolti valorizzino elementi fattuali tali da indurre a ritenere che la sede di direzione effettiva si collochi all'interno del proprio territorio, ignorando volutamente elementi di segno contrario al fine di giustificare la propria pretesa impositiva.

In questo senso si è sofferta la carenza di una norma di chiusura legata alla possibilità di risolvere i casi di doppia residenza, altrimenti non risolvibili, sulla base di un accordo tra le autorità competenti degli Stati coinvolti (norma⁴⁰, si ricordi, presente nella *tie breaker rule* per le persone fisiche).

In realtà bisogna precisare che con le modifiche introdotte al Commentario⁴¹ nel 2008, si contempla il ricorso alla procedura amichevole nei casi di impasse particolarmente ostici e quindi non risolvibili con il criterio della sede di direzione effettiva.

Ne deriva che, nell'attuale versione del Modello OCSE, allorché il criterio della sede di direzione effettiva non valga a dirimere i casi di doppia residenza, si potrà ricorrere agli strumenti di cooperazione internazionale e tipicamente a quelli attinenti alla procedura amichevole di cui all'art. 25 del Modello OCSE.

4. Conclusioni

Dall'analisi proposta, prendendo le mosse dal concetto di territorialità in Italia, siamo giunti alla delimitazione dell'istituto della residenza fiscale delle persone fisiche e delle persone giuridiche.

Si può concludere che, sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche, il legislatore si rifà ad uno schema analogo che soggiace alla verifica della sussistenza di tre requisiti alternativi per la maggior parte del periodo d'imposta.

In entrambi i casi, ad un requisito di natura formale (l'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente per le persone fisiche e la sede legale per le persone giuridiche), di determinazione sicuramente più agevole, si associano ulteriori due criteri fondati su una logica maggiormente sostanziale che destano le maggiori problematiche interpretative.

Di essi i più interessanti sono il domicilio per le persone fisiche e la sede dell'amministrazione per le persone giuridiche.

Per il primo i dubbi, come abbiamo analizzato, sorgono dall'inclusione nello stesso di interessi, oltre che di natura economica, anche di natura affettiva e personale che, se prevalessero sui meri interessi economici, renderebbero l'istituto meno aderente alla finalità di criterio di collegamento personale che giustifichi il prelievo fiscale a fronte del godimento dei servizi indivisibili.

Il secondo, invece, se completamente dissociato dal luogo di effettivo svolgimento dell'attività produttiva,

⁴⁰ Art. 4, comma 2 del Modello OCSE.

⁴¹ Par. 24.1 dell'art. 4.

³⁹ Art. 24, 90-91.

si ridurrebbe ad un mero criterio formalistico, ancora una volta, incompatibile con la ratio del sistema d'imposizione tributaria.

Con riferimento alle persone giuridiche, abbiamo peraltro sottolineato come, anche in ambiti giuridici diversi da quello tributario, come nell'ambito dell'attività esperita dalle autorità amministrative indipendenti per il controllo dei settori di propria competenza, il concetto di sede legale, pur non presentando particolari problemi accertativi, spesso ceda il passo a criteri di natura maggiormente concreta legati essenzialmente al luogo di effettivo svolgimento dell'attività d'impresa.

Le contrastanti tesi esposte nell'interpretazione dei due istituti, nel corso di questo lavoro, non offrono certamente un'immagine incoraggiante dal punto di vista della certezza del diritto, dunque, a parere di chi scrive, sarebbe opportuno rivedere i criteri per la determinazione della residenza fiscale, soprattutto ove si rifletta sulla rapida evoluzione del contesto economico e sociale, caratterizzata da fenomeni come la globalizzazione e la dematerializzazione dell'attività produttiva.

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Motivazione per relationem – Error in procedendo – Nullità della sentenza – Processo tributario

Nel processo tributario, la motivazione di una sentenza può essere redatta “per relationem” rispetto ad altra sentenza non ancora passata in giudicato, purché resti “autosufficiente”, riproducendo i contenuti mutuati e rendendoli oggetto di autonoma valutazione critica nel contesto della diversa, anche se connessa, causa, in modo da consentire la verifica della sua compatibilità logico – giuridica.

La sentenza è, invece, nulla, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, cod. proc. civ., qualora si limiti alla mera indicazione della fonte di riferimento e non sia, pertanto, possibile individuare le ragioni poste a fondamento del dispositivo.

La motivazione è solo apparente, e la sentenza è nulla perché affetta da “error in procedendo”, quando, benché graficamente esistente, non renda, tuttavia, percepibile il fondamento della decisione, perché recante argomentazioni obiettivamente inidonee a far conoscere il ragionamento seguito dal giudice per la formazione del proprio convincimento, non potendosi lasciare all'interprete il compito di integrarla con le più varie, ipotetiche congetture.

Cass., sez. filtro, 22 febbraio 2018, ord. n. 4294 - Pres. E. Cirillo - Rel. E. Manzon

Rettifica perdite pregresse – Riduzione imponibile in dichiarazione – Sanzioni amministrative per dichiarazione infedele

L'art. 25 del D.lgs. 158/2015 prevede che le perdite relative al periodo d'imposta oggetto di accertamento siano computate in diminuzione dei maggiori imponibili fino a concorrenza del loro importo, mentre per le perdite pregresse il contribuente, presentando un'apposita istanza, può richiedere che vengano scomputate dal maggior imponibile. La possibilità di determinare le perdite in diminuzione al fine di ridurre l'imponibile è tuttavia inidonea ad evitare le sanzioni che derivano dall'infedeltà della dichiarazione. La Corte di Cassazione considera, infatti, che la facoltà di portare in diminuzione ex post le perdite pregresse abbia riguardo al solo profilo dell'entità della pretesa fiscale e non anche agli effetti sanzionatori che derivano dall'infedeltà della dichiarazione (ovvero, da una dichiarazione incompleta), riferita all'indicazione di un reddito inferiore a quello accertato. La sanzione è determinata sull'imposta definitivamente dovuta, al netto delle perdite riconosciute.

Cass., sez. V, 17 gennaio 2018, ord. n. 946 - Pres. B. Virgilio - Rel. A. F. Esposito

Tassa sui rifiuti – Detenzione di un immobile – Liquidazione – Cartella di pagamento

Nel caso di mutamento del detentore di un immobile, la riscossione della tassa sui rifiuti deve avvenire previa emissione di un avviso di accertamento, notificato al nuovo occupante; è illegittima, di contro, l'emissione diretta della cartella di pagamento, basata sui dati denunciati dal precedente detentore. Non è possibile, dunque, per il comune procedere direttamente all'iscrizione a ruolo delle somme dovute, rendendosi necessaria la previa notifica di un avviso di accertamento. Ciò perché al nuovo obbligato non può imputarsi la dichiarazione fatta dal precedente detentore. Dunque, la possibilità prevista dall'art. 72, comma 1, del D.Lgs. n. 507/1993, secondo cui i comuni possono procedere direttamente alla liquidazione della tassa (senza preventivo accertamento) sulla base dei dati storici, non si applica quando vi sia un mutamento soggettivo nel rapporto d'imposta.

Cass., sez. V, 11 gennaio 2018, ord. n. 457 - Pres. S. Schirò - Rel. G. M. Stalla

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Dir. 77/388/CEE – Aliquota IVA ridotta – Prestazione unica composta da due elementi distinti – Visita turistica “World of Ajax”- Visita del museo “AFC Ajax”

La direttiva 77/388/CEE del Consiglio del 17 maggio 1977, così come modificata dalla direttiva 2001/4/CE non

osta all'applicazione di una sola aliquota di imposta sul valore aggiunto ad una prestazione unica, formata da un elemento principale ed uno accessorio che se fossero prestati separatamente sarebbero assoggettati ad aliquote differenti. Il carattere unico di una prestazione discende dalla stretta connessione fra due o più elementi, tali da formare la prestazione economica indissociabile o dall'esistenza di un elemento principale ed uno accessorio che non costituisce il fine a sè stante, bensì il mezzo per usufruire del servizio principale offerto dal prestatore. In questi casi, troverà applicazione la disciplina tributaria e l'aliquota prevista per la prestazione principale anche qualora il prezzo per ciascuna prestazione possa essere identificato. In caso contrario, infatti la divisione artificiale di un'unica operazione potrebbe compromettere la funzionalità del sistema dell'IVA.

Sentenza della CGUE, 18 gennaio 2018, *Stadion Amsterdam CV contro Staatssecretaris van Financiën*, C- 463/16.

Regime di sospensione dell'accisa – Esenzione – Art. 7, paragrafo 1, della direttiva 2008/2018 Ce – Immissione in consumo

La Commissione europea ha chiesto agli eurogiudici di constatare se la Repubblica ellenica, avendo adottato e mantenuto in vigore una legislazione che autorizza la vendita di prodotti petroliferi esenti da accisa da parte dei distributori di benzina di una società ai valichi di frontiera con paesi terzi quali la Repubblica di Turchia, quella di Albania e l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, abbia violato gli obblighi imposti dall'articolo 7, paragrafo 1 della direttiva 2008/118/Ce del Consiglio relativa al regime generale delle accise. La Corte di giustizia europea ha ritenuto fondati i motivi di ricorso proposti dalla Commissione europea e ha disposto che la normativa ellenica è contraria alle disposizioni contenute nella direttiva 2008/2018. In merito all'esigibilità dell'imposta, la Corte ha precisato che l'accisa diviene esigibile al momento "dell'immissione in consumo" e nello Stato membro in cui detta immissione ha luogo. Inoltre, deve intendersi per "immissione in consumo" lo svincolo, anche irregolare, dei prodotti sottoposti ad accisa da un regime di sospensione. Nel caso concreto, gli eurogiudici hanno rilevato che lo svincolo dal regime di sospensione dall'accisa dei prodotti petroliferi, oggetto di contenzioso, avviene al momento del rifornimento dei veicoli nel territorio della Repubblica ellenica, che comporta anche la loro immissione in consumo: è in questo momento che l'imposta diventa esigibile. Pertanto, la normativa ellenica che consente la fornitura di tali prodotti in regime di esenzione, non può che essere contraria a tale disposizione.

Sentenza della CGUE, 8 febbraio 2018, *Commissione Europea contro Repubblica Ellenica*, C- 590/16.

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA 118
a cura di Celeste Pesce, Francesco Romanelli

INTERNAZIONALE

a cura di

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Francesco Romanelli

Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

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

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale – Regolamento (CE) n. 805/2004 – Titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati – Requisiti per la certificazione – Norme minime applicabili alle procedure relative ai crediti non contestati – Diritti del debitore – Mancata indicazione dell'indirizzo dell'istituzione cui può essere rivolta una contestazione del credito o presso la quale può essere intentato un ricorso avverso la decisione

L'articolo 17, lettera a), e l'articolo 18, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, devono essere interpretati nel senso che una decisione giudiziaria emessa senza che il debitore sia stato informato dell'indirizzo del giudice cui occorre inviare la risposta, dinanzi al quale comparire o, eventualmente, presso il quale può essere proposto un ricorso avverso tale decisione, non può essere certificata come titolo esecutivo europeo.

Corte giust. (Settima Sezione) 28 febbraio 2018, C-289/17, *Collect Inkasso*¹

La Corte di giustizia si è pronunciata in via pregiudiziale su taluni aspetti del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati. In particolare, ha chiarito la portata dei requisiti minimi sanciti dall'articolo 17, lettera a), e dell'articolo 18, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (CE) n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004 (in seguito: regolamento), segnatamente per quanto riguarda l'indicazione dell'indirizzo dell'istituzione alla quale occorre inviare la risposta o dinanzi alla quale comparire o, eventualmente, presso la quale può essere proposto un ricorso avverso una decisione giudiziaria recante ingiunzione di pagamento.

Con due questioni, esaminate congiuntamente, il giudice del rinvio chiedeva se l'articolo 17, lettera a), e l'articolo 18, paragrafo 1, lettera b), del regolamento dovessero essere interpretati nel senso che una decisione giudiziaria pronunciata senza che il debitore sia stato informato dell'indirizzo dell'organo giurisdizionale al quale occorre inviare la risposta, dinanzi al quale comparire o eventualmente presso il quale può essere proposto ricorso avverso siffatta decisione, potesse essere certificata come titolo esecutivo europeo.

La risposta pregiudiziale ha preso le mosse dall'articolo 6 del regolamento, secondo cui una decisione relativa ad un credito non contestato adottata in uno Stato membro, su istanza presentata in qualsiasi momento al giudice di origine, è certificata come titolo esecutivo europeo se sono soddisfatte determinate condizioni. Nel caso di un credito non contestato, la condizione prevista dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento impone che il procedimento giudiziario svoltosi nello Stato membro d'origine sia conforme a talune norme minime procedurali (articoli 12-19 del regolamento). In merito, il giudice UE osserva che l'articolo 17, lettera a), del regolamento esige che taluni elementi, tra cui il nome e l'indirizzo dell'istituzione alla quale occorre inviare la risposta o dinanzi alla quale eventualmente comparire, emergano con chiarezza dalla domanda giudiziale, dall'atto equivalente, da qualsiasi citazione a comparire o da atti ad essi contestuali.

Al fine di poter sanare l'eventuale inosservanza delle norme minime applicabili ai procedimenti relativi ai crediti non contestati, l'articolo 18, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 805/2004 impone che il debitore

¹ Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

abbia la possibilità di ricorrere contro la decisione relativa ad un credito, per mezzo di un riesame completo e che sia stato debitamente informato con la decisione o con un atto ad essa contestuale dei requisiti procedurali a tal riguardo, compreso il nome e l'indirizzo dell'istituzione presso la quale il ricorso deve essere proposto.

Ne segue che «dalla formulazione chiara dell'articolo 17, lettera a), e dell'articolo 18, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (*omissis*) emerge che l'indicazione al debitore dell'indirizzo dell'istituzione interessata è obbligatoria. Le norme minime sancite nel capo III del regolamento n. 805/2004 denotano la volontà del legislatore dell'Unione europea di garantire che i procedimenti che portano all'adozione delle decisioni relative a un credito non contestato offrano le garanzie sufficienti del rispetto dei diritti della difesa nello Stato membro d'origine (v., per analogia, sentenza del 9 marzo 2017, *Zulfikarpašić*, C-484/15, EU:C:2017:199, punto 48 e la giurisprudenza ivi citata), tenuto conto del principio della mancanza di un controllo a tal riguardo nello Stato membro di esecuzione».

Per giurisprudenza uniforme della Corte, le norme minime *de quibus* mirano a garantire che il debitore venga informato tempestivamente dell'azione giudiziaria intentata nei suoi confronti, nonché delle condizioni della sua partecipazione attiva al procedimento al fine di contestare il credito di cui trattasi e delle conseguenze della mancata partecipazione allo stesso. Nel caso particolare di una decisione emessa in contumacia, «dette norme minime di procedura mirano quindi ad assicurare la sussistenza di garanzie sufficienti del rispetto dei diritti della difesa (v., in tal senso, sentenza del 16 giugno 2016, *Pebros Servizi*, C-511/14, EU:C:2016:448, punto 44)».

Infine, ricorda la Corte, le informazioni richieste da tali disposizioni possono essere trasmesse al convenuto non soltanto attraverso atti di procedura o la decisione giudiziaria, ma anche mediante documenti ad essi contestuali.

In definitiva, il giudice UE ha concluso dichiarando che l'articolo 17, lettera a), e l'articolo 18, paragrafo 1, lettera b), del regolamento si interpretano nel senso che una decisione giudiziaria emessa senza che il debitore sia stato informato dell'indirizzo del giudice cui occorre inviare la risposta, dinanzi al quale comparire o, eventualmente, presso il quale può essere proposto un ricorso avverso tale decisione, non può essere certificata come titolo esecutivo europeo.

Rinvio pregiudiziale – Articoli 49 e 54 TFUE – Libertà di stabilimento – Normativa tributaria – Imposta sulle società – Vantaggi connessi alla costituzione di un'entità fiscale unica – Esclusione dei gruppi transfrontalieri

Gli articoli 49 e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a un regime nazionale che escluda per una società controllante stabilita in uno Stato membro la deducibilità degli interessi inerenti ad un prestito concluso con una società collegata al fine di finanziare un conferimento di capitale in una controllata avente sede in un altro Stato membro, laddove, nel caso in cui la controllata avesse sede nello stesso Stato membro, la società controllante potrebbe godere della deducibilità costituendo con quest'ultima un'entità fiscalmente integrata.

Corte giust. (Prima Sezione) 22 febbraio 2018, C-398/16, X

Una società di diritto olandese, facente parte di un gruppo avente sede in Svezia, al fine di acquistare l'intera partecipazione sociale di una società di diritto italiano, facente parte del medesimo gruppo svedese, ha costituito una nuova società di diritto italiano con capitale mutuato da una terza società di diritto svedese, appartenente al medesimo gruppo.

La società di diritto olandese ha quindi portato in detrazione gli interessi pagati alla società di diritto svedese dalla propria dichiarazione dei redditi relativa alle imposte sulle società.

L'amministrazione delle finanze olandese ha quindi emesso un avviso di accertamento, ritenendo che la legislazione nazionale relativa alle imposte sulle società non consentisse tale deduzione.

Nel ricorso giurisdizionale presentato contro tale avviso di accertamento, la società olandese sosteneva che avrebbe potuto dedurre tali interessi inerenti al prestito dal proprio risultato di bilancio se le fosse stato consentito costituire un'entità fiscale unica con la propria controllata italiana. Poiché il diritto olandese riserva tale possibilità alle sole società residenti, la ricorrente riteneva di aver subito una restrizione alla propria libertà di stabilimento, in violazione degli articoli 49 e 54 TFUE.

In sede di giudizio di legittimità, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte Suprema dei Paesi Bassi) ha sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte di Giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

«Se gli (...) articoli 49 e 54 TFUE (...) debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad un regime nazionale in forza del quale ad una società controllante stabilita in uno Stato membro non è consentita la deduzione degli interessi relativi ad un prestito connesso ad un conferimento di capitale in una società controllata stabilita in un altro Stato membro, mentre essa potrebbe godere di siffatta deduzione se la società controllata fosse inclusa in un'entità fiscale unica – con caratteristiche come quelle dell'entità fiscale unica olandese – con la medesima società controllante, in quanto in tal caso, grazie al consolidamento, non sarebbe percepibile alcun

nesso con il conferimento di capitale in parola».

La Corte ha osservato preliminarmente che l'articolo 49 TFUE impone la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro. Ha quindi richiamato l'art. 54 TFUE che equipara, ai fini dell'esercizio della libertà di stabilimento, le società di diritto di uno degli Stati membri ed aventi nel territorio dell'Unione la propria sede o centro amministrativo ai cittadini degli Stati membri, riconoscendo loro il diritto di svolgere la propria attività in altri Stati membri mediante una controllata, una succursale o un'agenzia².

La Corte ha quindi richiamato il principio secondo cui la libertà di stabilimento comporta non soltanto la possibilità per un cittadino di un altro Stato membro di esercitare la propria attività in un diverso Stato membro ma vieta anche che la legislazione dello Stato membro di origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione.

La Corte ha quindi ricordato di essersi già pronunciata sulla normativa tributario di uno Stato membro, come quella olandese, che riserva alle società controllanti residenti e alle loro controllate residenti la possibilità di essere sottoposte a un regime di consolidato fiscale, ossia di essere assoggettate a imposta come se costituissero un'unica entità fiscale, consentendo quindi alle controllanti di consolidare gli utili e le perdite delle controllate e di attribuire carattere fiscalmente neutro alle operazioni infragrupo³.

Ha rammentato la Corte che se da un lato in tale pronuncia si è affermato⁴ che l'esclusione di un tale vantaggio per una società controllante che detenga una controllata con sede in un altro Stato membro è idonea a scoraggiare l'esercizio da parte della controllante della propria libertà di stabilimento, dissuadendola dal creare società controllate in altri Stati membri, tuttavia, al punto 43 della medesima sentenza, ha riconosciuto che tale disparità di trattamento era giustificata alla luce della necessità di preservare la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri e che la restrizione alla libertà di stabilimento che ne conseguiva era proporzionata a tale obiettivo. Ha concluso quindi il proprio ragionamento affermando che non si possa però dedurre che qualsiasi disparità di trattamento tra società appartenenti a un gruppo fiscale integrato, da un lato, e società non appartenenti a un tale gruppo, d'altro lato, sia compatibile con l'articolo 49 TFUE. Per quanto riguarda i vantaggi fiscali distinti dal trasferimento delle perdite all'interno del gruppo fiscale integrato, occorre, di conseguenza, esaminare separatamente la questione se uno Stato membro possa riservare tali vantaggi alle società facenti parte di un gruppo fiscale integrato e, pertanto, escluderli in situazioni transfrontaliere⁵.

Ricordato che l'articolo 15 della legge olandese relativa all'imposta sulle società consente a un gruppo di società residenti di costituire un'entità fiscale unica; che le società che optano per tale regime sono soggette a imposizione congiunta in capo alla società controllante; che all'interno dell'entità fiscale unica, i rapporti reciproci di partecipazione, come il conferimento di capitale di una controllante nella sua controllata, diventano, per effetto del consolidamento, fiscalmente irrilevanti; che la disciplina per le società residenti appare diversa da quella applicabile alle società non residenti, la Corte ha quindi dichiarato che l'art. 15, paragrafo 3 della legge relativa all'imposta sulle società, il quale consente che un'entità fiscale unica possa essere costituita solo tra contribuenti aventi sede nei Paesi Bassi, crei una disparità di trattamento tra una società controllante olandese che finanzia la propria controllata, parimenti olandese, per mezzo di un prestito concluso con una società collegata, e per la quale sia esclusa la restrizione della deducibilità degli interessi inerenti al prestito medesimo in applicazione dell'articolo 10a della legge de qua, e, dall'altro, una società controllante olandese che finanzia la propria controllata straniera nello stesso modo, ma cui possa essere negata la deducibilità degli interessi in base alle medesime disposizioni.

Prosegue il ragionamento della Corte che, posta la disparità di trattamento, essa potrebbe essere giustificata solo dalla comparabilità delle situazioni ovvero dalla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale.

In ordine alla comparabilità delle situazioni, i Giudici del Lussemburgo hanno richiamato la propria sentenza⁶ del 25 febbraio 2010, nella quale al punto 24 si è affermato che la fattispecie di una società controllante residente che intende costituire un'entità di tal genere con una controllata residente e quella di una società controllante residente che intende costituire un'entità fiscale unica con una controllata non residente sono oggettivamente comparabili per quanto riguarda l'obiettivo di tale regime fiscale.

In ordine alla giustificazione della disparità di trattamento e dunque all'esistenza di motivi imperativi di interesse generale, la Corte, evidenziato che il Governo olandese ed il Giudice a quo abbiano fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte in materia di necessità di preservare la ripartizione del potere impositivo tra gli

² In tal senso, sentenze del 21 maggio 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331, punto 32, e del 2 settembre 2015, *Groupe Steria*, C-386/14, EU:C:2015:524, punto 14.

³ CGUE, 25 febbraio 2010, *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89.

⁴ punto 19 sentenza cit.

⁵ CGUE, 2 settembre 2015, *Groupe Steria*, C-386/14, EU:C:2015:524, punti 27 e 28.

⁶ CGUE 25 febbraio 2010, *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, cit.

Stati membri. La Corte afferma che il vantaggio fatto valere dalla ricorrente, nel caso di specie, non può essere confuso con quello derivante dal consolidamento all'interno dell'entità fiscale unica. Il procedimento principale riguarda la deducibilità di costi consistenti in interessi e non la compensazione generale di costi e ricavi tipica dell'entità fiscale unica, con la conseguenza che la richiamata giustificazione non può trovare accoglimento.

Il Governo dei Paesi Bassi ha posto inoltre per giustificare la disparità di trattamento l'obiettivo della lotta all'elusione e all'evasione fiscale affermando che essa mirerebbe ad impedire condotte consistenti nella creazione di costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica, finalizzate a eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale. Ma una restrizione alla libertà di stabilimento può essere giustificata dalla prevenzione di pratiche abusive, solo se tale restrizione abbia lo scopo specifico di farvi ostacolo⁷.

Per tali considerazioni, la Corte ha statuito che gli articoli 49 e 54 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a un regime nazionale, come quello oggetto del procedimento principale, che esclude per una società controllante stabilita in uno Stato membro la deducibilità degli interessi inerenti ad un prestito concluso con una società collegata al fine di finanziare un conferimento di capitale in una controllata avente sede in un altro Stato membro, laddove, nel caso in cui la controllata avesse sede nello stesso Stato membro, la società controllante potrebbe godere della deducibilità costituendo con quest'ultima un'entità fiscalmente integrata.

⁷ CGUE 16 luglio 1998, *ICI*, C-264/96, EU:C:1998:370, punto 26; CGUE 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, punto 51.

Ordinamento giudiziario

LA CIRCOLARE SULLE PROCURE DEL CSM CHIARISCE I NUOVI ASSETTI ORGANIZZATIVI
DELLE PROCURE E IL RUOLO DEL PROCURATORE..... I 24
di Maria Laura Vitiello

ORDINAMENTO
GIUDIZIARIO



Maria Laura Vitiello
Avvocato

La Circolare sulle Procure del CSM chiarisce i nuovi assetti organizzativi delle procure e il ruolo del procuratore.

La circolare del CSM del 16 novembre 2017 ridisegna i compiti del Procuratore della Repubblica e l'organizzazione interna dell'Ufficio di Procura fondata sul modello organizzativo predisposto dal primo che fissa criteri e obiettivi da perseguire.

sommario

Premessa. – **1.** Le risoluzioni in materia organizzativa degli uffici del PM. – **1.1.** La prima risoluzione del 12 luglio 2007. – **1.2.** La seconda risoluzione del 21 luglio 2009. – **2.** La *ratio* della nuova circolare sulla organizzazione delle procure. – **3.** Aspetti salienti della Circolare. – **4.** Prime riflessioni sulle criticità della Circolare.

Premessa

La circolare sull'organizzazione delle Procure emanata dal Plenum del CSM con delibera del 16 novembre 2017 rappresenta il momento conclusivo del dibattito svoltosi su questo tema in seno al Consiglio a seguito del processo di riforma dell'Ordinamento giudiziario avviatosi nel 2005.

Il processo normativo ebbe inizio con la legge delega 150/2005 con la quale il Parlamento approvò una serie di deleghe al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario, con l'obiettivo di decentrare il Ministero della Giustizia e modificare la disciplina concernente il Consiglio di presidenza, la Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, predisponendo all'uopo un testo unico. Lo scopo da raggiungere, quindi, era quello di una riforma totale dell'ordinamento giudiziario.

In attuazione della delega vennero emanati più decreti legislativi, tra i quali il d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160, con cui veniva disposta la nuova disciplina dell'accesso in magistratura, nonché dettate nuove norme in materia di progressione economica e di funzioni dei magistrati.

Ma è con il D.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, invece, che si registrò un primo intervento nell'ambito dell'organizzazione delle Procure.

Veniva accentuata, anzitutto, la centralità del ruolo del procuratore della Repubblica che assumeva la re-

sponsabilità complessiva della gestione dell'ufficio che dirigeva, con il dovere di assicurare l'esercizio corretto ed uniforme dell'azione penale, il rispetto della legislazione sul giusto processo, l'ottimale gestione della polizia giudiziaria e delle risorse. Complementare a questo ruolo il potere, solo a lui spettante, di intrattenere rapporti con gli organi di informazione.

Le modifiche sinora affrontate, tuttavia, subirono un repentino arresto ad opera della cd. Riforma Mastella.

Con legge del 24 ottobre 2006, n. 269, infatti, si ebbe la sospensione dell'efficacia dei summenzionati emendamenti nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario.

L'entrata in vigore del d.lgs. n. 160/06 venne sospesa sino al 31 luglio 2007, mentre vennero introdotte piccole modifiche al d.lgs. n. 106/2006.

Con legge del 30 luglio 2007, n. 111, infine, si giunse ad avere un quadro completo di modifiche alle norme sull'ordinamento giudiziario, che stravolse radicalmente la disciplina prevista dal d.lgs. 5 aprile 2006, n. 160 (riforma Castelli).

Tra le modifiche di rilievo, vi furono in particolare quelle riguardanti:

- valutazione professionale quadriennale a decorrere dalla data di nomina dei magistrati e fino al superamento della settima valutazione;
- trattamento economico legato alla positiva valutazione di professionalità con possibilità di incidere in caso di valutazione non positiva o negativa;
- possibilità di transitare da funzioni requirenti a quelle giudicanti e viceversa, mutando il distretto e con una reale verifica delle attitudini;
- composizione e funzioni della Scuola Superiore della Magistratura (previsione di tre sedi)
- partecipazione del presidente del Consiglio nazionale forense al Consiglio direttivo della Corte di Cassazione.

A chiudere il quadro delle riforme intervenute nel campo dell'ordinamento giudiziario che hanno preceduto la circolare del 2017, oltre alle risoluzioni sulle Procure (2007 e 2009) di cui si dirà più innanzi, fu emanato il testo unico sulla Dirigenza Giudiziaria, adottato dal C.S.M. con Circolare n. P-14858-2015

del 28 luglio 2015 (Delibera del 28 luglio 2015 e succ. mod. al 15 giugno 2016).

Come specificato nella relazione introduttiva allo stesso T.U. l'obiettivo prefissato è la razionalizzazione e semplificazione del testo; apertura massima dell'accesso alla dirigenza; valorizzazione della cultura dell'organizzazione e delle nuove competenze maturate nella gestione di realtà complesse; distinzione e specificazione dei requisiti attitudinali in base alle tipologie di ufficio direttivo; indicazione di criteri chiari e precisi per il giudizio di comparazione tra candidati; semplificazione massima del procedimento e standardizzazione dei tempi e dei moduli valutativi; massima apertura dell'accesso alla dirigenza; valorizzazione della cultura dell'organizzazione.

Il contenzioso, infatti, negli anni che hanno preceduto l'emanazione del testo unico, è stato tale da generare un forte attrito tra il Consiglio superiore e il giudice amministrativo. Al fine di ridurre al minimo il contrasto il nuovo Testo unico del 2015 si è posto, quindi, l'obiettivo di fissare regole procedurali e criteri valutativi tali da poter superare tale situazione.

Tenendo in considerazione gli effetti prodotti dall'applicazione del vecchio Testo unico, la ratio della nuova Circolare va dunque ricercata in una duplice e diversa prospettiva: una relativa al ruolo e alle funzioni attribuite al Consiglio superiore e l'altra, invece, maggiormente calibrata verso la regolamentazione del procedimento nel suo complesso.

Il rinnovato profilo strutturale trova, infatti, riscontro nell'identificazione delle linee guida che sono rivolte a contemperare le esigenze di razionalizzazione di un sistema di norme piuttosto complesso, avuto riguardo alla semplificazione del testo e al relativo procedimento, alla standardizzazione dei tempi e dei metodi di valutazione, con alcuni importanti obiettivi come quelli orientati a

al vaglio del Governo. Si trattava, dunque, di un intervento inevitabilmente non compiuto e definitivo, considerato l'iter parlamentare in corso del disegno di legge predisposto dal Governo in tema di ordinamento giudiziario, ma necessario e indifferibile per assicurare una gestione trasparente ed efficiente degli uffici richiedenti.

Il testo originario del D. Lgs. 106 del 2006 nel delineare il ruolo attribuito al Procuratore della Repubblica ne accentuava il carattere gerarchico, in quanto scelta organizzativa ritenuta più idonea a raggiungere una piena uniformità ed effettività dell'obbligo di esercizio della azione penale. Ciò si poteva cogliere soprattutto dalla analisi delle competenze attribuite al Procuratore della Repubblica sia sul versante organizzativo¹, sia sul versante di "gestione del procedimento" e dei rapporti con i sostituti².

La richiamata disciplina precisava il potere di vigilanza del Procuratore generale presso la Corte di appello, che acquisiva dati e notizie, al fine di verificare il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale ed il rispetto delle norme sul giusto processo, nonché il puntuale esercizio da parte dei Procuratori della Repubblica dei poteri di direzione, controllo e organizzazione, era incaricato, inoltre, dell'invio al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione di una relazione con cadenza almeno annuale.

La definizione degli spazi di interventi dell'organo di autogoverno in relazione alle modalità di esercizio del potere del Procuratore della Repubblica nei rapporti con i sostituti e nell'esplicazione delle competenze più tipicamente organizzative, deve necessariamente inquadarsi nell'assetto normativo complessivo – cioè delle fonti primarie e secondarie – anche preesistente alla introduzione dell'abrogato art. 7-ter dell'Ordinamento Giudiziario. Il quadro normativo

1. Le risoluzioni in materia organizzativa degli uffici del PM

All'interno di questo articolato contesto normativo, volto a riformare profondamente l'ordinamento giudiziario, vanno segnalate, come precedenti consiliari sul tema, due importanti risoluzioni: la risoluzione del 2007 e quella del 2009.

1.1. La prima risoluzione del 12 luglio 2007

A seguito dell'entrata in vigore del su citato decreto legislativo 20 febbraio 2006 n. 106, il Consiglio Superiore della Magistratura si trovò in condizione di dover adottare una risoluzione urgente nella quale, in primo luogo, si richiamavano i precedenti pareri consiliari.

L'intervento del Consiglio si rese necessario al fine di individuare linee guida e di indirizzo per l'organizzazione degli uffici di Procura, così da far luce nel contesto normativo confuso ed in continuo aggiornamento dovuto alle successive ed ulteriori modifiche

¹ Come, ad esempio, determinare i criteri di organizzazione dell'ufficio e di assegnazione degli affari, ivi compresi quelli di natura automatica (art. 1, co. 6); designare un vicario in caso di assenza o vacanza (art. 1, comma 3); delegare a Procuratori Aggiunti o sostituti la cura di specifici settori (art. 1, c. 4); fissare i criteri generali per l'impiego di risorse personali e materiali (art. 4, 1° c.); individuazione dello stesso quale responsabile unico dei rapporti con la stampa (art. 5).

² Era il "titolare esclusivo dell'azione penale...esercitata sotto la sua responsabilità", in modo "corretto, puntuale e uniforme" (art. 1, commi 1 e 2 e art. 2, c. 1); poteva formulare criteri per l'impostazione delle indagini "in relazione a settori omogenei di procedimenti" (art. 4, 2° c.); poteva trattare gli affari personalmente ovvero delegarli a singoli magistrati, così come delegare il compimento di singoli atti (art. 2, co. 1); poteva indicare "criteri cui il magistrato deve attenersi" (art. 1, c. 5) nell'assegnare un procedimento e, qualora ciò non avvenisse, poteva revocare la delega (art. 2, co. 2); la revoca doveva essere motivata ed il magistrato aveva la facoltà di presentare osservazioni scritte; i due atti venivano, poi, inseriti nei fascicoli personali di entrambi ed inviati al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, titolare dell'azione disciplinare; doveva assentire personalmente, o tramite un suo delegato, ai fermi, alle richieste di misura cautelare e (con alcuni limiti) reali (art. 3).

complessivo, cioè la normativa primaria³, in larga parte ancora vigente, nonché quella secondaria, sviluppata in data antecedente alla introduzione dell'art. 7-ter O.G., rappresentano, infatti, la volontà di darsi carico dell'attuazione dei principi costituzionali riferibili alla figura del pubblico ministero. Esigenza quest'ultima sempre avvertita, che porta ad interpretare anche la nuova normativa, e le conseguenze che da essa derivano, alla luce dei valori costituzionali espressi dall'art. 105 e 112 della Cost.

In questo contesto spettava, quindi, al CSM esercitare i propri poteri di indirizzo nei confronti dei titolari degli uffici di Procura quando, come nel caso della formazione del progetto organizzativo, sono in gioco attribuzioni che concorrono ad assicurare il rispetto delle garanzie costituzionali. Lo esige quella funzione di "vertice organizzativo" dell'Ordine Giudiziario propria del CSM.

Partendo da ciò, occorre sottolineare come l'orientamento del Consiglio in riferimento alla organizzazione degli uffici del pubblico ministero si sia stabilizzato da oltre un quindicennio e si sia formato attraverso una serie di risoluzioni (3 giugno 1992⁴, 25 marzo

1993⁵, 10 aprile 1996⁶).

Seguendo i valori di fondo sottesi alla elaborazione consiliare in tema di organizzazione degli uffici giudiziari (che la prassi maturata ha indicato quali positivi e sperimentati modelli di riferimento nei progetti organizzativi adottati dai dirigenti degli uffici), nel rispetto della nuova normativa, l'individuazione di alcune linee guida da parte del Consiglio appariva strumento utile ad orientare i Procuratori nello svolgimento delle prerogative organizzative che la legge attribuisce loro, ad assicurare la tendenziale omogeneità a livello nazionale dei progetti organizzativi, a garantire l'adozione di sequenze procedurali nella loro formazione che permettano il coinvolgimento preventivo di tutti i magistrati dell'Ufficio (nel rispetto dell'art. 107 Cost.), a prevenire squilibri e diseconomie nella gestione delle risorse, valorizzando in primo luogo le risultanze delle analisi dei flussi, a favorire positive relazioni all'interno dell'ufficio.

1.2. La seconda risoluzione del 21 luglio 2009

Nella fase normativa, ancora imperfetta e magmatica, che favorì il varo della risoluzione – mentre era in corso l'iter parlamentare del disegno di legge predisposto dal Governo in tema di ordinamento giudiziario, sfociato nella legge n. 111 – non poteva dunque che avere luogo un'iniziale ed urgente posizione del Consiglio sul tema dell'organizzazione delle Procure, rinviando a momenti di futura e più stabile situazione ordinamentale "un più articolato intervento" da parte del Consiglio Superiore della Magistratura quale organo di vertice dell'organizzazione di tutti gli uffici giudiziari.

Peraltro, nel solco del rinnovato assetto organizzativo del pubblico ministero, la legge 30 luglio 2007 n. 111, recante modificazioni alle norme sull'ordinamento giudiziario, ha inciso ancora in maniera significativa su alcuni tratti fisionomici dell'organo d'accusa, coinvolgendo il ruolo del pubblico ministero nel meccani-

³ Le disposizioni normative primarie rilevanti sono individuabili nella direttiva n. 68 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81, nell'art. 70, commi 3-5, ord. giud., come modificato dall'art. 20 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 449, nell'art. 53 c.p.p., nell'art. 3 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, nell'art. 5 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 273. In particolare: – La direttiva n. 68 della legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81 per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, in primo luogo, ha indicato quale criterio direttivo per il legislatore delegato la «previsione che le funzioni di pubblico ministero in udienza siano esercitate con piena autonomia». Completa il quadro della normativa primaria attributiva dei poteri del procuratore della Repubblica la disposizione di cui all'art. 16 co. 4 D.L.vo n. 511 del 1946, che prevede che «il procuratore della Repubblica presso il tribunale ordinario, il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni (...) esercitano la sorveglianza sui magistrati addetti ai rispettivi uffici». Su questo assetto normativo – in larga misura ancora vigente – si era poi immesso il 3° comma dell'art. 7-ter O.G. – oggi abrogato – che stabiliva che «Il Consiglio superiore della magistratura determina i criteri generali per l'organizzazione degli uffici del pubblico ministero e per l'eventuale ripartizione di essi in gruppi di lavoro». La legge, peraltro, si era limitata a recepire l'orientamento consiliare che fissava precise direttive per l'organizzazione degli uffici del P.M., orientamento il cui valore, dunque, quantomeno come positivo indirizzo interpretativo, conserva piena attualità indipendentemente dalla abrogazione dell'art. 7-ter.

⁴ La delibera 3 giugno 1992, sul punto, aveva esplicitamente evidenziato con una speciale attenzione ai casi di revoca ricollegate a situazioni predeterminate e tipizzate e l'autonomia del magistrato. Al di fuori delle ipotesi residua una ulteriore sfera di operatività della revoca "in presenza di rilevanti esigenze di servizio" (art. 53 co. 2 c.p.p., e, per rimando, art. 70 co. 4 ord. giud.). Al Consiglio Superiore della Magistratura, infine, è riconosciuto un ruolo attivo sui rapporti tra procuratore e sostituti.

⁵ La risoluzione 25 marzo 1993, in particolare, aveva esplicitato la scelta di abbandonare ogni incidenza gerarchica nel rapporto tra procuratore della repubblica e magistrati addetti all'ufficio inquirente: il rapporto viene qualificato in termini di sovraordinazione, ex art. 70 O.G. nella sua nuova Ciò è testimoniato, del resto, anche dalla sostituzione normativa del concetto di delega con quello di designazione (art. 70, 3° O.G.), che meglio corrisponde al principio di eguaglianza dei magistrati tra di loro e conferisce al designato una propria competenza (intesa in senso ampio) nella distribuzione, interna all'ufficio, del lavoro.

⁶ La delibera 10 aprile 1996 affronta con chiarezza la problematica rilevando che tali potestà, da esercitarsi preferibilmente previo confronto con i magistrati addetti all'ufficio, si esprimono nell'enunciazione di linee di indirizzo di carattere generale, restando invece esclusa la possibilità di direttive afferenti la conduzione del singolo processo: (...) il potere di sovraordinazione spettante al Procuratore della Repubblica sull'attività processuale dei sostituti deve esprimersi unicamente per linee di azione generali e non con direttive sul singolo processo, o con interventi sul caso specifico e sul merito di un determinato atto.

simo della temporaneità di funzioni⁷.

La risoluzione del 2009 si pone, dunque, da un lato, come un secondo momento di riflessione – rispetto alla prima risoluzione del luglio 2007 – dal carattere ugualmente orientativo in punto di organizzazione degli uffici del pubblico ministero e, allo stesso tempo, ne costituisce un'integrazione anche quale necessario portato di una lettura complessiva delle nuove norme sul tema in oggetto, alla luce dei principi posti a presidio dell'autonomia e dell'indipendenza del singolo magistrato (art. 101 Cost.) e del trasparente e buon funzionamento degli uffici requirenti medesimi (art. 97 Cost.).

È proprio alla luce dei ricordati principi costituzionali, ed in coerente progressione d'intenti con il primo intervento consiliare, il Consiglio offrì queste ulteriori "linee guida" ai rispettivi dirigenti come atto di mero orientamento, ferma restando in capo ad essi, comunque, la potestà di organizzare le strutture da loro dirette secondo le modalità ritenute più opportune, purché conformi alle prescrizioni di legge.

2. La *ratio* della nuova circolare sulla organizzazione delle procure

In data 16 novembre 2017 il Plenum del Consiglio Superiore della Magistratura, dopo più di due anni di lavoro, ha deliberato all'unanimità la Circolare sull'organizzazione delle Procure – approvata dalla Settima Commissione nella seduta del 24 ottobre 2017 – facendo ricorso all'esercizio del proprio potere regolamentare.

Nonostante l'abrogazione dell'art. 7-ter, comma III, delle norme concernenti l'ordinamento giudiziario, che riconosceva al Consiglio il potere di determinare i criteri generali per l'organizzazione dell'Ufficio del Pubblico Ministero e per l'eventuale ripartizione di essi in gruppi di lavoro, l'art. 25 del regolamento interno tutt'ora consente al CSM di emanare delle circolari al fine di dare esecuzione e interpretazione alla legge e ai regolamenti, in tal modo istituendo una fonte di rilevanza esterna di diretta emanazione consiliare.

Avvalendosi di tale disposizione il Consiglio non ha fissato i criteri generali per l'organizzazione dell'Ufficio (la cui formulazione è in effetti attribuita espressamente al Procuratore della Repubblica dall'art. 1, comma VI, lett. a) del d.lgs. n. 106/2006) ma si è limitato a stabilire le modalità, democratiche e partecipate, attraverso le quali quest'ultimo è chiamato ad esercitare le prerogative in materia riconosciutegli dalla legge.

⁷ Nello specifico, il riferimento è al nuovo art. 19 del d.lgs. n. 106 del 20 febbraio 2006, introdotto dal comma 5 dell'art. 2 della legge n. 111, il quale limita la permanenza dei magistrati del pubblico ministero all'interno dei gruppi di lavoro ad un periodo massimo compreso tra i cinque e i dieci anni, che il Consiglio ha già, con proprio regolamento del 13 marzo 2008, individuato nel decennio.

Il concetto è stato ribadito dall'art. 1 della circolare, esso, infatti, oltre ad avere una valenza esterna alla circolare sul fronte applicativo dei progetti organizzativi, assume un grande valore sul fronte interno, ermeneutico, interpretativo e applicativo da parte dell'autogoverno, decentrato e centrale. Ciò in quanto, per effetto di quella disposizione, non solo si legittima un ruolo di verifica da parte dell'autogoverno, ma si chiarisce che il vaglio dei progetti organizzativi da parte dei Consigli giudiziari e del Consiglio Superiore deve avvenire sulla base di un "sistema integrato" che vede compenetrarsi in un "unicum" i principi costituzionali con quelli normativo-primari⁸.

Il dibattito in seno al Plenum è stato ampio e ha registrato interventi adesivi da parte di tutte le componenti togate e laiche, nonché dei componenti di diritto. Il testo originariamente proposto dalla Commissione è stato migliorato, attraverso la presentazione di alcuni emendamenti.

L'intervento consiliare ha, quindi, la finalità di approntare una disciplina generale, chiara e organica, attuativa dei principi espressi nella normativa primaria, e in continuità con le direttrici già individuate nelle risoluzioni del C.S.M. del 2007 e del 2009, che hanno fornito un primo, significativo contributo di riflessione e di orientamento dopo la riforma.

Il testo racchiude e sintetizza il patrimonio di acquisizioni consiliari intervenute nell'ultimo decennio in tema di applicazione degli istituti ordinamentali agli uffici requirenti, con lo scopo di essere utile contributo di certezza e prevedibilità, volto a consolidare una cornice di riferimento nitida, idonea a prevenire incertezza o conflittualità all'interno degli uffici.

In quest'ottica il C.S.M., sulla base del dettato normativo che attribuisce al Procuratore della Repubblica il potere di organizzazione dell'ufficio e la titolarità dell'esercizio dell'azione penale, intende favorire la definizione di uno statuto minimo di organizzazione degli Uffici di Procura.

È indubbio che la legge n. 106/2006, ponendo in capo al Procuratore della Repubblica la titolarità dell'azione penale, ha inevitabilmente segnato un cambio di passo nel nostro Ordinamento Giuridico, contribuendo a determinare una oggettiva verticalizzazione degli Uffici di Procura.

Da tempo, tuttavia, la compatibilità del nuovo assetto strutturale delle Procure con i principi costituzionali di autonomia e indipendenza di ciascun magistrato (e dunque anche del Pubblico Ministero) è oggetto di ampio dibattito all'interno e fuori della magistratura.

L'oggettiva accentuazione del ruolo del Procuratore della Repubblica ha determinato la necessità di

⁸ Sul punto cfr. LUCA FORTELEONI, *La nuova Circolare CSM sulla organizzazione delle procure della Repubblica: i presupposti normativi, le finalità applicative e i valori ermeneutici*, su *magistraturaindependente.it*.

verificare se l'intervento normativo abbia introdotto un rigido ed esclusivo rapporto di sovraordinazione gerarchica del Procuratore della Repubblica rispetto agli altri Magistrati dell'Ufficio o se, conformemente ai principi costituzionali, abbia inteso introdurre un idoneo strumento volto a garantire maggiore omogeneità ed efficienza nell'esercizio delle attività di competenza dell'ufficio del Pubblico Ministero, a partire dall'obbligatorio esercizio dell'azione penale.

Le posizioni a riguardo non sono unanimesi, alcune correnti togate hanno aderito alla seconda delle soluzioni prospettate ribadendo con forza la lettura costituzionalmente orientata della citata legge. E, infatti, essa soltanto appare idonea a salvaguardare da un lato l'indiscussa prerogativa riconosciuta al Procuratore della Repubblica in tema di organizzazione dell'ufficio (ex art. 1 co. 6 d.lgs. 106/2006) e di verifica del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell'azione penale (ex art. 1 co. 2 d.lgs. 106/2006, che richiama pure il doveroso rispetto delle regole del giusto processo) e, dall'altro, a porre obblighi nell'adempimento dei doveri e limiti nell'esercizio dei poteri che gli sono propri, a partire dal rispetto delle garanzie di indipendenza e autonomia che la Carta riconosce sia ai Giudici che ai P.M. (ai sensi degli artt. 97, 101, 102, 105, 107 e 112 Cost.).

Una gerarchia di tipo organizzativo quella del Procuratore della Repubblica, al quale si riconosce quindi il potere di imprimere le linee di indirizzo circa l'adozione, da parte degli Aggiunti e dei Sostituti, di criteri omogenei ai fini delle determinazioni inerenti il promovimento dell'azione penale e dell'utilizzo ponderato delle scarse risorse umane e strumentali che rappresentano, come è noto, la concreta problematica di ogni Ufficio di Procura.

Interpretazione differente è fornita, d'altro canto, da un'altra ala della magistratura che ravvede in tale organizzazione un inevitabile ed insanabile contrasto tra la figura del Magistrato inquirente e quella del Magistrato giudicante che segnerebbe, pericolosamente, il passo alla tanto temuta separazione delle carriere.

Tuttavia, come detto, obiettivo primario della Delibera è stato quello di fare chiarezza alla luce del quadro normativo maggiormente definito e di dare direttive agli organi requirenti.

A conforto di ciò quanto dagli stessi giudici di Palazzo dei Marescialli evidenziato all'interno della relazione sui lavori alla circolare:

«...il ruolo dell'Organo di governo autonomo si esprime su due binari concorrenti: l'uno di tipo esterno e generale, l'altro specifico e contingente, riferito alle singole fattispecie previste dalla legge. Intanto, da un punto di vista esterno alle questioni in esame, il Consiglio Superiore della Magistratura si assume il compito di offrire un contributo di supporto alla giurisdizione, di tipo ricognitivo e ordinatore.... – ed ancora – È dunque compito del Consiglio, nell'ambito

di tale cornice, da un lato disciplinare e dare corpo alle previsioni di legge, attraverso l'adozione di disposizioni dal carattere regolamentare; dall'altro, mettere a disposizione dei Dirigenti degli uffici di Procura la conoscenza e l'esperienza diffusa, al fine di fornire un possibile percorso organizzativo – cui il dirigente farà auspicabilmente ricorso – che sia in grado di realizzare al meglio gli obiettivi che il Legislatore pone a carico del Procuratore della Repubblica e, al contempo, di assicurare l'autonomia e l'indipendenza dei singoli sostituti e, più in generale, i diritti soggettivi dei singoli magistrati, come declinati dalla legge e dalla normativa consiliare. S'intende, pertanto, procedere a un'opera di sistemazione e riordino di una disciplina che si è stratificata nel tempo con effetti disorganici e frammentati, fornendo un modello di riferimento organico, chiaro e coerente in se stesso e rispetto all'ordinamento generale.».

Merito del Plenum, quindi, l'esser riuscito ad abbandonare la precedente metodica degli interventi consiliari sotto forma di mere "linee guida", in favore di un sistema di regole secondarie positive, certe, chiare, omogenee e uniformi che, prendendo le mosse da quelle prassi virtuose (selezionate e archiviate dal Csm), che proprio i procuratori della Repubblica hanno, in passato, attuato e continuano ad attuare nei loro progetti organizzativi.

3. Aspetti salienti della circolare

A questo punto uno sguardo, seppur veloce, meritano tutte le tematiche di maggiore interesse toccate dalla Circolare.

La circolare affronta, anzitutto, con estremo equilibrio e adeguata valorizzazione delle prassi dei vari Uffici, la delicata questione dei "visti"⁹.

Il "visto" ha funzione conoscitiva, il Procuratore della Repubblica, al fine di garantire il corretto, puntuale ed uniforme esercizio dell'azione penale, può prevedere nel progetto organizzativo che determinati atti o categorie di atti posti in essere dai sostituti siano a lui preventivamente trasmessi per l'apposizione del "visto".

Fermo restando, infatti, il dovere di lealtà che deve caratterizzare i rapporti tra i Magistrati componenti dell'Ufficio ed il Procuratore della Repubblica, è condivisibile, quindi, l'ammissibilità del "visto" quale efficace strumento conoscitivo dagli effetti circoscritti.

Una attenta formalizzazione che, nonostante l'attuale assetto normativo presentasse maggiori elementi di dettaglio, è venuta a caratterizzare anche il diverso ambito e la procedura dell'assenso sulle misure cautelari e della revoca dei procedimenti.

Altro tema trattato, poi, è quello relativo alla figura dei Procuratori Aggiunti¹⁰, solo marginalmente di-

⁹ Art. 14 della Circolare.

¹⁰ Art. 5 della Circolare.

sciplinata dalle due risoluzioni precedenti e dal dettato normativo primario.

In questo delicato ambito, la circolare ha offerto una disciplina in grado di delineare, in termini chiari ed esaurienti, il rapporto tra gli Aggiunti ed i rispettivi Procuratori e, soprattutto, i compiti ed attribuzioni propri dei primi. Valorizza, infatti, il ruolo di “semi-direzione” proprio dell’Aggiunto e propone un preciso quadro normativo in una area che, nel corso degli anni, ha offerto il fianco a molteplici situazioni di criticità.

Una valorizzazione, poi, estesa anche ai Direttivi di Grado Superiore, pur in ossequio del dettato normativo e dei principi costituzionali sottesi. In particolare al Procuratore Generale presso la Corte d’appello compete promuovere nell’ambito del distretto modelli organizzativi omogenei, essendo invece precluse attività di coordinamento investigativo, se non nei casi espressamente previsti dalla legge, tali da far configurare un pericoloso “asse requirente”. Al Procuratore Generale è attribuito, invece, il compito di individuare, divulgare e promuovere le buone prassi organizzative da rendere disponibili per gli uffici del distretto¹¹.

Un breve cenno e qualche linea di indirizzo sono state date anche per il Procuratore Nazionale Antimafia e Antiterrorismo, il quale con cadenza triennale deve redigere il progetto organizzativo ed al quale si applicano, in considerazione della delicatezza del ruolo, le restanti disposizioni della Circolare solo in quanto compatibili¹².

Senza alcun dubbio punto focale dell’intera Circolare è proprio la previsione del progetto organizzativo che il Procuratore della Repubblica adotta con la partecipazione dei magistrati dell’ufficio e previa assemblea generale. Questi, infatti, redige il provvedimento che intende adottare e lo comunica ai magistrati, i quali possono proporgli osservazioni entro 15 giorni dall’avvenuta comunicazione¹³.

Un progetto, dunque, che prevede la partecipazione corale dell’intero ufficio nella organizzazione del lavoro, che mira alla trasparenza e alla ottimizzazione delle risorse e favorisce le specifiche competenze dei singoli componenti dell’Ufficio requirente.

Tali previsioni altro non rappresentano che la consacrazione delle regole e dei principi del giusto processo (art. 111 Cost.) e del buon andamento (art. 97 Cost.) dell’istituzione, quindi, della funzione requirente. Non disposizioni sostitutive, dunque, ma regole attuative di principi cardine ai quali qualunque progetto organizzativo deve necessariamente fare riferimento.

La Settima Commissione, infine, ha tenuto a sottolineare l’importanza dei rapporti tra Uffici Requirenti e Uffici Giudicanti, in relazione ad aspetti di sistema come i criteri priorità nella trattazione degli affari e di

svolgimento delle attività di udienza. Ed inoltre, molto opportunamente, sono state estese anche ai magistrati del P.M. tutte quelle previsioni in tema di benessere organizzativo contenute nella circolare sulle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti.

4. Prime riflessioni sulle criticità della Circolare

Per mera completezza espositiva, non si potrà tacere e offrire, in questa sede, anche qualche spunto di riflessione circa le criticità ravvisabili all’indomani dell’entrata in vigore della Circolare.

Se da un lato l’intervento del Plenum di Palazzo dei Marescialli ha avuto il grande pregio di aver dato certezza e prevedibilità nelle scelte del procuratore, volte ad evitare conflittualità, individuando nel progetto organizzativo lo strumento cardine di gestione dell’attività dell’ufficio, dall’altro proprio questo potere accentrato nelle mani del Procuratore della Repubblica a discapito dei sostituti ha creato non pochi dubbi in prossimità dell’approvazione del testo definitivo della Circolare.

Infatti la prevista procedimentalizzazione del sistema di adozione e modifica del Progetto organizzativo (attraverso la partecipazione dei singoli Sostituti con la possibilità di presentare osservazioni e l’intervento degli organi di autogoverno territoriali e centrale), nonché la indicazione dei contenuti minimi ed imprescindibili di esso, sebbene abbia formato oggetto di critiche, ad oggi si è rivelata, in ultima stesura, quale garanzia dell’operato dell’intero ufficio requirente.

La corralità nell’adozione di linee guida e la trasparenza nella gestione dell’attività dell’ufficio concorrono a salvaguardare i principi costituzionali innanzi richiamati e a valorizzare nel contempo lo strumento organizzativo stesso ed il suo principale artefice: il Procuratore della Repubblica.

L’oggettiva accentuazione del ruolo del Procuratore della Repubblica ha determinato la necessità di verificare se l’intervento normativo abbia introdotto *sic et simpliciter* un rigido ed esclusivo rapporto di sovraordinazione gerarchica del Procuratore della Repubblica rispetto agli altri Magistrati dell’Ufficio o se, conformemente ai principi costituzionali, abbia inteso introdurre un idoneo strumento volto a garantire maggiore omogeneità ed efficienza nell’esercizio delle attività di competenza dell’ufficio del Pubblico Ministero, a partire dall’obbligatorio esercizio dell’azione penale.

Ed è proprio sull’obbligatorietà dell’azione penale che sorgono i primi dubbi che investono il criterio di priorità nell’esercizio dell’azione penale previsto dall’art. 3 della Circolare, con cui viene introdotta una sorta di regolamentazione delle priorità, attribuita al capo dell’ufficio, sentiti tutti i componenti dell’ufficio e, dunque, ribadita anche l’idea della collegialità fra i criteri organizzativi della Procura.

Viene da chiedersi, tuttavia, come sia conciliabile tale previsione normativa, seppur secondaria, con

¹¹ Art. 18 c. 1 della Circolare.

¹² Art. 18 c. 2 e 3 della Circolare.

¹³ Artt. 7 e 8 della Circolare.

l'obbligatorietà dell'azione penale garantita dalla Costituzione (art. 112 Cost.). Con tale previsione, infatti, sembra quasi si trasformi l'esercizio dell'azione penali in discrezionale così come il criterio nel decidere priorità nell'esercizio della stessa, tutto è affidato al Procuratore della Repubblica che, grazie anche alla collegialità nell'elezione di tali criteri, va' esente da qualsiasi tipo di responsabilità. Nessun chiarimento sul punto è stato, sinora, fornito dal Plenum.

Sul punto si è espressa anche l'Avvocatura, attraverso l'UCPI, palesando le forti perplessità circa la previsione, da parte della Circolare, di una scala di priorità nell'esercizio dell'azione penale, quasi rinvenendo nella stessa scelta il triste epilogo della obbligatorietà dell'azione a cui molteplici modifiche hanno portato.

La preoccupazione da parte del Foro si è incentrata, poi, sul ruolo stesso del C.S.M. che via via assume sempre maggior potere ed incidenza assumendo talvolta il ruolo di vera e propria promozione legislativa¹⁴.

Non pochi dubbi, poi, sono sorti in merito alla compatibilità delle disposizioni della Circolare al Procuratore Nazionale Antimafia ed Antiterrorismo che, proprio per le peculiarità che contraddistinguono l'ufficio, avrebbe forse richiesto maggiore attenzione e riguardo di un semplice rinvio "*in quanto compatibili*" alle norme previste per le Procure Ordinarie¹⁵.

Alla luce di questo seppur breve risulta già evidente che la Circolare sulle Procure, lungi dall'essere il punto di arrivo e di incontro dei numerosi dibattiti sorti a seguito del frastagliato assetto normativo riguardante le Procure nazionali, sarà oggetto di critiche e osservazioni da parte di tutti gli operatori del diritto, non resta, a questo punto, che seguirne gli sviluppi.

¹⁴ Cfr. FRANCESCO PETRELLI, segretario UCPI, "Azione penale: non basta la super - circolare" su *Il Mattino* del 26.11.2017.

¹⁵ Cfr. intervento di FEDERICA LA CHIOMA E DARIO SCALETTA, *Il documento organizzativo della PNA alla luce della circolare sull'organizzazione delle Procure*, su *magistraturaindipendente.it*.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Sulla decorrenza del *dies a quo* dei benefici connessi allo status di “vittima del terrorismo”. I 32
di Elia Scafuri

DIRITTO PENALE

La partecipazione ad un’associazione con finalità di terrorismo internazionale,
con particolare riferimento alla responsabilità penale dei *foreign fighters* a sostegno dell’ISIS.. I 36
di Carmela Miranda

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Sulla sindacabilità da parte del giudice dell’ottemperanza delle cartelle di pagamento e degli atti
di pignoramento che possono impedire l’esecuzione di una sentenza di condanna a carico della p.a. ... I 41
di Francesco Di Sabato



Diritto civile

Sulla decorrenza del *dies a quo* dei benefici connessi allo status di "vittima del terrorismo"

abstract

Assistance that originate from the condition of "victims of terrorism" according to article 2, subsection 1, of the law n° 407/1998 and article 5, subsection 3, law n° 206/2004, take effect from the date of stabilisation of the infirmity and not when the events took place.

keywords

Victims of terrorism – Legislative assistance – Dies a quo.

abstract

I benefici derivanti dallo status di "vittima del terrorismo" di cui agli artt. 2, comma 1, della legge n. 407/1998 e 5, comma 3, della legge n. 206/2004 decorrono dalla data di stabilizzazione dell'infermità e non dalla data dell'evento in sé.

parole chiave

Vittima del terrorismo – Benefici legislativi – Dies a quo.

L'otto gennaio 2015 due uomini entrarono nella redazione parigina del settimanale satirico *Charlie Hebdo* e aprirono il fuoco uccidendo dodici persone.

Non era immaginabile che quel tragico evento sarebbe stato solo il primo di una serie di attentati quasi sempre rivendicati dallo Stato islamico e caratterizzati da una ferocia ed da un'effeatezza disumane. Basti pensare al novembre seguente, quando con tre attacchi contemporanei degli uomini armati aprirono il fuoco sulla folla in diversi locali del centro di Parigi, facendosi esplodere allo *Stade de France* e prendendo in ostaggio gli spettatori della nota sala concerti del *Bataclan*, con la conseguente morte di oltre centotrenta civili: senza dubbio il peggior attacco terroristico della storia della Francia, seguito dai non meno cruenti attentati di Bruxelles, Nizza e Berlino.

L'anno 2017 è stato definito l'"annus horribilis" per il numero di attentati terroristici che ha dilaniato il vecchio continente seminando panico, terrore e odio nelle masse: a partire dall'attentato del primo gennaio

in una nota discoteca di Istanbul per finire, a ridosso del 2018, con un'esplosione in un grande centro commerciale di San Pietroburgo, passando per Londra (22 marzo 2017) Stoccolma (7 aprile 2017), Manchester (22 maggio 2017), ancora Londra (3 giugno 2017) e Barcellona (17 agosto 2017).

Se a cavallo tra gli anni Novanta e Duemila l'Italia è stata identificata come una delle nazioni europee più rilevanti per il terrorismo internazionale, si è trattato anche di uno dei pochi Paesi a non essere preso di mira dal terrorismo di matrice islamica negli ultimi anni.

Tuttavia, attentati legati ai fenomeni di criminalità organizzata di stampo mafioso hanno mietuto migliaia di vittime: solo dal 1982 al 1994 si contano oltre cinquecento "morti per mano della mafia".

Storicamente le vittime innocenti della criminalità organizzata e del dovere hanno faticato ad essere equiparate dal punto di vista legislativo a quelle di terrorismo internazionale.

Prima di delineare sommariamente il quadro normativo in materia occorre definire le seguenti categorie:

- a) "vittime del terrorismo" sono considerati dal legislatore i cittadini italiani, gli stranieri e gli apolidi, deceduti o feriti a causa di atti terroristici verificatisi nel territorio italiano, nonché i cittadini italiani deceduti o feriti a causa di atti terroristici verificatisi al di fuori dei confini italiani;
- b) "vittime della criminalità organizzata" di stampo mafioso sono considerati i cittadini italiani, gli stranieri e gli apolidi, deceduti o che abbiano riportato un'invalidità permanente per effetto di ferite o lesioni in conseguenza di atti di detta criminalità verificatisi nel territorio italiano;
- c) "vittime del dovere" sono considerati i deceduti o rimasti invalidi permanenti "in attività di servizio o nell'espletamento di funzioni d'istituto per effetto diretto di lesioni riportate in conseguenza di eventi verificatisi: a. nel contrasto ad ogni tipo di criminalità; b. nello svolgimento di servizi di ordine pubblico; c. nella vigilanza ad infrastrutture civili e militari; d. in operazioni di soccorso; e. in attività di tutela della pubblica incolumità; f. a causa di azioni recate nei loro confronti in contesti di impiego internazionale non aventi, necessariamente, caratteri

di ostilità¹.

Fino agli anni Settanta le uniche vittime protette e riconosciute da parte dello Stato italiano erano i caduti e i mutilati di guerra, mentre alla categoria delle vittime della criminalità organizzata non spettava alcun tipo di beneficio e/o compensazione².

Solo dieci anni dopo, con l'acuirsi dei fenomeni criminali, il legislatore è intervenuto a più riprese a tutela delle vittime di terrorismo, della criminalità organizzata e del dovere.

Il primo provvedimento in favore delle "categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche" risale la 1980, la legge n° 466, che ha riconosciuto "Speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche"³.

Immediatamente successiva alla strage di Piazza Fontana a Bologna del 2 agosto 1980 – l'esplosione di un ordigno nel cuore del capoluogo emiliano, che uccise ottantacinque persone, il più grave atto terroristico avvenuto in Italia nel secondo dopoguerra – la legge segnò una svolta giuridica epocale per la definizione ed il riconoscimento categoria delle vittime innocenti.

L'anno successivo il legislatore equiparò a tale condizione quella dei "militari di leva e di professione che durante il periodo di servizio" avessero subito un evento dannoso provocandone la morte ovvero comportando una menomazione dell'integrità fisica di tali soggetti.

Tuttavia, solo negli anni Novanta i benefici derivanti da tale legislazione vennero estesi alle vittime della criminalità organizzata.

Come per l'attacco di Piazza Fontana, nel bel mezzo della "stagione delle stragi" e nella guerra di Cosa Nostra – cui sarebbero seguiti i tragici eventi degli attentati di Capaci (23 maggio 1992) e via d'Amelio (19 luglio 1992) – il legislatore approvò un'apposita legge sull'onda di eventi tragicamente straordinari, estendendo i benefici contemplati fino ad allora contemplati per le vittime del terrorismo a quelle della criminalità organizzata.

Così, con legge n° 302/1990, intitolata "Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata", vennero previsti per le vittime della criminalità organizzata di stampo mafioso e per i loro congiunti i medesimi benefici economici già elargiti per le vittime del terrorismo.

I due interventi normativi, l'uno a distanza di un decennio dall'altro, miravano ad offrire un sostegno non solo di tipo economico ma anche morale alle vittime

innocenti e alle famiglie colpite da tali tragici eventi⁴.

Se oggi lo Stato italiano continua a distinguere le vittime in base alla natura dell'evento stragistico – mafia o terrorismo – che ne abbia causato l'invalidità o la morte, da tale opinabile circostanza deriva una stratificazione normativa complessa e frammentata che presta il fianco anche ad interpretazioni che pongono l'accento su evidenti disparità di trattamento tra le diverse categorie di "vittime".

Lasciando in disparte tali considerazioni, i principali benefici che derivano da tale *status* consistono in:

- 1) elargizioni assistenziali;
- 2) benefici tributari;
- 3) benefici pensionistici;
- 4) benefici lavorativi⁵.

Le elargizioni assistenziali, tra cui rientra l'esenzione dal pagamento dei *ticket* sanitari, sono comuni ad entrambe le categorie⁶ e le agevolazioni tributarie consistono sostanzialmente nell'esenzione del pagamento IRPEF, mentre per quanto riguarda i benefici lavorativi il legislatore ha previsto il diritto al collocamento obbligatorio per i soggetti interessati da tali fatti criminali.

È invece con riguardo ai benefici pensionistici che emergono le disparità maggiori tra le suddette categorie⁷.

E invero, con la legge 3 agosto 2004 n° 206 e ss.mm. ii.⁸, il legislatore ha introdotto ed ampliato il complesso di benefici economici, previdenziali e fiscali in favore dei cittadini italiani vittime di atti di terrorismo e delle stragi di tale matrice, compiuti sul territorio nazionale

⁴ A tal fine dal 1999 si è potuto disporre di un ulteriore strumento economico: il Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso, dal 2011 unificato con quello per le vittime di estorsione e usura. L'accesso a tale fondo, costituito per far fronte alle richieste di risarcimento danni avanzate dalle vittime o dai familiari, soprattutto per la copertura delle spese legali, è possibile alla stessa stregua di quanto accade con i vitalizi.

⁵ Per una panoramica completa dei benefici si rimanda al dettato delle leggi n° 206/2004 e n° 466/1980, nonché alla sezione "Benefici pensionistici" presente sul sito *web* dell'INPS.

⁶ Un assegno una tantum per ogni punto percentuale di invalidità fino a un massimo di 200.000 euro cui si aggiunge, in caso di invalidità permanente non inferiore al 25%, l'erogazione di un assegno mensile e dello speciale assegno vitalizio.

⁷ Esempi evidenti ne sono le citate stragi di Capaci e quella di via d'Amelio: diverse persone uccise, di competenza del Ministero della Giustizia, vennero inquadrate come vittime del terrorismo. Altre, di competenza del Ministero dell'Interno, sono state considerate vittime della criminalità organizzata. Differenza non di poco conto dal momento che solo per le vittime del terrorismo e per i loro familiari sono previsti ulteriori agevolazioni, che consistono nell'aumento figurativo di dieci anni di anzianità contributiva con la pensione pari all'ultima retribuzione, costantemente adeguata al trattamento di attività del pari grado o qualifica ancora in servizio, incrementata del 7,5% se riportano un'invalidità permanente non inferiore all'80%.

⁸ Legge 3 agosto 2004, n. 206, "Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 187 del 11 agosto 2004

¹ Articolo 1, comma 563, della legge 266/05 (c.d. legge Finanziaria 2006).

² Per chi ucciso antecedentemente agli anni Sessanta accedere ai risarcimenti è impossibile: la normativa in materia prevede infatti le compensazioni solo alle persone che sono morte dopo il primo gennaio 1961.

³ Legge 13 agosto 1980, n° 466, "Speciali elargizioni a favore di categorie di dipendenti pubblici e di cittadini vittime del dovere o di azioni terroristiche", sulla G.U. n° 230 del 22 agosto 1980.

o extranazionale, nonché dei loro familiari superstiti⁹.

Da ultimo, la c.d. legge di stabilità per il 2015¹⁰ ha introdotto le seguenti modifiche:

- l'aumento figurativo di dieci anni di anzianità contributiva in favore del coniuge e dei figli dell'invalido, anche se il matrimonio sia stato contratto o i figli siano nati successivamente all'evento terroristico;
- il diritto immediato alla pensione diretta per le vittime con grado di invalidità pari o superiore all'80% anche in casi di posizione assicurativa obbligatoria inerente al rapporto di lavoro dell'invalido aperta successivamente all'evento terroristico rideterminazione della retribuzione pensionabile per incrementi di pensione e di trattamenti di fine rapporto e di fine servizio (in favore dei soggetti che abbiano presentato domanda entro la data del 30 novembre 2007).

Delineato sommariamente il quadro normativo in materia, il contenzioso in materia di *status* di "vittime del terrorismo", con precipuo riguardo alla questione della decorrenza dei benefici connessi a tale condizione è particolarmente attuale e dà luogo a riscontri pratici di non poco momento.

Il *focus* trae spunto da una recente sentenza del Tribunale di Pisa (sez. lavoro n. 56/2018) che ha statuito sulla questione della decorrenza dei benefici connessi a suddetto *status*.

A meri fini chiarificatori, vale la pena ripercorrere brevemente la fattispecie sottesa alla pronuncia in esame.

Un carabiniere in congedo, dichiarato "vittima del terrorismo" per le gravi infermità contratte nel 2012 in occasione di un attentato terroristico – infermità che gli procuravano il congedo per inidoneità al lavoro – assumendo di aver ottenuto l'erogazione degli assegni vitalizi *ex art.* 2, comma 1, della legge n° 407/1998¹¹ e art. 5, comma 3, della legge n° 206/2004¹² con decorrenza dei medesimi dalla data del congedo, *id est* dalla data di stabilizzazione dell'infermità, ricorreva innanzi al Giudice del lavoro.

Partendo dal presupposto che la decorrenza di siffatti benefici si sarebbe dovuta esplicare dalla data del

malaugurato evento e non dalla data del congedo (ovvero dalla data della stabilizzazione dell'infermità), il ricorrente chiedeva all'organo giudicante di condannare il Ministero dell'Interno, in qualità di datore di lavoro del medesimo, al pagamento delle differenze tra quanto percepito a titolo di benefici e quanto dovuto, nonché al riconoscimento del diritto all'assistenza psicologica e il diritto al rimborso dei medicinali e l'esenzione del *ticket* sanitario.

Nello specifico, il ricorso si fondava sulla circostanza per la quale la normativa in materia o comunque, ragionando per analogia, la simile normativa in materia di "vittime del dovere" – in particolare il ricorrente richiamava gli artt. 2, comma 1 e 5, comma 3, della legge n° 407/1998, l'art. 15 della legge n° 206/2004 e l'art. 3, comma 2, d.p.r. n° 243/2006¹³ – farebbero riferimento esclusivamente all'evento e non alla stabilizzazione dei postumi.

Proprio dal dato letterale della normativa in materia sarebbe dovuta discendere dunque, ad avviso del ricorrente, la circostanza per la quale la decorrenza dei benefici connessi allo *status* di vittima dovesse partire dall'evento stesso della lesione causata dall'attacco terroristico.

¹³ L'art. 2, comma 1, della legge n° 407/1998 reca: «A chiunque, per effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza degli eventi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 dell'articolo 1 della legge 20 ottobre 1990, n. 302, come modificati dall'articolo 1, comma 1, della presente legge, subisca una invalidità permanente non inferiore ad un quarto della capacità lavorativa, nonché ai superstiti delle vittime di azioni terroristiche è concesso, oltre alle elargizioni di cui alla citata legge n. 302 del 1990, un assegno vitalizio, non reversibile, di lire 500 mila mensili, soggetto alla perequazione automatica di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, e successive modificazioni. Per l'attuazione del presente comma è autorizzata la spesa di lire 1.993 milioni per l'anno 1998, di lire 2.092 milioni per l'anno 1999, di lire 2.193 milioni per l'anno 2000 e di lire 2.293 milioni annue a decorrere dall'anno 2001". L'art. 5, comma 3 della medesima legge stabilisce che: "A chiunque subisca o abbia subito, per effetto di ferite o di lesioni, causate da atti di terrorismo e dalle stragi di tale matrice, un'invalidità permanente non inferiore ad un quarto della capacità lavorativa, nonché ai superstiti delle vittime, compresi i figli maggiorenni, è concesso, a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, oltre all'elargizione di cui al comma 1, uno speciale assegno vitalizio, non reversibile, di 1.033 euro mensili, soggetto alla perequazione automatica di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n.503, e successive modificazioni. Per le medesime finalità è autorizzata la spesa di 8.268.132 euro per l'anno 2004, di 8.474.834 euro per l'anno 2005 e di 8.686.694 euro a decorrere dall'anno 2006. (Ai figli maggiorenni superstiti, ancorché non conviventi con la vittima alla data dell'evento terroristico, è altresì attribuito, a decorrere dal 26 agosto 2004, l'assegno vitalizio non reversibile di cui all'articolo 2 della legge 23 novembre 1998, n.407, e successive modificazioni.)». D.p.r. n. 243/2006 (d.p.r. 7 luglio 2006 n° 243, Regolamento concernente termini e modalità di corresponsione delle provvidenze alle vittime del dovere ed ai soggetti equiparati, ai fini della progressiva estensione dei benefici già previsti in favore delle vittime della criminalità e del terrorismo, a norma dell'articolo 1, comma 565, della L. 23 dicembre 2005, n. 266, pubblicato nella Gazz. Uff. 8 agosto 2006, n. 183.

⁹ Con la legge 244 del 24 dicembre 2007 (c.d. Legge Finanziaria 2008), il diritto alla doppia annualità è stato esteso, a decorrere dal 1 gennaio 2008, ai superstiti aventi diritto alla pensione di reversibilità delle vittime della criminalità organizzata, delle vittime del dovere e dei sindacati vittime di atti criminali nell'ambito dell'espletamento delle loro funzioni.

¹⁰ Legge n. 190 del 23 dicembre 2014 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato", in G.U. Serie Generale n.300 del 29-12-2014 - Suppl. Ordinario n. 99).

¹¹ Legge 23 novembre 1998, n. 407, *Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 277 del 26 novembre 1998.

¹² Legge 3 agosto 2004, n. 206, *Nuove norme in favore delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice*, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 187 del 11 agosto 2004.

Il Tribunale ha rigettato il ricorso con un *iter* logico-motivazionale che vale la pena ripercorrere.

Innanzitutto il Giudice del lavoro ha osservato – dal punto di vista logico, ancor prima che giuridico – che la normativa richiamata dal ricorrente debba necessariamente fare riferimento all'evento in sé (e non alla data della stabilizzazione dei postumi), trattandosi di un evento (lesione a seguito di attacco terroristico), che rappresenta l'antecedente causale della seconda (infermità).

Ciò, tuttavia, è privo di pregio ai fini della decorrenza di suddetti benefici secondo il Tribunale giudicante.

Ed invero, alla luce del recente filone giurisprudenziale in materia (Tribunale di Udine, 24 novembre 2016) pure citato dall'Organo giudicante, «(...) essendo la fattispecie costitutiva dei benefici (...) normativamente correlata (...) anche quanto all'aspetto della quantificazione, al verificarsi non già dell'infermità in sé (cd. danno evento) ma dell'invalidità permanente (cd. danno conseguenza), non potrà che aversi, necessariamente, riguardo, in punto di decorrenza, al momento della stabilizzazione dei postumi permanenti, non essendo invece normativamente previsto che la data di concretizzazione di questi ultimi possa retroagire alla data di insorgenza dell'infermità».

A conferma di tanto dal punto di vista normativo il Tribunale ha richiamato il disposto di cui all'art. 2, comma 3, del d.p.r. n. 181/2009¹⁴ che rimanda, in ordine agli accertamenti sanitari, alle disposizioni di cui al decreto del Capo del dipartimento dell'Amministrazione generale del personale e dei servizi del Ministero delle Finanze (del 12 febbraio 2004 attuativo del d.p.r. n. 461/2009)¹⁵ la quale normativa, a sua volta, all'art. 6 contiene un esplicito riferimento alla “data di stabilizzazione di ciascuna menomazione”.

D'altro canto, seguendo il ragionamento del Giudice, pur volendo porre in essere un parallelismo con la normativa degli infortuni sul lavoro come preteso da parte istante, anche quest'ultima milita in senso diametralmente opposto rispetto a quanto sostenuto dal ricorrente: e invero, neppure la rendita Inail decorre dall'evento lesivo ma – generalmente – dalla data domanda amministrativa.

Tornando al caso di specie, come osservato dal Tribunale, il ricorrente neppure aveva neppure dedotto che la stabilizzazione fosse già intervenuta al momento della domanda amministrativa (!)

¹⁴ D.p.r. n. 181/2009, *Regolamento recante i criteri medico-legali per l'accertamento e la determinazione dell'invalidità e del danno biologico e morale a carico delle vittime del terrorismo e delle stragi di tale matrice, a norma dell'art. 6 della legge 3 agosto 2004, n. 206.*

¹⁵ D.p.r. 29 ottobre 2001, n. 461, *Regolamento recante semplificazione dei procedimenti per il riconoscimento della dipendenza delle infermità da causa di servizio, per la concessione della pensione privilegiata ordinaria e dell'equo indennizzo, nonché per il funzionamento e la composizione del comitato per le pensioni privilegiate ordinarie*, pubblicato nella Gazz. Uff. 7 gennaio 2002, n. 5.

E ancora, la circostanza che al lavoratore privato debba spettare l'indennità per inabilità temporanea nella specie non può trovare pregio in quanto, come si può leggere nella sentenza in esame:

- da un lato, si tratta di un beneficio di diversa natura rispetto a quelli in questione;
- dall'altro, i dipendenti statali durante il periodo di astensione dal lavoro dovuto ad infortunio percepiscono per intero la normale retribuzione del datore di lavoro (sul punto vedasi, *ex multis*, Cass. civ. n° 21325/17).

Concludendo, dunque, l'Organo giudicante ha ribadito che ai fini dell'invalidità permanente per principio generale non si possa che avere riguardo al momento della stabilizzazione dei postumi.

Ciò con le parole della Suprema Corte che, in un caso del tutto analogo a quello di specie, vale la pena riportare: «Il lemma invalidità è un lemma tecnico. Esso è frutto di una elaborazione ormai quasi secolare in un ambito medico legale. Esso designa uno stato menomativo che può essere transeunte (invalidità temporanea) o permanente (invalidità permanente). L'espressione “invalidità temporanea” designa lo stato menomativo causato da una malattia, durante il decorso di questa. L'espressione “invalidità permanente” designa lo stato menomativo che residua dopo la cessazione d'una malattia. L'esistenza d'una malattia in atto e l'esistenza di uno stato di invalidità permanente non sono tra loro compatibili: sinché durerà la malattia, permarrà uno stato di invalidità temporanea, ma non v'è ancora invalidità permanente; se la malattia guarisce con postumi permanenti si avrà uno stato di invalidità permanente, ma non vi sarà più invalidità temporanea; se la malattia dovesse condurre a morte l'ammalato, essa avrà causato solo un periodo di invalidità temporanea» (Cass. civ. n° 5957/2015).

Tornando al caso di specie, non avendo neppure dedotto il ricorrente che già al tempo della domanda amministrativa si fosse verificata la stabilizzazione dell'invalidità, il Tribunale ha rigettato il ricorso condividendo la tesi difensiva dell'Amministrazione resistente circa la specifica questione della decorrenza dei benefici connessi allo *status* di vittima del terrorismo dalla data di stabilizzazione dei postumi invalidanti – anziché, come richiesto dal ricorrente, dalla data dell'evento lesivo – frenando un possibile orientamento su una decorrenza anticipata.

Opinando diversamente, infatti, l'Autorità giudicante avrebbe forzato il dato letterale della normativa in materia di benefici per le vittime del terrorismo, finendo per far retroagire *il dies a quo* alla data di insorgenza dell'infermità. Né sarebbe stato possibile, stante la particolare natura di tali benefici, operare un ragionamento di tipo analogico.

Diritto penale

La partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo internazionale, con particolare riferimento alla responsabilità penale dei *foreign fighters* a sostegno dell'ISIS.

abstract

The conduct of the foreign fighters, identifying itself in the "participation" in an association for international terrorism purposes, is suitable to integrate the criminal offence by virtue of article article 270-bis c.p.

keywords

International terrorism – Foreign fighters – ISIS – Participation in a terrorist organization.

abstract

La condotta dei foreign fighters, identificandosi nella "partecipazione" ad un'associazione con finalità di terrorismo internazionale, è idonea ad integrare l'ipotesi delittuosa di cui all'articolo 270-bis c.p.

parole chiave

Terrorismo internazionale – Foreign fighters – ISIS – Partecipazione ad un'organizzazione terroristica.

Il presente *focus* si propone di delimitare i confini della nozione di "partecipazione" ad un'associazione con finalità di terrorismo di cui all'art. 270-bis c.p., allo scopo di individuare, seguendo le coordinate ermeneutiche espresse dalla più recente giurisprudenza, quali sono le condotte espressive della partecipazione all'organizzazione terroristica nota come ISIS e, pertanto, tali da integrare l'ipotesi delittuosa di cui sopra.

Più in particolare, soffermandosi sulla peculiare figura dei *foreign fighters*¹, si cercherà di capire se ed entro quali limiti l'attività di quest'ultimi sia suscettibile di configurare una condotta di partecipazione ad un'associazione con finalità di terrorismo, punibile ex art. 270-bis, II comma, c.p.

Ciò premesso, l'analisi in oggetto tange una tematica di estrema attualità: quella relativa all'individuazione delle misure atte ad ostacolare e reprimere il

terrorismo internazionale e, più in particolare, quello riconducibile all'ISIS.

Non vi è dubbio, infatti, che quest'ultima costituisca un'organizzazione avente finalità di terrorismo internazionale, come più volte sancito in diverse risoluzioni adottate dall'O.N.U.², le quali nel tentativo di definirne i caratteri fondamentali, hanno evidenziato, tra gli altri, l'ideologia violenta ed estremista, il compimento di atti terroristici, sistematici e diffusi, contro i civili, nonché la violazione dei diritti umani e del diritto umanitario internazionale. Anoverata tra i *terrorist groups* assimilabili ad *Al Qaeda*, l'O.N.U. ha inoltre riconosciuto nei fenomeni dei *foreign fighters* e dei "lupi solitari"³ un pericolo per la comunità internazionale. Gli Stati membri, pertanto, sono stati invitati a reprimere e prevenire gli atti terroristici commessi dall'ISIS, al pari di quelli di *Al Qaeda*.

A livello sovranazionale, al riconoscimento dell'ISIS quale organizzazione terroristica è pervenuta non solo l'O.N.U. ma anche le Istituzioni comunitarie. Il Consiglio d'Europa, in particolare, ha definito il contrasto all'ISIS come uno dei principali obiettivi dell'agenda antiterrorismo.

Inoltre, giova ricordare che l'Unione è titolare del potere di proporre sanzioni autonome alle associazioni terroristiche sovranazionali e ai loro associati. Tra queste, rientrano, a titolo esemplificativo, il divieto di viaggio e limitazioni all'espatrio nei confronti di persone identificate come associate all'ISIS ed ad *Al Qaeda*.

Anche a livello interno⁴ la qualificazione dell'ISIS come associazione che persegue finalità di terrorismo internazionale è ormai pacifica. La giurisprudenza italiana, dal suo canto, oltre a confermare la natura giuridica sopra indicata, ha inoltre escluso che l'ISIS costituisca uno Stato secondo il diritto internazionale, non essendo sufficiente, a tal fine, né l'autoproclamazione quale "Islamic State"⁵ né il mancato riconoscimento

² Di particolare rilievo le risoluzioni nn. 2170 e 2178 adottate nel 2014, nonché quelle nn. 2249 e 2254 del 2015.

³ Vengono comunemente definiti come tali quei soggetti che, da soli od organizzati in piccole cellule, attuano programma dell'ISIS nel Paese in cui vivono.

⁴ Al riguardo, assume centralità il D.L. del 18 febbraio 2015, n. 7, con il quale l'Italia ha dato attuazione agli obblighi internazionali.

⁵ Nell'aprile del 2013 la componente irachena di *Al Qaeda* in Iraq si autoproclamava ISIS, cioè "Stato islamico dell'Iraq e del

¹ Tale locuzione identifica i soggetti che decidono di lasciare il proprio Paese di origine per raggiungere lo Stato Islamico, ricevere l'addestramento e combattere tra le milizie dell'ISIS.

da parte dell'O.N.U. D'altra parte, come precisato in una recente sentenza (Corte d'Assise di Milano, Sez. I, sent. n. 2 del 13/04/2017), neppure gli atti di condanna della Comunità internazionale ovvero la matrice terroristica dell'ISIS rilevano quali indici per negare la statualità: tale risultato si consegue già solo applicando i principi del diritto internazionale.

L'adesione a questi ultimi, infatti, conduce a riconoscere un ente come Stato in presenza della c.d. triade (governo-popolo-territorio), di talché è escluso che l'ISIS possa essere considerato come tale. Ciò in quanto, non solo, la sua sovranità esterna vacilla costantemente a causa della pressoché unanime condotta da parte degli altri Stati, ma anche dal punto di vista interno, la sovranità sui territori "conquistati", mediante azioni di rappresaglia e svariati atti di crudeltà, è continuamente messa in discussione a causa della perdurante guerra civile che attanaglia quei luoghi.

L'acclarata natura di organizzazione con finalità terroristica e, nello stesso tempo, il mancato riconoscimento dell'ISIS come Stato, ha permesso alla giurisprudenza nostrana di estendere l'ambito di applicazione del reato di cui all'art. 270-*bis* c.p. alle condotte "partecipative" a tale associazione terroristica.

Per tali ragioni, sarà opportuno procedere ad un breve quadro di sintesi della giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione al reato di cui all'art. 270-*bis* c. p., fattispecie senza dubbio di complessa natura e suscettibile di svariate declinazioni pratiche, a seconda della tipologia in cui si manifesta l'attività terroristica di volta in volta in esame.

Orbene, introdotto nel codice penale solo agli inizi degli anni '80⁶ e successivamente modificata nel 2001⁷, l'art. 270-*bis* c.p. è sistematicamente collocato nell'ambito dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato. Quanto allo schema normativo che lo contraddistingue, tale ipotesi delittuosa, al pari di qualsiasi altro reato associativo, prevede, quali condizioni necessarie e sufficienti: a) il numero delle persone; b) la scopo di commettere una serie indeterminata di delitti (ovviamente, di natura terroristica); c) un "minimum" di struttura organizzativa.

Incontroversa è la natura del delitto in esame, pacificamente qualificato come reato di pericolo presunto o astratto. Sul punto, la giurisprudenza (*ex multis*, Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 30824 del 15/6/2006) ha in più occasioni evidenziato che l'art. 270-*bis* c.p. configura una fattispecie incriminatrice la quale consente

Levante". Successivamente, il 29 giugno 2014 seguiva la proclamazione del Califfato ad opera di Al Baghdadi, in seguito alla quale si autodefiniva Islamic State o Stato del Daesh.

⁶ Legge n. 15 del 6 febbraio del 1980. Tale intervento normativo intervenne negli anni di piombo per rispondere all'esigenza di terrore disseminata dal terrorismo nato dalle frange antagoniste e sovversive del nostro Paese.

⁷ D.l. del 18 ottobre 2001, n. 374, poi convertito in l. 15 dicembre 2001, n. 438. La modifica normativa costituiva una riposta agli atti terroristici dell'11 settembre 2001.

allo Stato di reprimere una condotta anche meramente preparatoria, anticipando la soglia di punibilità a una fase precedente al compimento di atti lesivi.

Data la natura di reato di pericolo presunto, non è necessario, ai fini dell'integrazione del delitto *de quo*, l'inizio di una materiale esecuzione del programma criminale, ferma restando la non punibilità di una condotta di adesione meramente teorica, seppur ad un'ideologia violenta ed estrema. Quest'ultima, infatti, rileva esclusivamente ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo, dal momento che, come chiarito dalla giurisprudenza, la volontà del fatto di reato deve essere rivolta al perseguimento della peculiare finalità di terrorismo che contraddistingue l'attività dell'intera associazione.

Giova però precisare che, pur trattandosi di un delitto con natura di pericolo presunto, l'anticipazione della soglia di punibilità non può sfuggire ad una valutazione di offensività in concreto, pur sempre demandata al giudice per tali tipologie di reato. A tal proposito, la giurisprudenza (*ex multis*, Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 48001 del 14/7/2016), ha chiarito che, ai fini della configurabilità del delitto *de quo*, è necessaria la sussistenza di una struttura criminale che non solo si prefigga la realizzazione di atti violenti qualificati da detta finalità, ma abbia la capacità di dare agli stessi effettiva realizzazione, non essendo al contrario sufficiente una mera attività di proselitismo ed indottrinamento.

Invero, sulla nozione di organizzazione sovranazionale con finalità terroristica la giurisprudenza mostra un orientamento costante (tra le sentenze più recenti, la già citata Corte d'Assise di Milano, Sez. I, sent. n. 2 del 13/04/2017), affermando che la stessa può essere intesa come una "rete" nell'ambito della quale la c.d. *affectio societatis* è rappresentata dal perseguimento di un progetto criminale comune.

La struttura "a rete", inoltre, implica che ciascun partecipante non debba necessariamente essere in contatto col nucleo centrale dell'organizzazione, essendo sufficiente il collegamento con un singolo "nodo" della rete stessa.

Ciò posto, come più volte rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, le associazioni terroristiche di matrice islamica, con particolare riferimento a quella comunemente denominata ISIS, presentano una tipica struttura "cellulare", in quanto caratterizzate da estrema flessibilità interna e in condizioni di operare anche contemporaneamente in più Stati e in tempi diversi, anche per il tramite di soggetti che possono essere arruolati di volta in volta, con una sorta di adesione progressiva.

L'organizzazione terroristica transnazionale di matrice islamica assume, in tale ottica, connotazioni non già di una struttura statica, bensì di una vera e propria "rete" in grado di mettere in relazione soggetti assimilati da un comune progetto politico-militare e di fun-

gere da catalizzatore dell'*affectio societatis*, costituendo in tal modo lo "scopo sociale" del sodalizio.

In aggiunta, deve anche rappresentarsi come la modalità di creazione dell'*affectio societatis* tra i sodali e l'ISIS sia essa stessa peculiare, priva di formalismi, spesso avulsa da qualsiasi contatto fisico tra i soggetti che siano esponenti riconosciuti dell'organizzazione terroristica islamistica di riferimento e persone aderenti ai gruppi o cellule che compiono poi gli attentati.

Del resto, la condotta di partecipazione ad un'organizzazione criminale prescinde da qualsiasi atto di "investitura formale" secondo la più recente giurisprudenza in materia di reati associativi (Cass. pen., Sez. 3, sent. n. 22124 del 29/4/2015; Cass. pen., Sez. 4, sent. n. 51716 del 16/10/2013; Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 48676 del 14/5/2014).

Ciò premesso, la giurisprudenza ha nel corso del tempo fornito una risposta all'esigenza di individuare le condotte incriminatrici sintomatiche della partecipazione ad un'organizzazione terroristica riconosciute ed operante come tale, quale ad esempio, l'ISIS.

Nella nozione di "partecipazione", idonea ad integrare il reato di cui all'art. 270-bis c.p., vengono ricomprese, in particolare, quelle volte a: a) proselitismo; a) diffusione di documenti di propaganda; c) arruolamento.

Ai fini della configurabilità dell'ipotesi delittuosa in parola, non è tuttavia necessario che il soggetto ponga in essere tutte le condotte sopra indicate, essendo sufficiente la prova anche di una o alcune di esse, purché apprezzabile sulla base di dati concreti.

Per quanto concerne, più nel dettaglio, le attività di proselitismo e arruolamento, la giurisprudenza ha evidenziato che esse avvengono secondo modalità peculiari e innovative rispetto ai reati associativi "classici". L'ISIS, infatti, si distingue per il suo richiamo, al contempo generale ed individualizzato, nei confronti di tutti i soggetti sensibilizzati all'ideologia fondamentalista e terroristica dello Stato islamico.

Rispondendo alla propaganda di quest'ultimo, tra le file dei "veri" credenti si collocano i c.d. lupi solitari e i *foreign fighters*. Mentre i primi si identificano in coloro che operano nel proprio Stato di appartenenza e lontano dai territori dell'ISIS, i secondi combattono direttamente nei territori di guerra, inserendosi attivamente nella "rete" di tale associazione terroristica.

Sulla figura del *foreign fighter* si è soffermata anche la giurisprudenza più recente (Corte d'Assise di Milano, Sez. I, sent. n. 2 del 13/04/2017) la quale, dall'analisi di una fattispecie concreta, ha rinvenuto l'occasione per soffermarsi sulla configurabilità del reato di cui all'art. 270-bis nell'ipotesi di condotte "partecipative" all'associazione terroristica dell'ISIS.

Nel caso di specie, infatti, le risultanze processuali a carico dell'imputato hanno permesso ai giudici di stabilire se le condotte poste in essere da questi fossero inquadrabili entro i limiti del concetto di partici-

zione ex art. 270-bis c.p. e dunque integranti il reato in parola.

Nello specifico, l'imputato, originario del Marocco, era giunto clandestinamente in Italia all'età di quattordici anni. Seppur affidato alla madre, la quale, rintracciata, si trovava anch'essa in Italia, il sodalizio tra i due appariva sin da subito conflittuale, come dimostra la denuncia che la madre aveva sporto nei confronti del figlio a causa di sue reazioni aggressive. Alla luce della difficile situazione familiare, l'imputato veniva affidato a diverse strutture assistenziali, dalle quali, tuttavia, sistematicamente era allontanato in ragione della sua scarsa capacità di autocontrollo e dei rapporti tesi, sfociati anche in violenza, con i compagni. Successivamente, l'imputato veniva accolto in un centro di accoglienza affinché seguisse un programma di integrazione più specifico. Tuttavia, come testimoniava il responsabile del centro, il suo comportamento perseverava nell'essere violento, aggressivo "sempre molto ai limiti di fatti delinquenziali".

Non a caso, nel corso della sua permanenza presso il centro di accoglienza, egli aveva accumulato alcune denunce per spaccio di stupefacenti, in seguito alle quali veniva detenuto presso una casa circondariale. Sempre secondo la testimonianza del responsabile sopra citato, l'esperienza in carcere sembrava aver temprato l'animo irruento dell'imputato, il quale, all'uscita dal carcere, non solo aveva assunto un comportamento meno aggressivo ma, soprattutto, mostrava un fervido sentimento religioso, che manifestava in particolare frequentando le moschee locali e promuovendo, anche discorsi con i compagni, l'osservanza ortodossa alla fede islamica.

Nella ricerca delle motivazioni alla base del cambiamento così repentino dell'imputato, già il responsabile del centro di accoglienza ne individuava una su tutte: quasi certamente durante la sua esperienza in carcere si era nell'imputato accresciuta, assumendo un'accezione radicalizzata, la sua propensione a favore dell'Islam.

Qualche mese dopo l'uscita dal carcere, proprio il responsabile del centro di accoglienza provvedeva a denunciare la scomparsa dell'imputato, il quale, senza alcun preavviso, risultava essersi allontanato dalla residenza in cui viveva insieme ad altri ragazzi maggiorenni, portando con sé tutti i capi di abbigliamento. A distanza di poco tempo dalla scomparsa, alcuni membri della comunità di accoglienza avevano notato che su profili Facebook riconducibili all'imputato erano state pubblicate foto che lo ritraevano in viaggio, insieme ad un altro soggetto affidato anch'egli al centro di accoglienza, corredate dalla didascalia "Siamo in viaggio sulla strada di Allah" (copia della pagina Facebook veniva acquisita al fascicolo dei dibattimento – lista documentale del p.m.).

Non solo. L'imputato e il compagno, in procinto di partire per la Turchia, venivano fermati in aeroporto dalla Polizia di frontiera, alla quale spiegavano di vo-

ler partire per raggiungere alcuni amici arabi. Già la spiegazione elusiva dei motivi del viaggio insospettiva la Polizia che provvedeva a segnalare il fatto alla Questura, la quale, a sua volta, in seguito a verifiche, rinveniva la denuncia di scomparsa sporta dal responsabile del centro di accoglienza, e, pertanto, provvedeva a monitorare la permanenza dell'imputato nel territorio dell'ISIS e i suoi interventi sui social network.

Lo svolgimento da parte dell'imputato di attività sospette, come l'acquisto di biglietti di andata e ritorno verso un Paese di accesso allo Stato islamico, quale la Turchia, fingendo di ivi recarsi per finalità turistiche, apparivano sintomatiche della sua adesione al programma dell'ISIS e alla volontà di arruolarsi a sostegno di tale organizzazione terroristica per combattere come *foreign fighter*.

A conferma di ciò, inoltre, dalle intercettazioni svolte sull'utenza dell'imputato risultava che quest'ultimo avesse ripreso i contatti con i suoi familiari, dopo circa tre mesi di silenzio. Tale circostanza costituiva un ulteriore indice della scelta dell'imputato, in quanto, di regola, i *foreign fighters*, prima di essere inseriti in una vera e propria situazione di combattimento, vengono avviati ad un periodo di addestramento in campi dislocati tra la Siria e l'Iraq.

Pertanto, il fatto che le utenze fossero rimaste spente per un periodo di tempo e successivamente riattivate poteva trovare una simile spiegazione. Da altre intercettazioni emergeva che l'imputato era solito contattare spesso i familiari allo scopo di chiedergli del denaro, il cui utilizzo risultava poco chiaro. Non solo.

Dal profilo Facebook riconducibile all'imputato risultava la pubblicazione di una foto che ritraeva quest'ultimo nella veste di combattente (tuta nera e fucile in mano), lasciando presumere che avesse completato l'addestramento. Sempre su tale profilo, inoltre, l'imputato si mostrava impegnato in discussioni con altri soggetti musulmani nelle quali accusava quest'ultimi di essere poco ortodossi ed inneggiava alla "presa di Roma".

Anche la madre, sentita come "teste", riferiva di aver saputo da altri familiari che il figlio si trovava in Siria. Alle domande della madre che gli chiedeva notizie, l'imputato giustificava la sua permanenza sul territorio siriano con la volontà di "servire la causa del *jihad*".

D'altro canto, la presenza dell'indagato nello Stato islamico veniva confermata dai tabulati telefonici, i quali avevano permesso di rilevare il tragitto seguito dall'imputato per raggiungere la Siria.

Orbene, le condotte sopra descritte, richiamando, anzi corrispondendo con quelle proprie dei *foreign fighters*, venivano riconosciute dai giudici come integranti il delitto di cui all'art. 270-bis c.p.

La partecipazione all'associazione terroristica dell'ISIS da parte dell'imputato, infatti, risultava "piena ed attiva", sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo. Ar-

ruolatosi come *foreign fighter*, egli si era mostrato inoltre impegnato in un'attività di proselitismo e propaganda, chiaramente deducibile sia dai social network che dai sistemi di messaggistica e i contatti con l'Italia.

Nella sentenza in esame, pertanto, la nozione di partecipazione rilevante ai sensi del secondo comma dell'art. 270-bis c.p. viene delimitata includendovi una serie di condotte sintomatiche dell'adesione materiale, non semplicemente ideologica, al progetto terroristico dell'ISIS.

Nel caso di specie, infatti, la condotta dell'imputato non si limitava ad un'attività di propaganda ma si manifestava in una militanza fisica, nell'addestramento militare e nella partecipazione alle operazioni belliche dell'associazione terroristica.

Più di recente, la giurisprudenza (Cass. pen., sez. V, sent. n. 50189 del 03/11/2017), ha inquadrato nello schema normativo del reato di cui all'art. 270-bis c.p. le condotte di quattro indagati, di origini kosovare, i quali avevano dato vita ad una cellula estremista islamica, pronta a commettere azioni terroristiche sul territorio italiano.

Essi, infatti, si incontravano costantemente e vivevano abitualmente nella medesima abitazione divenuta base d'appoggio, luogo di incontro e di preghiera, non solo per gli aderenti alla cellula terroristica, ma anche per numerosi altri soggetti di religione islamica, come risulta dall'attività di intercettazione ambientale ivi condotta e dai servizi di osservazione e pedinamento nel corso delle indagini. Non solo. Dalle indagini svolte risultava che tali soggetti erano dediti ad attività di addestramento finalizzate al compimento di azioni terroristiche, esprimevano mediante i profili dei social network a loro riferibili, adesione all'ideologia jihadista, inneggiando al martirio ed agli attentati, frequenti e recenti, contro i Paesi occidentali e le loro popolazioni.

Dunque, gli indagati si dimostravano ben consapevoli della illiceità del loro comportamento, sicché, dal complesso degli elementi di fatto richiamati, appariva evidente la sussistenza dei caratteri del dolo specifico della finalità terroristica e del fine "jihadista" del loro operare.

Ne conseguiva che tali elementi oggettivi, lungi dal rappresentare una mera adesione psicologica all'ideologia estremistica jihadista, configurano, secondo i giudici penali, la struttura di un vero e proprio reato associativo con finalità terroristica di matrice islamica, essendosi realizzata una cellula organizzata volta alla possibile, effettiva e concreta messa in atto di azioni terroristiche.

Dalla valutazione complessiva di concreti elementi investigativi emergevano, non soltanto, l'ideologia eversiva, ma anche l'adozione della violenza terroristica come metodo di lotta e l'effettiva possibilità di attuare anche una sola delle condotte di supporto funzionale all'attività terroristica quali, ad esempio, la re-

alizzazione di attentati terroristici contro obiettivi nel territorio dello Stato, la propaganda ed il proselitismo, l'addestramento dei sodali alla guerra.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, appare evidente che la nozione di partecipazione, *ex art. 270-bis c.p.*, lungi dal costituire una "vuoto contenitore", è stata, in fase di applicazione giudiziale, riempita di contenuti tali da poter ricomprendervi anche condotte espressive di inedite forme di adesione all'organizzazione terroristica nota come ISIS.

Seppur nel rispetto del confine che separa, da un lato, la libertà di manifestazione, anche collettiva, di una ideologia, in forme legittime e, dall'altro la rilevanza penalistica della partecipazione ad un'associazione con finalità terroristica, la giurisprudenza, attraverso la propria attività ermeneutica, ha fornito le coordinate necessarie ad "attualizzare" l'*art. 270-bis c.p.*

Ciò in virtù dell'esigenza, sempre più sentita, di rispondere alle nuove frontiere del terrorismo internazionale.

Francesco Di Sabato
Specializzato in Professioni Legali

Diritto amministrativo

Sulla sindacabilità da parte del giudice dell'ottemperanza delle cartelle di pagamento e degli atti di pignoramento che possono impedire l'esecuzione di una sentenza di condanna a carico della p.a.

abstract

Payment to the concession holder of the tax collection service by the p.a. of a debt, which has been the subject of a final judgment, whose attachment the debtor administration has not represented in the proceedings, does not violate the principle according to which the judgment covers the deduction and the deductible or constitutes an infringement or circumvention of the same judgment.

keywords

Garnishment – Judgment that has the force of res judicata – Violation or Avoidance

abstract

Il pagamento da parte della p.a. al concessionario del servizio di riscossione dei tributi di un debito, oggetto di una sentenza di condanna passata in giudicato, il cui pignoramento l'amministrazione debitrice non abbia rappresentato nel corso del giudizio di merito, non viola il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile né costituisce violazione od elusione del giudicato medesimo.

parole chiave

Pignoramento presso terzi – Sentenza passata in giudicato – Violazione o elusione.

Il presente articolo trae spunto da una recente sentenza del Tar Campania, n. 4443/2017, nella quale il collegio, in qualità di giudice dell'ottemperanza, ha dovuto vagliare la correttezza dell'operato del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Quest'ultimo, condannato alla restituzione di somme versate a titolo di oneri concessori ed oblazione per due istanze di condono successivamente respinte, ha pagato le medesime ad Equitalia Sud s.p.a., in esecuzione di un pignoramento presso terzi ex art. 72-bis del D.P.R. n. 602/1973, notificatogli nel corso del giudizio di merito all'esito del quale fu emessa la sentenza di condanna.

Onde comprendere appieno i termini della questione, occorre partire da una breve ricostruzione della

vicenda che ha portato all'instaurazione del giudizio di ottemperanza. A seguito della richiesta di rimborso delle suindicate somme, il Ministero, ai sensi dall'art. 48-bis del D.P.R. n. 602/1973¹, dovendo versare una somma superiore alla soglia indicata dalla legge, procedette a controllare se il richiedente fosse inadempiente nei confronti dell'erario. All'esito di tale controllo, furono rinvenute a carico del creditore una serie di cartelle di pagamento non riscosse, ragion per cui l'Amministrazione segnalò la circostanza all'agente della riscossione, allora Equitalia Sud s.p.a., la quale notificò al Ministero *debitor debitoris* un atto di pignoramento dei crediti presso terzi ex art. 72-bis² del summenzionato D.P.R.

Tuttavia, prima della notificazione dell'atto di pignoramento il richiedente, non avendo ancora ricevuto il rimborso, esperiva l'azione di condanna nei confronti del Ministero. Antecedentemente al depo-

¹ Il primo comma dell'art. 48-bis del d.P.R. n. 602/1973 dispone che «a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e le società a prevalente partecipazione pubblica, prima di effettuare, a qualunque titolo, il pagamento di un importo superiore a cinquemila euro, verificano, anche in via telematica, se il beneficiario è inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento per un ammontare complessivo pari almeno a tale importo e, in caso affermativo, non procedono al pagamento e segnalano la circostanza all'agente della riscossione competente per territorio, ai fini dell'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo. La presente disposizione non si applica alle aziende o società per le quali sia stato disposto il sequestro o la confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ovvero della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero che abbiano ottenuto la dilazione del pagamento ai sensi dell'articolo 19 del presente decreto».

² Ai sensi del primo comma dell'art. 72-bis del d.P.R. citato «salvo che per i crediti pensionistici e fermo restando quanto previsto dall'articolo 545, commi quarto, quinto e sesto, del codice di procedura civile, e dall'articolo 72-ter del presente decreto l'atto di pignoramento dei crediti del debitore verso terzi può contenere, in luogo della citazione di cui all'articolo 543, secondo comma, numero 4, dello stesso codice di procedura civile, l'ordine al terzo di pagare il credito direttamente al concessionario, fino a concorrenza del credito per cui si procede:

a) nel termine di sessanta giorni dalla notifica dell'atto di pignoramento, per le somme per le quali il diritto alla percezione sia maturato anteriormente alla data di tale notifica;

b) alle rispettive scadenze, per le restanti somme».

sito della sentenza, il Ministero adottò un decreto con il quale dispose il pagamento delle somme indicate nell'atto di pignoramento direttamente ad Equitalia Sud s.p.a., proprio in virtù del pignoramento precedentemente notificato.

Non avendo ricevuto il pagamento, il richiedente propose ricorso per l'ottemperanza della sentenza; il Ministero, costituitosi, si oppose all'accoglimento della richiesta, asserendo che la cifra in questione era già stata versata al concessionario del servizio di riscossione pignorante. A sostegno di tale assunto, fu prodotto in giudizio l'atto di pignoramento di Equitalia Sud s.p.a. e il decreto col quale era stato disposto il pagamento.

Il ricorrente, con memoria di replica, richiese la declaratoria di nullità e la disapplicazione in via incidentale dell'atto di pignoramento presso terzi notificato al Ministero e delle cartelle di pagamento presupposte, nonché l'accertamento della nullità del decreto di pagamento per essere stato adottato in difetto assoluto di attribuzione per violazione od elusione del giudicato. In particolare, il ricorrente contestava la validità delle cartelle di pagamento e del successivo pignoramento in quanto non gli sarebbero stati notificati. Il ricorrente censurava anche la validità del decreto di pagamento perché questo sarebbe stato adottato in violazione del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile: essendo stato notificato il pignoramento in data anteriore alla conclusione del giudizio, della cui sentenza definitiva si è chiesta la corretta esecuzione, l'amministrazione avrebbe dovuto far valere tale fatto impeditivo/estintivo della pretesa creditoria nel corso del medesimo. Non essendo avvenuto ciò, il giudicato di condanna si sarebbe formato anche su tale punto e, conseguentemente, sarebbe stata preclusa all'amministrazione la possibilità di disattendere il *decisum* sulla base di fatti che avrebbe dovuto rappresentare nel primo giudizio. In altri termini, essendo stato notificato il pignoramento presso terzi nel corso del primo giudizio e non essendo stato dedotto il medesimo dal Ministero nel processo, sul punto si sarebbe formato il giudicato e la conseguente irretrattabilità delle questioni da esso coperte avrebbe determinato la nullità del decreto di pagamento successivo per violazione ed elusione del medesimo.

Il Ministero resistente replicava alle censure mosse dal ricorrente, deducendone l'infondatezza. In primo luogo, per quanto attiene alla validità delle cartelle di pagamento e dell'atto di pignoramento, l'amministrazione replicava affermando che, sebbene la giurisprudenza fosse granitica nell'affermare che il giudice dell'ottemperanza possa conoscere incidentalmente di ogni questione attinente all'esecuzione del giudicato, non può riconoscersi al g.a., in funzione di giudice dell'ottemperanza, una cognizione estesa al punto tale da poter ricomprendere anche la validità delle cartelle di pagamento. Diversamente opinando, si sarebbe

esteso oltremodo l'ambito della predetta cognizione su atti impositivi da considerarsi ormai pienamente validi ed efficaci se non utilmente impugnati nelle naturali sedi giurisdizionali, permettendo l'elusione dei termini decadenziali di impugnazione degli atti impositivi, previsti dalla legge. In merito alla violazione del principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile, l'amministrazione resistente rilevava che tale principio ha un preciso ambito applicativo; esso, infatti, postula la formazione del giudicato esclusivamente sui punti che costituiscono gli antecedenti logici necessari della sentenza, ovvero i punti che necessariamente il giudice deve trattare onde risolvere la controversia. Trattandosi di una sentenza originata da una domanda di condanna al pagamento dell'indebitto oggettivo lucrato dall'amministrazione, i suoi antecedenti logici necessari potevano essere solo quelli strettamente attinenti al rapporto sottoposto all'attenzione del giudice in primo ed unico grado, ovvero l'avvenuto pagamento da parte del ricorrente e l'assenza di un valido titolo idoneo a giustificare tale spostamento di ricchezza. Dunque, la circostanza rilevante *ex art. 48-bis* del d.p.r. n. 602/1973 che ha imposto all'amministrazione il dovere di sospendere il pagamento e il successivo pignoramento non potevano considerarsi alla stregua di antecedenti logici necessari della sentenza, in quanto, come già detto, il controllo da disporre ai sensi del citato articolo presuppone l'esistenza del diritto di credito stesso; conseguentemente, non poteva dirsi che il decreto di pagamento fosse stato adottato in violazione od elusione del giudicato formatosi sulla decisione di cui era richiesta l'ottemperanza.

Le questioni poste all'attenzione del collegio attingono essenzialmente a due profili: l'individuazione dell'esatto perimetro della cognizione del giudice dell'ottemperanza, quando ad essere contestata è la validità di cartelle di pagamento precedentemente notificate e non opposte in termini nonché l'estensione del giudicato della sentenza di condanna ad un fatto estintivo – il pagamento diretto ad Equitalia Sud s.p.a. – compiuto dopo che la causa era stata trattenuta in decisione ma preceduto da un pignoramento notificato in corso di causa.

Per quanto riguarda la prima questione, il collegio, nella suindicata sentenza, ha rilevato che è preclusa al giudice dell'ottemperanza la possibilità di sindacare la validità degli atti impositivi di natura fiscale presupposti, potendo essere le cartelle di pagamento e l'atto di pignoramento oggetto di opposizione nelle loro naturali sedi (dinnanzi al giudice tributario o a quello ordinario). In termini analoghi, si è espresso anche il T.A.R. dell'Umbria in una fattispecie analoga nella quale, però, le cartelle di pagamento contestate erano state tempestivamente opposte dinnanzi al giudice dell'esecuzione, che non aveva concesso la sospensiva della loro efficacia esecutiva. Il giudice, infatti, ha rilevato che «l'inerenza del potere-dovere dell'Ammini-

strazione ex art. 48-*bis* DPR n. 602/1973 di non procedere al pagamento a “qualsiasi titolo”, qualora abbia verificato l’esistenza di una o più cartelle esattoriali notificate e rimaste inadempite per oltre diecimila euro e segnalare la circostanza all’Agente della riscossione, limita l’obbligo di conformazione per i rappresentanti e funzionari dell’Amministrazione che deriva dall’ordine del giudice che, a sua volta, rappresenta titolo del giudizio di ottemperanza. Non induce a diversa conclusione l’opposizione all’esecuzione esattoriale ex art. 615 c.p.c. proposta dal sig. Br. innanzi al Tribunale di Perugia: in disparte l’automatismo del fermo del versamento di quanto dovuto nei confronti del ricorrente, connesso alla sola verifica dell’esistenza di una o più cartelle di pagamento notificate, non risulta che il giudice dell’esecuzione abbia provveduto a sospendere la procedura nel corso dell’udienza di comparizione ai sensi dell’art. 618 c.p.c.» (T.A.R. Umbria, sez. I, n. 23/2014).

Maggiormente complessa e degna di attenzione è, invece, la seconda questione prospettata al Collegio, ovvero quella del rapporto tra l’obbligo della p.a. ad eseguire correttamente la sentenza di condanna e il dovere, disposto dall’art. 48-*bis* del d.P.R. n. 602/1973, di sospendere il pagamento a seguito dell’accertamento dell’inadempimento di cartelle di pagamento da parte del creditore.

Al riguardo, va anticipato che la rilevanza della pronuncia che si segnala è data dalla peculiare fattispecie concreta, oggetto del giudizio. Infatti, la giurisprudenza afferma che il dovere fissato dall’art. 48-*bis* del D.P.R. n. 602/1973 a carico dell’amministrazione limita il suo obbligo di conformazione al comando della sentenza ottemperanda³; tuttavia, tale principio di diritto è stato enunciato sempre con riguardo a casi in cui il pignoramento delle somme dovute dalla p.a. era stato notificato in data successiva alla pubblicazione del provvedimento di condanna mentre nella fattispecie posta all’attenzione del Tar Campania il pignoramento era stato notificato in data antecedente alla pubblicazione della condanna e solo il pagamento delle somme pignorate era avvenuto successivamente.

Il collegio ha osservato che, essendo avvenuto il pagamento successivamente all’udienza in cui la causa è stata trattenuta in decisione e prima del deposito della sentenza definitiva, tale fatto estintivo non poteva essere dedotto in giudizio e conosciuto dal giudice; pertanto, su di esso non poteva essersi formato il giudicato. Il collegio ha, quindi, individuato un limite all’operatività del principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile nella concreta possibilità di acquisire al processo la conoscenza di un fatto rilevante circa la spettanza del diritto oggetto di controversia; pertanto, il pagamento disposto dall’amministrazione

prima del deposito della sentenza definitiva del giudizio ma in una fase del medesimo in cui era ormai preclusa la facoltà di rappresentare tale fatto estintivo nel processo, non può ritenersi coperto dal giudicato. Pertanto, il decreto di pagamento è stato considerato valido in quanto non adottato in violazione od elusione del giudicato.

A diversa conclusione si sarebbe giunti, laddove il Ministero si fosse limitato ad eccepire la sussistenza del dovere di sospendere il pagamento ex art. 48-*bis* del d.P.R. n. 602/1973. Trattandosi di un fatto impeditivo realizzatosi prima dell’instaurazione del giudizio, che l’amministrazione avrebbe potuto dedurre nel corso del giudizio, su di esso si sarebbe formato il giudicato e il Ministero non avrebbe potuto eccepire tale dovere per giustificare la mancata esecuzione della sentenza di condanna.

³ Si vedano, la summenzionata sentenza T.A.R. Umbria n. 23/2014 nonché T.A.R. Umbria, sez. I, n. 411/2014.

Focus sul paesaggio

IL GRUPPO <i>UNISCAPE</i> DELLA FEDERICO II E L'ATTUAZIONE DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEL PAESAGGIO	146
di Elvira Petroncelli	
PERCEZIONE DEL PAESAGGIO E IDENTITÀ POLITICA IN DUE TESTIMONIANZE DELLA ROMANITÀ ANTICA	148
di Francesca Galgano	
NOTE IN TEMA DI IMPOSIZIONE FISCALE E TUTELA DEL PAESAGGIO	153
di Chiara Fontana	
IL PATRIMONIO CULTURALE E L'IDENTITÀ NAZIONALE	158
di Alfonso Vuolo	



Il gruppo *Uniscape* della Federico II e l'attuazione della Convenzione Europea del Paesaggio

Sono ormai trascorsi 10 anni dall'istituzione dell'Associazione UNISCAPE (*European Network of Universities for the Implementation of the European Landscape Convention*)¹, che annovera tra i suoi soci fondatori l'Università di Napoli Federico II, la quale ha da subito nominato me come suo Delegato. I docenti che lavorano nel Gruppo dell'unità di Napoli ad oggi afferiscono a sette dipartimenti diversi, ovvero in esso sono compresenti docenti della *Scuola delle Scienze Umane e Sociali*, della *Scuola Politecnica e delle Scienze di base* e della *Scuola di Agraria e Medicina veterinaria*², e particolarmente ampio risulta il campo in materia sia di ricerca che di progetto di Paesaggio.

La Convenzione Europea del Paesaggio, oltre ad affermare che "Paesaggio designa una determinata parte di territorio, come è percepita dalla popolazione, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni" (art. 1, a) e che la Convenzione "...si applica a tutto il territorio delle Parti ..." (art. 2), fornisce anche nette definizioni di "Politica del paesaggio" (art.1, b), "Obiettivi di qualità paesaggistica" (art.1, c), "Salvaguardia dei paesaggi" (art.1, d), "Gestione dei paesaggi" (art.1, e) e "Pianificazione dei paesaggi" (art.1, f), che vengono a sottolineare lo scopo che essa si prefigge: "promuovere la salvaguardia, la gestione e la pianificazione dei paesaggi e di organizzare la cooperazione europea in questo campo" (art.3). A mio avviso, invero, la Convenzione ci ha consegnato un concetto di paesaggio netto nei principi, ma con tante implicazioni molte delle quali ancora da esplorare.

Nel riconoscere nel Preambolo "... che il paesaggio è in ogni luogo un elemento importante della qualità della vita delle popolazioni: nelle aree urbane e nelle campagne, nei territori degradati, come in quelli di grande qualità, nelle zone considerate eccezionali, come in quelle della vita quotidiana;" di fatto evidenzia in modo inequivocabile che il paesaggio svolge importanti funzioni d'interesse generale, sul piano culturale, ecologico, ambientale e sociale e che esso costituisce una risorsa favorevole all'attività economica. Il paesaggio, invero, coopera all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del

patrimonio culturale e naturale, contribuendo così al benessere e alla soddisfazione degli esseri umani.

Le evoluzioni tecniche e tecnologiche, così come le prassi in materia di pianificazione territoriale, urbanistica, trasporti, reti, turismo e svaghi, e più in generale i cambiamenti economici mondiali, continuano in molti casi ad accelerare le trasformazioni dei paesaggi e questo ha una sua validità e logica se risulta in sintonia con i modi di vivere e di agire delle comunità. È soprattutto in questa luce che a mio avviso occorre prestare particolare attenzione alle azioni di *Sensibilizzazione, Formazione ed Educazione* che nelle "Misure specifiche" (art.6) vengono indicate: esse risultano nevralgiche a patto di essere rivolte a tutte le comunità e non solo a tecnici più o meno del settore.

In sintonia con quanto definito nella Convenzione, nonché con lo Statuto dell'Associazione, nel corso degli anni il Gruppo dell'Università di Napoli Federico II si è impegnato in diversi modi nell'intento di poter sortire positivi risultati sul territorio a più livelli e in più direzioni (ricerca, disseminazione, promozione, ecc.).

Il fare proprio e promuovere il concetto di *paesaggio*, invero credo debba essere considerato tra gli obiettivi basilari di UNISCAPE e dei suoi membri e che si configuri come un compito in un certo senso perenne. Si tratta di veicolare il nuovo concetto di paesaggio a tutti, di farlo condividere, ovvero al tempo stesso di sensibilizzare la società civile a riconoscere, ad esempio, le importanti funzioni di interesse generale che esso svolge sul piano culturale, ecologico, ambientale e sociale, oltre che economico.

Nel corso degli anni molto, in generale, mi sembra sia stato fatto in Europa per la tutela e la valorizzazione dei paesaggi, ma credo si sia soprattutto guardato alla formazione di figure esperte, ovvero di tecnici specializzati con specifiche competenze. Poco, forse, a mio avviso si è lavorato per sensibilizzare tutti i tecnici le cui azioni, ad esempio, indirettamente determinano sostanziali trasformazioni del territorio, o anche per la formazione e l'informazione dei non tecnici, ovvero per favorire lo sviluppo di una coscienza collettiva che riconosca effettivamente i paesaggi come risorse e che non consideri la loro tutela come una forma di limitazione all'uso del territorio.

Guardo soprattutto alle nuove generazioni, a quelle

¹ www.uniscape.eu.

² Cfr.: www.uniscape.unina.it/Chisiamo.html.

giovannissime, ed all'importanza che esse recepiscano e facciano proprio, fin da subito, un corretto concetto di paesaggio. Non si può lasciare che venga loro fatta assumere una nozione desueta e che in seguito gli si spieghi cosa, di fatto, è il paesaggio.

In questi anni il Gruppo della Federico II, sulla scorta anche di quanto promosso dall'Associazione a livello internazionale attivando Conferenze, Incontri e cicli di Seminari, ha organizzato iniziative diverse (*Colloquio Internazionale* "Incontri sul paesaggio: tra letteratura e scienza" 23-24 giugno 2012; *Tavola Rotonda* sulla Gestione del Paesaggio in Campania, giugno 2012; Seminario Internazionale UNISCAPE En-Route "Recovering river landscape" 28 - 30 settembre 2015, oltre ad iniziative a livello locale) e dato vita ad alcune pubblicazioni a stampa³.

Ritenendo fondamentale guidare le nuove generazioni ad essere consapevoli che anche loro con le proprie azioni contribuiscono a plasmare il contesto – ovvero che quel contesto è il prodotto dell'azione di fattori naturali e/o umani e delle loro interrelazioni – si è operato anche per sensibilizzare le nuove generazioni al paesaggio, convinti che la conoscenza e la consapevolezza sono la premessa necessaria per lo svolgimento di azioni corrette, ovvero per la ricerca di forme idonee di politica, salvaguardia e gestione.

In tale direzione si è mossa anche l'iniziativa messa in campo da un anno, a seguito di un Protocollo d'Intesa tra l'Università di Napoli e l'Ufficio Scolastico Regionale della Campania, e che può essere considerata come un primo importante tassello di un progetto più ampio, di certo un *moltiplicatore* dell'azione, che potrà declinarsi in diversi modi ed a diversi livelli e che ha dato vita al Progetto Pilota *Paesaggio da tutti – Paesaggio per tutti*, con la convinzione che la formazione e l'informazione degli individui deve necessariamente partire fin dalle prime istituzioni attraverso cui essi entrano in contatto con la società civile, quali scuole primarie e secondarie. 'Formare per educare/sensibilizzare' è il motto che riassume il modo con cui il Progetto vuole raggiungere il suo obiettivo, cioè la formazione dei docenti scolastici che ogni giorno e con una professionalità specifica, sono in contatto con la popolazione scolastica.

L'Università rappresenta il naturale punto di contatto tra i formatori interni – con le loro tecniche e i loro tecnicismi – e quelli esterni, grazie al proprio bagaglio di conoscenze e di esperienze unite ad un'at-

titudine alla didattica, che in questo contesto risulta essere un requisito fondamentale ed imprescindibile. Si tratta di un Progetto di formazione e di sensibilizzazione dedicato ai docenti delle scuole primarie e secondarie affinché le loro conoscenze specialistiche possano diffondersi, nei modi e con i linguaggi più appropriati, tra la popolazione scolastica, in attuazione della Convenzione Europea del Paesaggio. Il Progetto si rivolge ad una platea di 80 docenti, referenti di scuola primaria e secondaria di I e II grado, insistenti sul territorio della Regione Campania e si articola in *formazione d'aula*, con lezioni frontali e workshop guidati⁴, cui si accompagnano *esperienze locali*, svolte nelle sedi di appartenenza dei docenti, che trovano un momento di verifica e discussione in *3 Incontri finali* volti anche ad armonizzare i risultati delle esperienze locali per definire un manuale di buone pratiche. Se si pensa che ogni docente scolastico lavora con circa 20 allievi, ma che in relazione ad alcuni cicli scolastici e discipline il numero di questi sale notevolmente, è facile rendersi conto come indirettamente, per ogni annualità del Progetto, di fatto si coinvolgono più di 2.000 persone all'anno.

Credo che, nel più ampio panorama generale della ricerca e del progetto di paesaggio, il Progetto Pilota possa rappresentare uno dei tanti campi di lavoro sui quali il Gruppo conta ancora di impegnarsi, con la volontà di guardare, nel corso del tempo, oltre che alla ricerca, in un certo senso all'intera filiera della formazione/educazione.

³ PETRONCELLI E. (a cura di), *Il paesaggio tra rischio e riqualificazione. Chiavi di lettura*, Liguori Editore, Napoli, 2013, pp. 1-12, ISBN 9788820763411; E. PETRONCELLI (a cura di), *Progetto Paesaggio tra letteratura e scienza*, Liguori Editore, Napoli, 2014, ISBN 9788820753009; PETRONCELLI E., F.D. Moccia (a cura di), *Recovering River Landscape*, in "UNISCAPE En-Route", I Quaderni di Careggi - UNISCAPE En-Route, a.1 - n. 3 - 2016, ISSN 2281-3195; PETRONCELLI E. (a cura di), (2016), *Riappropriarsi dei paesaggi fluviali/Recovering River Landscapes*, Liguori Editore, Napoli, 2016, ISBN 9788820766962.

⁴ Si tratta nello specifico di 5 Incontri incentrati su: 1- La Convenzione Europea del Paesaggio e l'importanza della condivisione culturale sul paesaggio; 2- Componenti strutturali e labili del paesaggio; 3- Paesaggio nella memoria; 4- Paesaggio è cultura; 5- Paesaggio e consapevolezza.

Percezione del paesaggio e identità politica in due testimonianze della romanità antica

sommario

1. Roma e la globalizzazione. – 2. Città e impero. – 3. Percezione del paesaggio e appartenenza. – 4. Integrazione e Barbari.

1. Roma e la globalizzazione

«...Qui confluiscie da ogni terra e da ogni mare quello che generano le stagioni e producono le varie regioni, i fiumi, i laghi, e le arti dei Greci e dei barbari; se uno vuole osservare tutte queste cose, bisogna che se le vada a vedere viaggiando per tutta l'ecumene, o che venga in questa città. Infatti quanto nasce e si produce presso ciascun popolo, non è possibile che non si trovi sempre qui addirittura in abbondanza. Tante sono le navi da carico che giungono qui trasportando tutti i prodotti da tutti i luoghi, in ogni stagione, in ogni volgere d'autunno, che l'Urbe sembra il laboratorio generale della terra».

«E si possono vedere così tanti carichi dall'India e volendo anche dall'Arabia felice, da potersi presumere che ormai a quei popoli gli alberi siano rimasti spogli, e che anche loro debbano venire qui a cercare i loro stessi prodotti, nel caso abbiano bisogno di qualcosa; inoltre tessuti babilonesi e ornamenti dalle regioni barbare più lontane arrivano in molto maggiori quantità e molto più facilmente... e l'Egitto, la Sicilia e la parte fertile dell'Africa sono come vostri poderi».

...

«E veramente si può dire, come diceva Esiodo degli estremi confini dell'Oceano – che c'è un luogo dove tutto confluiscie in un unico principio e in un'unica fine – che qui tutto converge, commerci, navigazioni, agricoltura, metalli lavorati, tutte quante le arti che ci sono o che ci sono state, tutto quanto è prodotto o generato dalla terra. Quello che non si riesce a vedere qui, non rientra nell'ordine delle cose che sono esistite o che esistono; per questo non è facile decidere se sia più l'Urbe a superare le città a lei contemporanee, o il suo impero a superare tutti gli imperi del passato»¹.

¹ ELIO ARISTIDE, *A Roma*, ed. e trad. a cura di F. Fontanella, Pisa 2007, da cui sono tratti tutti i passi da noi riportati, §§. 11-13. Come già M. ROSTOVZEFF, *The Social and Economic History of the Roman Empire*, Oxford 1926, nuova ed. ital. a cura di A. Marcone, Milano 2003, 181 ss., da cui si cita, valorizza questa celebre orazione anche A. SCHIAVONE, ne *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Roma-Bari 1996, per il suo contenuto

La città di cui si parla non è alcuna megalopoli moderna, ma Roma antica, la Roma in cui si conclude il viaggio di Elio Aristide, esponente della seconda Sofistica, che, partito dall'Asia minore (di cui era oriundo) nel secondo secolo d.C., racconterà poi le sue impressioni in un famoso discorso pubblico intitolato, semplicemente, "A Roma" che – destinato dapprima ad essere pronunciato forse al cospetto dell'imperatore Antonino Pio nel 144² d.C. e di un pubblico elevato politicamente e culturalmente, divenne ben presto un vero manifesto dell'ideologia imperiale romana, che la veicolò, rielaborato dallo stesso autore come testo scritto, per tutto l'impero e persino nei secoli successivi³.

Nonostante i temi retorici abbondino in questa celebre orazione, formulata nello stile della cultura classica epidittica greca (in cui si rinvengono diversi 'encomi' alle città), certo è il messaggio di radiosa compiutezza e composta serenità che induce nel lettore la descrizione del viaggio nell'ecumene pacificata e florida realizzata nel primo impero romano: giardini, fontane, ginnasi si offrono alla vista del viandante che si gratifica di appartenervi e, pure se straniero, non avverte nostalgia di patria, ma orgoglio di nuova identità.

Il discorso segue dapprima un andamento convenzionale, che prende le mosse dal rispetto di un voto che l'autore ha formulato appena intrapreso il viaggio, promettendo una lode pubblica alla città di destinazione, ovemai quello si fosse concluso con successo⁴; ma poi, superate velocemente le espressioni di apprezzamento per la sua magnificenza, che ben evidenzia il ruolo di nucleo centrale che Roma riveste a livello economico-commerciale e culturale (§§. 10-13) nel mondo, il piano declamatorio si sposta sull'impero romano e così prosegue fino alla fine, in un climax che porterà il retore a confrontarlo con tutti gli imperi passati e contemporanei (§§. 15-23; 24-26; 27; poi 40-57), a rilevarne la decisa superiorità grazie alla tecnica di organizzazio-

apologetico dell'impero romano all'apice del suo splendore, ma anche sul crinale prima della discesa.

² L. PERNOT, *Éloges grecs de Rome*, Paris 1997, 163 ss.

³ Cfr. P. DESIDERI, *Scrittura pubblica e scritture nascoste*, introd. a ELIO ARISTIDE, *A Roma*, cit. 4 s.

⁴ "... noi, signori, durante il viaggio compiuto fin qui sulla terra e sul mare, abbiamo fatto un voto.... che, se fossimo arrivati sani e salvi, avremmo salutato l'Urbe con un discorso pubblico" (ELIO ARISTIDE, *A Roma* cit. §. 1 s.).

ne militare (§§. 71-87), ma anche e soprattutto al suo carattere democratico, e quindi alle ineguagliabili doti di buon governo (§§. 60-68; 90-91).

Un ruolo strategico nella conquista della posizione egemonica di Roma deve essere ascritto alla concessione della cittadinanza a molti dei popoli conquistati, in alternativa a quelli resi invece sudditi, partecipi così della vita politica e amministrativa romana (§§. 58-59). In ciò Elio Aristide rileva (e ne intuisce con diversi decenni di anticipo la conclusione) che è in atto quel graduale processo di globalizzazione, che si suggerirà ufficialmente di lì a poco⁵ grazie alla *constitutio Antoniniana*, il provvedimento emanato nel 212 da Antonino Caracalla, grazie a cui la cittadinanza romana sarà estesa a tutti gli abitanti dell'impero, con decisi esiti sia nell'organizzazione amministrativa in merito all'uniformazione fra tutte le province, soprattutto in termini di applicazione – poi obbligatoria – del medesimo ordinamento giuridico; che culturale (ad esempio la qualifica di 'straniero' sarà riservata solo ai barbari che vivano oltre i confini⁶)....

L'integrazione del mondo provinciale, da sempre (già dalla prima espansione di Roma in Italia) perseguita anche ai gradi alti, attraverso il reclutamento delle élites cittadine a livello politico, stava avvenendo in modo molto lento, così come l'uniformazione giuridica all'interno dell'impero; di certo la *constitutio Antoniniana* avrebbe messo un punto fermo circa l'assoluta prevalenza della cittadinanza romana su quelle locali e dell'ordinamento romano pubblico e privato sugli ordinamenti provinciali⁷. Molti studiosi⁸ hanno posto l'accento sul fatto che quella riforma segna il compimento di una graduale trasformazione dell'impero, che si compatta così dentro i suoi confini, integrando e parificando le diverse realtà provinciali, sia dal punto di vista economico che giuridico, per estendere la globalizzazione in atto da tempo nella parte occidentale (come in Spagna e in Gallia, ad esempio), anche

⁵ Questa sensibilità non è comune negli scrittori dell'epoca. Molti sembrano non avvertire la portata di questo evento neppure dopo molti secoli (Giustiniano addirittura nel 529 d.C., nella Novella 78.5, ne attribuisce erroneamente la paternità ad Antonino Pio), sebbene non manchino altre testimonianze in cui, dal terzo secolo in poi, pur in mancanza di una esplicita menzione del provvedimento, se ne valutano gli effetti, spesso con parole di grande ammirazione per l'impegno profuso dai Romani nel pacificare il mondo (vd. *infra* nt. 9).

⁶ Si v. come si esprime Sidonio Apollinare, *ep.* 1.6.2, secondo cui solo schiavi e barbari sarebbero stati considerati stranieri, da allora in poi.

⁷ Questi ultimi avrebbero forse potuto sopravvivere in quanto usi locali (ad esempio nelle procedure); occasionalmente, in quanto consuetudini; o quali prassi amministrative (su cui quell'editto, peraltro, nulla dispone); ma sempre che non si ponessero in contrasto con i principi normativi dell'ordinamento romano, cui essi non potevano in alcun modo derogare.

⁸ Non riproduciamo qui, per non appesantire la lettura in modo eccessivo e superfluo, la letteratura sul tema, prodotta fin dalla prima metà del secolo scorso (v. per tutti V. CAPOCCI, *La constitutio Antoniniana*, Roma 1925), ricchissima e ben conosciuta.

a quella orientale, dominata a lungo dalla preminenza della cultura greca. Da allora in avanti non si sarebbe posta più la distinzione fra cittadini e provinciali, ugualmente tenuti, in linea di principio, al rispetto dell'ordinamento privatistico romano, valido in modo uniforme per ogni città o provincia dell'impero. Tale processo di naturalizzazione collettiva e di generalizzazione del regime giuridico-amministrativo romano che avrebbe dovuto coinvolgere tutte le variegate – quanto a lingua, religione, costumi – realtà provinciali si svolse tuttavia, a dispetto di alcune entusiastiche valutazioni, in modo difficile e disomogeneo, anche se l'impatto a livello propagandistico sarebbe stato in ogni caso notevole: a confronto con il disfacimento di quella realtà, minacciata dalle prime avanzate barbare del quinto secolo, Agostino volle definirla ancora una «decisione gratissima e umanissima»⁹.

L'idea di un'unica armoniosa organizzazione politico-sociale trova proprio in Elio Aristide uno dei suoi primi teorici: Roma che pacifica il mondo, lo ordina, lo tutela, lo abbellisce è infatti il filo conduttore del suo encomio in cui, non potendo certo esaltare l'impero in modo assoluto ed esplicito, l'autore avanza l'idea di una coincidenza dell'*Urbs* con l'*orbis*, insomma di un impero che si identificava completamente con la città stessa di Roma, che era stata capace di «adornare la terra come un giardino» (§. 99), annientando perfino le distanze fra le province – anche quelle divise dal mare o da lontananze immense (§.101) – concedendo loro la cittadinanza (allo stesso tempo negandola a quelle riottose e dunque non degne di dividerla, che rimanevano perciò, giustamente, in una posizione di soggezione) (§§. 79-83). Una città-impero inclusiva, dunque, che «accoglie gli uomini di tutto il mondo, come il mare riceve i fiumi» (§. 62).

Il sofista indugia a lungo (come abbiamo visto) su come Roma, «patria comune a tutta la terra» (§. 61) fosse riuscita a diventare un luogo «dove tutto converge, commerci, navigazioni, agricoltura, metalli lavorati, tutte quante le arti che ci sono o che ci sono state, tutto quanto è prodotto e generato dalla terra» (§. 13) e a dileguare la distanza fisica fra potere centrale e diramazioni periferiche, attribuendo a queste ultime medesima considerazione che al ceto di governo cittadino, non più quali occasionali egemonie di genti straniere, lontane, subordinate (cfr. §§. 60 ss.). Il potere centrale romano, esercitato con un misto di fermezza e clemenza, attraverso presidi armati posti nelle città provinciali, induceva in queste un senso di protezione, infondendo allo stesso tempo un sentimento di completa appartenenza identitaria ad un mondo ordinato e uniforme, e soprattutto eterno, affidato ora alla cura giusta ed equa dell'imperatore. Come dice Aristide, pur in epoca antecedente la *constitutio Antoniniana*, «ovunque e per tutti valgono le stesse leggi» ... «Tutto obbedisce sen-

⁹ Aug. *De civ. Dei* 5.17.1.

za discutere, come un solo territorio ed un sol uomo» (§. 30). La civiltà attuale aveva dunque unificato quel mondo, ordinandolo con le stesse leggi, inquadrandolo «come in un'unica famiglia...¹⁰» (§. 102).

2. Città e impero

Anche se il fine ultimo del discorso è l'esaltazione dell'impero romano, il sofista greco si sofferma a lungo, in modo quasi eccessivo, sulle qualità della sua capitale, tratteggiando i passaggi che l'hanno condotta verso l'attuale dimensione ultraurbana, quasi come in un processo naturale di dilatazione da quella iniziale cittadina, che peraltro non viene mai del tutto soppiantata, continuando a vigere nei secoli successivi un sistema di organizzazione amministrativa simile a quello originario, sebbene proiettato poi su scala maggiore. Persino i confini appaiono come un'estensione del muro di cinta della primitiva città. Al vertice di tale reticolato c'è l'imperatore, che vigila sul corretto funzionamento della macchina, in qualità di garante supremo dell'applicazione del diritto e della giustizia: figura necessaria per armonizzare le diverse componenti interne con quelle provinciali e per equilibrarne le inevitabili tensioni di disgregazione.

Insomma tutto l'ingranaggio della organizzazione politica e amministrativa dell'impero ruota intorno alla forma-città, e quindi alla città per eccellenza, Roma, che rende possibile questa integrazione non soltanto economica (è la sede di un mercato globale ove tutto converge, spazio delle relazioni internazionali, oltre che centrale produttiva e punto di gestione delle risorse), ma anche politica e giuridica, ponendosi così le basi per una reale integrazione fra i popoli, che è allo stesso tempo presupposto e esito di altri attributi dell'impero, quali l'urbanizzazione o la sicurezza delle strade. L'impero e la città sono in una perfetta corrispondenza concettuale e l'uno esiste come naturale estensione dell'altra, quasi come sua naturale dilatazione. Allo stesso modo anche le città che vi appartengono riescono a trovare un loro posto: l'impero non le schiaccia, non le annulla, ma esalta le loro peculiarità, donando loro equilibrio e pace.

Questa rassicurazione serve, anche nel discorso retorico, a sfumare l'ombra che si staglia sulla perdita di libertà dei nuovi cittadini, distogliendo l'attenzione dell'uditorio sul senso di protezione che garantisce loro

¹⁰ È appena il caso di rilevare che tale impeto retorico distraeva l'uditorio, o comunque il pubblico dei lettori del discorso, dalle conseguenze secondarie, e neppure troppo velate, che questa integrazione comportava, soprattutto in termini di libertà, smascherabili ove, come spesso accade con i testi retorici, si sdoppia il piano di lettura 'ufficiale', 'pubblico' in sottotesti 'nascosti', «minori paralleli o obliqui, indirizzati allo stesso o ad altri uditori... nei quali si colgono contenuti comunicativi che non fanno direttamente parte del discorso principale, eventualmente relativi a problemi lì non apertamente denunciati» (cfr. P. DESIDERI, *Scrittura pubblica e scritture nascoste*, introd. a ELIO ARISTIDE, *A Roma cit.* 5 s.).

l'appartenenza all'ecumene romana ricca, pacificata, felice. Non è infatti un dettaglio trascurabile che l'autore sia greco: quelle province infatti si erano sempre mostrate particolarmente orgogliose della loro indipendenza rispetto ai Romani.

Nonostante alcune sacche di dissenso, proprio uno straniero che viene dall'Oriente esalta invece la realizzazione da parte dei Romani, unica nel mondo antico, di un mondo globalizzato e in pace. «A Roma» è considerato infatti fin da allora «il più alto riconoscimento tributato dal mondo ellenizzato all'impero 'ecumenico'»¹¹. Non è certo il primo greco che riflette su Roma, né il primo ad esaltarne le doti, come Polibio¹² o Plutarco, o Luciano, per citare i principali.

Ma in lui si percepisce qualcosa in più, come una sorta di immedesimazione nell'identità politica appena realizzata. Non si tratta qui di accettare la superiorità di un popolo conquistatore, cui ci si sottomette pur nella consapevolezza della propria indipendenza, quando non di supremazia culturale, come certo era accaduto nei rapporti internazionali fra Greci e Romani.

Sembra invece che la logica che propone Aristide sia quella di una perfetta assimilazione del popolo sottomesso a quello conquistatore, la medesima sottomessa al discorso di Claudio in senato per fare ammettere alcuni nobili della Gallia Comata nel 48 d.C.¹³; o al discorso di Adriano agli abitanti di Italica sull'uso del proprio diritto e delle proprie leggi¹⁴. In entrambi l'integrazione fra i popoli appariva il frutto di un profondo consenso, che albergava nei popoli sottomessi. Claudio è addirittura esplicito: il primato romano è tale, perché gli sconfitti si integrano. Una vera integrazione dunque non può prescindere dal consenso.

Leggendo le parole di Elio Aristide, non possono sorgere dubbi sugli esiti di tale linea ideologica politica: Roma conquista il mondo non (solo) grazie ad una forza bruta, ma (soprattutto) alla sua capacità di trasformare quella forza (che pure ha dimostrato di avere) in ordine: è così che nasce l'impero, un impero che – si spinge a dire il retore – non schiaccia le autonomie locali, garantendo loro persino piena libertà, senza ricorrere alla violenza se non in casi estremi (§. 67).

3. Percezione del paesaggio e appartenenza

Il messaggio di cui è impregnato il discorso retorico di Elio Aristide evoca senso di appartenenza e quindi di identità, su cui occorre fermarsi. Pur essendo innegabile che la unità territoriale, politica ed economica

¹¹ Cfr. P. DESIDERI e A. SCHIAVONE, *Introduzione*, in AA.Vv., *Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma*, cur. P. Desideri e F. Fontanella, Bologna 2013, 9 ss. in cui si accentua l'importanza cruciale dell'adesione delle élites culturali greche per la riuscita del progetto per così dire globalizzante imperiale romano, nell'età fra Traiano e gli Antonini (p. 11 ss.).

¹² Cfr. *Hist.* 6.47.

¹³ Cfr. *Tac. Ann.* 11.23-24.

¹⁴ Gell. *NA.* 16.13.1-9. Cfr. P. DESIDERI e A. SCHIAVONE, *Introduzione cit.* 15.

di uno Stato, ben individuato nei suoi confini geopolitici¹⁵, concorra a creare identità di appartenenza, le tensioni che attraversano l'Europa e il mondo occidentale, in particolare negli ultimi anni, pur fieri del loro importante impegno ideologico e pratico profuso nella direzione dell'integrazione fra i popoli, costringono ad interrogarsi su come individuare un concetto di identità adeguato ai tempi moderni e su quali siano le sue componenti.

Il sociologo Zygmunt Bauman ha elaborato notevoli indagini¹⁶ su questi temi, individuando nella globalizzazione forti caratteri di disgregazione sull'identità, a suo parere prevalenti rispetto a quelli, in un primo momento da tutti esaltati, del multiculturalismo o dell'ampliamento dell'offerta di comunicazioni, occasioni, stimoli; caratteri che hanno creato grandi incertezze e fragilità sintetizzabili nella cd. 'liquidità' della società contemporanea. Questo processo, svoltosi di pari passo con la crisi dello Stato-nazione, svela peraltro non solo la polisemicità, ma anche l'artificialità del concetto di identità, che appare così volatile, inafferrabile e provvisorio. In queste circostanze di carenza di socialità tradizionale, insomma, l'uomo avvertirebbe, per lo studioso da poco scomparso, soltanto solitudine e frustrazione, a cui reagirebbe con l'adesione e l'esaltazione di fondamentalismi religiosi o nazionalisti¹⁷.

Se da una parte la lingua, la religione, la cultura, in cui confluiscono pure minimi dettagli, come il cibo o gli orari della vita quotidiana, connotano fortemente il concetto di identità¹⁸ e lo declinano relativamente al singolo o alle collettività, certo è ben chiaro che l'identità politica romana¹⁹ fosse legata invece alla concessione della cittadinanza e ai privilegi di natura giuridico-amministrativa che il possederla (o meno) consentiva.

L'insistere sull'idea della città, come forma ripropo-

¹⁵ In merito a questi, riflette sulla regolazione dell'assetto geopolitico europeo, decisa a tavolino subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, che produsse le moderne identità nazionali (ben individuate nei loro spazi territoriali) etnicamente compatte, ma artificiali, S. CINGOLANI, ne *L'Europa e la crisi delle identità*, in *Aspenia* 71 (2015) 30 ss.

¹⁶ Fra cui si ricordano ad es: *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari 1999; *Vite di scarto*, Roma-Bari 2005; *La solitudine del cittadino globale*, Milano 2008.

¹⁷ *Contra* si veda F. BENIGNO, *Parole nel tempo. Un lessico per pensare la storia*, Roma 2013, 31 ss. e part. 55 s., il quale pone in evidenza i limiti di una sociologia tradizionale ancora ignara delle problematiche più recenti e auspica che la storia e le altre scienze sociali adoperino diversamente la prospettiva identitaria nell'approccio alla società della strada.

¹⁸ Sono i nazionalismi ottocenteschi a qualificare l'identità in modo prevalentemente territoriale, contrapponendosi alle correnti rivoluzionarie che invece riconoscevano la nazione nella cultura (cibo, dialetto, costumi) di un popolo.

¹⁹ Cfr. J.M. CORTÉS COPETE, *Città, dèi e parole. La formazione di un'identità politica greca per l'impero romano*, in AA.VV., *Elio Aristide e la legittimazione greca dell'impero di Roma* cit. 117 ss., il quale pone in evidenza l'importanza e la peculiarità della componente culturale greca nella costruzione di un'identità politica imperiale romana.

sta in diverse realtà presenti o passate, accomunate così fra di loro (Atene, Sparta, Pergamo, Efeso, Smirne), consente ad Aristide di mostrare una reale operatività del modello di globalizzazione *ante litteram* realizzato da Roma nel mondo romano antico: una ecumene che funzioni come un moderno 'trading centre', in cui siano garantite le connessioni culturali, economiche e giuridiche. L'integrazione fra i popoli avviene in modo naturale, grazie all'urbanizzazione, alla diffusione della cittadinanza e alla sicurezza delle comunicazioni, senza che ciò comporti l'annullamento delle autonomie culturali e identitarie proprie di ciascun popolo. L'inserimento e l'adesione delle élites greche in tale ecumene romana ne costituisce una riprova, e tutta l'orazione lascia intendere che questo risultato è non solo possibile, ma armonico. La città riveste un ruolo centrale, proprio come elemento che fonda l'identità politica.

Aggiungeremmo agli importanti studi condotti sull'opera di Aristide e sul suo pensiero²⁰ un elemento in più: la gratificazione di tale sentimento di identità viene rafforzata, e non soltanto nella tecnica retorica, attraverso la percezione di un paesaggio come bene comune, di cui è possibile godere in modo pieno e sereno grazie alla realizzazione dell'unità politica: l'estetica del paesaggio dunque può concorrere a fondare l'appartenenza.

4. Integrazione e Barbari

Dopo alcuni secoli ancora suscitava ammirazione l'uniformazione del mondo che aveva compiuto l'impero romano: il nobile gallico, ricco latifondista, Rutilio Namaziano, ad esempio, esaltava il successo di Roma nell'aver trasformato l'*orbis* in *Urbs*,²¹ rendendo diverse genti come un'unica patria e facendo di tutto il mondo un'unica città.

Eppure a distanza di quei pochi secoli, la riflessione muta tono. Ancora una volta è il paesaggio a ispirare il racconto, anche ora di un viaggio, un viaggio di ritorno a casa, intrapreso da Rutilio a ridosso della drammatica avanzata di Alarico, al principio del 400 d.C., per occuparsi delle proprie terre site nella attuale Provenza sconvolta dalle invasioni dei Goti: la descrizione di ciò che vede dal mare (la via più sicura in quel momento) lungo le coste italiane è oggetto di un piccolo poema, intitolato significativamente *De reditu*.

Come Elio Aristide aveva descritto giardini, palazzi, opere d'arte, di un mondo civilizzato all'apice del suo splendore, che esaltava lo sguardo e l'animo del viaggiatore del secondo secolo, così lo scenario che si pone sotto gli occhi di Rutilio è, invece, assai desolante:

²⁰ Ai testi già citati si aggiunga da ultimo L. PERNOT, G. ABAMONTE, M. LAMAGNA CURT., *Ælius Aristide écrivain*, Turnhout 2016.

²¹ RUTILIO NAMAZIANO, *De reditu* 1.63-66: *Fecisti patriam diversis gentibus unam; profuit iniustus te dominante capi; dumque offers victis proprii consortia iuris. Urbem fecisti, quod prius orbis erat.*

«Non si possono più riconoscere
i monumenti dell'epoca trascorsa,
immensi spalti ha consumato
il tempo vorace.
Restano solo tracce fra crolli
e rovine di muri,
giacciono tetti sepolti in vasti ruderi.
Non indigniamoci che i corpi mortali
si disgreghino:
ecco che possono anche le città morire»²².

Queste erano, dunque, le conseguenze della caduta delle barriere militari, ma prima politiche, sociali e culturali entro le quali l'impero romano era riuscito, per molti secoli fino ad allora, ad organizzare le proprie relazioni con i popoli limitrofi. Quella caduta aveva comportato un netto cambiamento anche nelle coscienze verso lo straniero, improvvisamente nemico, ostile, diverso.

'Barbaro' (onomatopeicamente inabile, cioè, al linguaggio, tanto da balbettare) è epiteto che rimanda ad una generica estraneità rispetto alla civiltà romana, non meglio circostanziato, se non per le difficoltà che il suo destinatario rivela nel momento della comunicazione: sono barbari gli Unni e i Persiani, i Vandali e gli Arabi.

Ciononostante una massiccia immigrazione di barbari era stata non solo tollerata, ma addirittura incentivata dal governo romano, per risolvere la crisi di reclutamento delle truppe a cominciare già dal terzo secolo, o per ripopolare le campagne. Serbatoio naturale di forza-lavoro e di manodopera, quelle masse aspiravano spesso ad un'integrazione completa, che in certi casi ne avrebbe coinvolto anche la sfera personale e religiosa: molti conoscevano e ammiravano lingua e tradizioni latine; cambiavano nome o fede; sposavano donne di altra etnia²³.

Certo, alcuni eventi determinarono nell'età tardoantica la rottura di questa delicata e fragile armonia: la corruzione degli uffici amministrativi, che gestivano l'ingresso di immigrati²⁴ e deportati; un forte vuoto nel potere centrale; fame e carestie che creavano il bisogno cogente di approvvigionamenti, da procurarsi eventualmente scambiando bottini di guerre; l'incertezza dell'allocatione di queste masse, sempre più grandi, e gravanti sulle popolazioni provinciali in maniera sempre più massiccia e disordinata...

Accadde, forse, anche dell'altro: molte sono le de-

scrizioni che ci hanno lasciato scrittori, storici, poeti, da cui traspare la forte percezione della fine di un'epoca, proprio attraverso il contatto violento con popoli che realmente erano, o in alcuni casi apparvero improvvisamente (in una situazione nuova, di aumento incontrollato dell'usuale flusso migratorio) lontanissimi, rappresentanti di civiltà aliene, senza leggi scritte, senza città, portatori di culture diverse. Ciò fece sì che l'ingresso, in questi casi avvenuto in modo armato e aggressivo, sfociato nelle cosiddette invasioni barbariche, producesse conseguenze effettivamente terribili: certi avvenimenti, come il sacco di Roma del 410, sconvolsero gli animi creando un'eco duratura.

Non sembrava possibile che l'impero Romano, praticamente eterno, dovesse fare i conti con la sua fine.

L'integrazione nel mondo tardoantico aveva assunto caratteri completamente diversi da quelli iniziali, essendo oramai consolidato l'impero da diversi secoli, con diritto e strutture amministrative uniformi all'interno dei suoi confini. Le occasioni di confronto con il 'diverso da sé' avvenivano per lo più nelle aree di confine, dove in particolare lo stanziamento delle legioni in modo stabile aveva provocato un'osmosi, commerciale ma soprattutto interpersonale, dei militari con gli abitanti dei villaggi posizionati nelle vicinanze degli accampamenti, e anche la ricezione da parte di costoro di usi e tradizioni aliene. Ed inoltre il reclutamento (attingendosi da quelle aree, già da tempo, forse belliche) faceva apparire naturale che mogli e figli convivessero con i soldati ivi stanziati. I diplomi militari²⁵ (le tavolette di bronzo, cioè, che comprovavano a livello documentale il servizio prestato e il congedo con onore, unitamente, almeno fino all'editto di Caracalla, alla avvenuta concessione della cittadinanza ed eventualmente del *connubium*) aprono uno squarcio sulla vita quotidiana dei soldati, in cui appaiono famiglie di fatto in attesa di una regolamentazione giuridica.

In questo quadro il paesaggio scomposto e desolato che si offre al viaggiatore ha un significato profondo e lo informa di un fallimento, che prelude però alla nascita degli stati europei, dal germe dei regni romano-barbarici che si sarebbero costituiti, e alla storia che è venuta poi.

²² RUTILIO NAMAZIANO, *De reditu* 1.399-414.

²³ Offrono nuove prospettive di indagine sul rapporto fra Romani e Barbari, oltre a H.-I. MARROU, *Decadenza romana o tarda antichità? III-VI secolo*, Milano 2007³, M. GUIDETTI, *Vivere tra i barbari, vivere con i Romani. Germani e arabi nella società tardo-antica, IV-VI secolo*, Milano 2007; A. BARBERO, *I barbari. Immigrati, profughi, deportati nell'impero romano*, Roma-Bari 2008; K. MODZELEWSKI, *L'Europa dei barbari. Le culture tribali di fronte alla cultura romano-cristiana*, Torino 2008.

²⁴ Cfr. sul tema F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli 2017.

²⁵ Interessanti ad esempio quelli (*CIL*. XVI 134-154) provenienti dalla penisola Balcanica e risalenti agli anni dal 194 al 250, che rappresentano una miniera inesauribile di informazioni sulla storia delle persone, e sulle loro storie, «comunicazioni che condensano un sistema sociale» (vd. M.T. FÖGEN, *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale* [tr. it. Bologna 2005] 15).

Chiara Fontana

Ricercatore confermato di Diritto Finanziario e Professore Aggregato di Diritto Tributario Internazionale e Comunitario, nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli, "Federico II"

Note in tema di imposizione fiscale e tutela del paesaggio

sommario

Introduzione. – **1.** La nozione di paesaggio nel diritto positivo e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. – **2.** Gli strumenti di tutela attiva dell'ambiente: i tributi ambientali. – **3.** Le tasse sul paesaggio nell'esperienza federalista italiana.

Introduzione

L'inquadramento giuridico del *paesaggio*¹ muove dal disposto dell'art. 9, co. 2 Cost., che pone la *tutela* di detto bene tra i principi fondamentali dell'ordinamento italiano.

Tale opzione normativa, a suo tempo giudicata inopportuna da chi, pur convenendo sulla necessità di garantire alle "bellezze naturali" una protezione adeguata, disapprovava l'inserimento di quest'articolo nel Titolo I della Costituzione, nel tempo, si è rivelata, nondimeno, "profetica"².

Invero, non solo, ha reso manifesta la lungimiranza e la capacità dei padri costituenti di individuare valori e diritti che solo molti anni dopo hanno rivelato appieno la loro portata; ma ha, anche, concorso alla maturazione di una "cultura del valore ambiente" capace di favorire l'impegno delle nuove generazioni verso la creazione di una società "sostenibile", attraverso l'impiego di strumenti "attivi" di protezione.

In siffatto contesto, un ruolo di primo piano è stato, progressivamente, assunto dalle disposizioni normative afferenti la c.d. fiscalità ecologica, ossia dal complesso di norme tributarie adottate allo scopo di coprire i costi dei servizi ambientali; di finanziare la spesa pubblica in materia ambientale; e/o di modificare la condotta dei contribuenti, attraverso l'utilizzo di incentivi e disincentivi tributari.

È proprio a queste ultime che occorre fare riferi-

mento ove si vogliono verificare i punti di incidenza tra fiscalità e paesaggio, alla luce del più recente disposto normativo, oltre che della giurisprudenza costituzionale consolidatasi in materia.

1. La nozione di paesaggio nel diritto positivo e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

Nel corso del XX secolo, l'accresciuta consapevolezza delle rilevanti problematiche ambientali derivanti dallo sviluppo economico e dallo sfruttamento delle risorse naturali "esauribili", ha indotto il decisore pubblico ad adottare una disciplina giuridica sempre più stringente, nell'ottica di limitare il processo distruttivo del bene "paesaggio".

Per quanto di nostro interesse in questa sede, il concetto in esame entrò nella legislazione domestica in virtù della L. 16 luglio 1095, n. 411, sulla conservazione della pineta di Ravenna, una "bellezza naturale" già ricordata dal Boccaccio nella Novella di Nastagio degli Onesti e raffigurata dalla Scuola del Botticelli.

A questo primo intervento normativo – peraltro limitato all'applicazione di valori estetici e culturali fino ad allora maturati, esclusivamente, nella tutela dei monumenti –³ diede seguito la L. 11 giugno 1922, n. 778, fortemente voluta dal Ministro della Cultura dell'epoca, Benedetto Croce, che identificò quale oggetto della tutela offerta, «le bellezze panoramiche considerate come quadri».⁴

Al riguardo occorre, inoltre, citare la L. 29 giugno 1939, n. 1497, sulla "Protezione delle bellezze naturali", rimasta in vigore per circa sessanta anni, che arricchì la tutela del paesaggio di alcuni strumenti di protezione tutt'oggi vigenti, quali il vincolo e l'au-

¹ Al riguardo, in dottrina si contrappongono due orientamenti divergenti. Il primo, risalente al Sandulli, considera il paesaggio come sinonimo di bellezze naturali o "quadri naturali". Un secondo indirizzo, facente capo al Predieri, sostiene, invece, che il paesaggio non è costituito solo dalle bellezze naturali, ricomprendendo, oltre ad ogni preesistenza naturale, le zone sulle quali sia intervenuta l'opera dell'uomo.

² In questi termini G. BASCHERI, L. BIANCHI D'ESPINOSA, C. GIANNATTASIO, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, 1949, p.37; in termini simili S. CIPOLLINA, *Fiscalità e tutela del paesaggio*, Relazione al Convegno "Paesaggio ed Economia", Sondrio, 22 novembre 2008.

³ Detta legge fu promossa da Luigi Rava, poi divenuto Ministro della Pubblica Istruzione, il quale sostenne, peraltro, l'adozione della L. 20 giugno 1909, n. 364, «Per le antichità e le belle arti», ovvero la prima vera legge di tutela dei beni culturali dell'Italia unita. Fu, in specie, quest'ultimo, nella relazione al progetto di legge, a qualificare la pineta come un «monumento nazionale, (...) testimonianza vivente di molti secoli di storia, (...) sede venerabile di nobilissime memorie d'arte e di letteratura, che investono tutta quanta la nostra vita intellettuale». Sul punto, R. ASSUNTO, *Il paesaggio come oggetto estetico e la relazione dell'uomo con la natura*, in *Il Verri*, 1968, n.29, pp. 5 ss.

⁴ In argomento, *amplius*, S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento. La battaglia dell'ambiente contro il degrado civile*, 2012, pp. 137 ss..

torizzazione, già previsti dalla L. 1° giugno 1939, n. 1089, in materia di “*Tutela delle cose di interesse artistico e storico*”.

Tale disposto normativo, pur non contenendo un’esplicita menzione del bene che ci occupa, implicava, invero, variamente siffatto concetto, come testimoniato, soprattutto, dalla lettura combinata e sistematica dei vari tipi di “bellezze naturali” elencate nell’art. 1 dello stesso, in cui figuravano, non solo, i beni individuati – ossia, le “bellezze individue” costituite dalle cose immobili di cui al n. 1) e le ville, i giardini e i parchi di cui al n. 2)] –, ma, anche, aree territoriali più vaste, quali, ad esempio, i complessi di immobili e le bellezze naturali.

Fu solo con l’entrata in vigore della Costituzione che la tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico assunsero, tuttavia, a principio fondamentale dell’ordinamento italiano,⁵ attraverso il disposto dell’art.9 che attribuì alla Repubblica il compito di promuovere lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica; e di tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Anche nei primi decenni successivi all’entrata in vigore della Carta Costituzionale, il canone interpretativo prevalente rimase, nondimeno, quello estetico.⁶

Prova ne sia, anzitutto, il disposto della sentenza n. 9 del 20 febbraio 1973, in cui i Giudici delle Leggi, chiamati a risolvere la questione di legittimità costituzionale della L. 29 novembre 1971, n. 1097, che dettava “*Norme per la tutela delle bellezze naturali ed ambientali e per le attività estrattive*”, sembravano ancora volere assimilare la nozione di paesaggio a quella, certamente più generica, di bellezze naturali.

In termini simili si può, inoltre, citare la sentenza n. 106 del 6 maggio 1976, nel cui ambito, la Corte ebbe a definire il bene che ci occupa quale «espressione di una particolare bellezza, sotto il profilo del godimento estetico, con esclusione, pertanto, del territorio come tale».

Siffatto indirizzo, nel tempo, venne, nondimeno, posto in discussione dalla progressiva e crescente alterazione del paesaggio ad opera dell’uomo e dall’ingresso delle questioni ambientali nel dibattito giuridico internazionale.

E, invero, già con la sentenza n. 239 del 29 dicembre 1982, la Corte superò, definitivamente, la

richiamata concezione riduttiva,⁷ introducendo una serie di importanti distinzioni tra urbanistica, tutela dell’ambiente e tutela del paesaggio; e chiarendo come la nozione accolta dal disposto costituzionale si sostanzia, in realtà, in un valore estetico-culturale che opera nello stretto raccordo tra paesaggio e patrimonio storico culturale voluto e dichiarato dal secondo comma dell’art. 9 citato.

Tale concetto venne, ulteriormente, approfondito dalla sentenza n. 94 del 1° aprile 1985, nel cui ambito, gli stessi giudici ebbero ad affermare il principio secondo cui «il paesaggio, unitamente al patrimonio storico ed artistico della Nazione, costituisce un valore cui la Costituzione ha conferito straordinario rilievo, collocando la norma che fa carico alla Repubblica di tutelarla tra i principi fondamentali dell’ordinamento».

In senso conforme, anche, la sentenza n. 39 del 3 marzo 1986 che, muovendo da alcune considerazioni sulla nozione giuridica di paesaggio, interpretò in via evolutiva l’art. 9 co. 2 Cost., per guardare al paesaggio come all’insieme «degli elementi che contribuiscono a caratterizzare una determinata parte del territorio, compresa, in particolare, la vegetazione, anche quando sorga e sia costituita ad opera dell’uomo»; di guisa da assorbire nel concetto in esame anche la più generica nozione di ambiente naturale.⁸

Sugli stessi profili, giova, da ultimo, citare la sentenza n. 151 del 27 giugno 1986, in cui i Giudici delle leggi, decidendo sulla questione di legittimità costituzionale del D.L. “*Galasso*”, fissarono i passaggi essenziali del recente dibattito sul tema, peraltro, ribadendo la primarietà del valore estetico-culturale e richiedendo un coordinamento con i profili urbanistici e di uso del territorio mediante «soluzioni correttamente atteggiare, nella direttrice della primarietà del valore estetico-culturale e della esigenza di una piena e pronta realizzazione di esso, secondo un modello ispirato al principio di leale cooperazione».

In termini simili, si può, infine, citare la giurisprudenza amministrativa, la quale, in una recente pronuncia del Consiglio di Stato, ha ritenuto di dover ribadire la centralità della tutela del paesaggio connessa all’art. 9 Cost., anche chiarendo come la portata di tale concetto non vada, in alcun caso, limitata al significato meramente estetico di “bellezza naturale”, dovendosi considerare lo stesso quale bene “primario” ed “assoluto”⁹.

Nella prospettiva accolta, il paesaggio si compone, invero, dell’insieme “dei valori inerenti il territorio”

⁵ Sul punto A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, pp. 3 ss. e F. LEVI, *La tutela del paesaggio. Studi di diritto pubblico comparato*, Torino, 1979, pp. 9 ss..

⁶ Al riguardo, vale segnalare come, al momento in cui fu emanata la Costituzione repubblicana, la nozione di paesaggio comunemente accolta fosse quella di “aspetto del Paese”, attribuendosi particolare rilievo al profilo precettivo, ovvero, al modo in cui il paesaggio veniva colto dalla persona fisica che entrasse in contatto con esso. In questi termini V. TUFARIELLO, *Il danno da immisioni*, Milano, 2012.

⁷ La tendenziale identificazione del paesaggio con la nozione di bellezze naturali connota, ad esempio, le sentenze 29 maggio 1968 n. 56, 24 luglio 1972 n. 141 e 3 agosto 1976 n. 210.

⁸ C. LABRIOLA, *Dal paesaggio all’ambiente: un caso di interpretazione evolutiva della norma costituzionale. Il concorso della Corte e il problema delle garanzie. Diritto e società*, 1987, pag. 113.

⁹ Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2222, del 29 aprile 2014.

concernenti l'ambiente, l'eco-sistema ed i beni culturali, che devono essere tutelati nella loro interezza e non dei singoli elementi che lo compongono, rappresentando un interesse prevalente rispetto a qualsiasi altro interesse, pubblico o privato in contrasto.

Quest'ultimo orientamento, in parte favorito proprio dall'emanazione della L. n. 431/1985, c.d. Legge "Galasso", nel cui ambito, per la prima volta, si spostò l'accento dalle bellezze naturali percepite come dimensione estetica del territorio, al più esteso concetto di "beni ambientali", da intendersi quali beni culturali che interessano una vasta porzione del territorio nazionale¹⁰, ha trovato definitiva conferma nel disposto della Convenzione europea sul Paesaggio, siglata a Firenze, il 20 ottobre 2000.

In questa sede, è stata, infatti, finalmente, riconosciuta l'autonomia culturale e giuridica del paesaggio, qualificato come «una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni»; e comprendente il sostrato naturale non in sé considerato, ma nella sua interpretazione culturale, attraverso la percezione identitaria delle popolazioni, in relazione al suo carattere, nella dinamica dell'azione di fattori naturali e antropici.

Tale indirizzo è stato, inoltre, recepito sia dal *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*, il cui art. 139 include nel novero dei beni sottoposti a tutela le bellezze geologiche e naturali, i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, le bellezze panoramiche e i punti di vista o di belvedere accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze; sia *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, del 2004, che qualifica come beni paesaggistici gli immobili e le aree costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio.

I tratti distintivi delle normative richiamate sono, infine, confluiti nell'ultima versione del *Testo Unico Ambientale*, in cui viene, peraltro, ripresa la normativa europea sulla trasparenza, affermandosi che chiun-

¹⁰ Tale legge sottopone a vincolo paesaggistico (ai sensi della legge n. 1497 del 29-6-1939) i territori costieri ed i territori contermini ai laghi i fino a 300 metri dalla linea di battigia, i fiumi, i torrenti ed i corsi d'acqua e le relative sponde degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna; le montagne per la parte eccedente 1.600 metri sul livello del mare per la catena alpina e 1.200 metri sul livello del mare per la catena appenninica e per le isole; i ghiacciai e i circhi glaciali; i parchi e le riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi; i territori coperti da foreste e da boschi, anche se percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincolo di rimboscimento; le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici; le zone umide incluse nell'elenco di cui al decreto del Presidente della Repubblica 13-3-1976, n. 448 (concernente l'Esecuzione della convenzione relativa alle zone umide di importanza internazionale, firmata a Ramsar il 2 febbraio 1971); i vulcani; le zone di interesse archeologico.

que possa accedere alle informazioni relative lo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale, a prescindere dalla dimostrazione della sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante.

Nella prospettiva accolta, è, dunque, compito degli stessi cittadini conoscere e partecipare agli strumenti decisionali sull'ambiente in cui vivono, concorrendo, almeno teoricamente, a gettare le basi di processi partecipativi di democrazia diretta su un tema di fondamentale importanza per la tutela della qualità della vita.

2. I tributi ambientali

Il ruolo progressivamente riconosciuto all'ambiente e al paesaggio dalle fonti normative nazionali ha fatto sì che le politiche latamente ambientali acquisissero rilevanza nell'ambito delle politiche pubbliche, assorbendo quote crescenti del reddito nazionale.

È in questa prospettiva che si pone, quindi, il problema di reperire risorse per la copertura della spesa ambientale.

In argomento, occorre, anzitutto, segnalare come, per diversi anni, il collegamento tra imposizione fiscale e tutela dell'ambiente si sia sviluppato, pressoché esclusivamente, sul piano della salubrità dell'ambiente, sostanziandosi nell'adozione dei cc.dd. tributi ecologici¹¹.

Tali prelievi, generalmente, tendono ad includere i costi della rimozione dell'inquinamento nei prezzi dei prodotti inquinanti, agendo, per lo più, nella forma di imposte di fabbricazione o sui consumi.

Il principio "chi inquina paga"¹², a suo tempo elaborato dall'OCSE e dalla CEE e confluito nei diversi ordinamenti statali, è stato, dunque, attuato attraverso un uso extra-fiscale del tributo.

Invero, in quest'ambito, l'obiettivo della tutela dell'ambiente non si configura come oggetto diretto di tutela, ovvero come elemento costitutivo del presupposto del tributo, quanto, piuttosto, come fine politico-sociale dello stesso, essendo la connotazione "ambientale" del prelievo riferibile agli effetti ed ai vincoli di destinazione parziale del gettito al finanziamento della spesa ambientale¹³.

¹¹ In argomento, *amplius*, F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 1999, I, pag. 115 ss.; P. SELICATO, *La tassazione ambientale: nuovi indici di ricchezza, razionalità del prelievo e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2004; ID., *Fiscalità ambientale e Costituzione*, in F. PICCIAREDDA - P. SELICATO, *I tributi e l'ambiente*, Milano, 1996, pag. 117.

¹² Si v. P. SELICATO, *Imposizione fiscale e principio "chi inquina paga"*, in *Rass. Trib.*, n.4/2005, pag.1161, secondo cui, «chi esercita attività o assume comportamenti contrari al mantenimento di un adeguato standard ambientale è tenuto non solo a sostenere i costi di rimozione o della riduzione ad un livello accettabile degli effetti dell'inquinamento prodotto ma anche a porre in essere di azioni di precauzione e correzione alla fonte».

¹³ Cfr. R. PERRONE CAPANO, *L'imposizione e l'ambiente*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Annuario, Pa-

Il prelievo fiscale viene, pertanto, giustificato non tanto dall'esistenza di una corrispondente capacità contributiva, quanto, piuttosto, da ragioni indennitarie e dalla imputabilità al soggetto passivo di talune diseconomie generali¹⁴.

È il caso, ad esempio, delle imposte sulle emissioni di anidride solforosa e di ossidi di azoto (NOx) e della c.d. carbon tax, introdotte in Italia, rispettivamente, dall'art. 17, co. 29-33, della L. 27 dicembre 1997, n. 449 e dall'art. 8, della L. 23 dicembre 1998, n. 448.

Nel settore della tassazione dei rifiuti, possono, inoltre, citarsi: la TARSU (artt. 58 ss. del D. Lgs. 15 novembre 1993, n. 597); la TIA, cioè la tariffa che sostituisce la TARSU; il tributo ambientale delle Province, che è una sorta di addizionale alla TARSU/TIA, per un massimo del 5 % (art. 19 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504); e il tributo regionale per il conferimento dei rifiuti in discarica (art. 3, commi 24 e ss., della legge 28 dicembre 1995, n. 549)¹⁵.

In una diversa ottica, l'ambiente viene, inoltre, in rilievo con riferimento alle disposizioni fiscali di agevolazione degli investimenti ambientali.

In più occasioni, il legislatore italiano ha, invero, introdotto misure volte: a) a favorire le imprese che s'impegnino a ridurre l'impatto sull'ambiente dell'attività esercitata, realizzando investimenti funzionali a tale scopo; e, b) a sostenere la produzione di energie rinnovabili.

3. Le tasse sul paesaggio nell'esperienza federalista italiana

Il consolidamento normativo dell'equazione "paesaggio uguale ambiente", a suo tempo fissata dalla Corte Costituzionale, nel tempo, ha concorso ad accrescere i punti di incidenza tra fiscalità e tutela del paesaggio.

Nell'esperienza federalista italiana, prelievi destinati ad incidere sui possibili fruitori del paesaggio sono stati, ad esempio, introdotti dal Comune di Vernate e dal Comune di Positano.

Il primo, con Risoluzione del 12 aprile 2017, ha emanato un'ordinanza con cui ha introdotto una "tassa sul paesaggio" a carico di tutti i proprietari di residenze secondarie "panoramiche", in ragione dell'uno per mille del valore di stima immobiliare dell'ultima tassazione fiscale accertata, giustificando tale prelievo con la necessità di finanziare l'ampliamento delle scuole comunali.

Al riguardo, occorre, però, segnalare come il Municipio in esame, in realtà, non disponesse della base legale per dare effetto imperativo alla propria ordinanza, di guisa da aver dovuto affermare di confidare, piuttosto, «nello spirito integrativo che dovrebbe animare

le persone a cui l'esecutivo si rivolge», peraltro, sottolineando come l'adozione di siffatto prelievo facoltativo «possa essere un tema per la politica cantonale a favore dei Comuni che devono purtroppo subire una continua erosione della loro autonomia finanziaria».

Il secondo, con deliberazione del Consiglio Comunale n. 25 del 3 ottobre scorso, ha emanato un Regolamento con cui ha istituito una "tassa sul panorama" per lo sfruttamento a fini commerciali dell'immagine del proprio territorio.

Tale prelievo, di ammontare predeterminato, ha riguardo a tutte le immagini di Positano, quali, ad esempio, *book* fotografici di grandi aziende, pubblicità o lavorazioni di pellicole; oltre che alle riprese corrispondenti a matrimoni, ricorrenze o eventi privati.

Diversamente, sono esonerate dal pagamento le riprese con finalità editoriali relative a documentari televisivi, foto per giornali e riviste.

Più esattamente, il regolamento in esame impone a chiunque intenda effettuare riprese o servizi fotografici di presentare istanza di autorizzazione al Comune, almeno 30 giorni prima dell'inizio degli stessi. Detto termine è ridotto a 10 giorni per gli eventi privati, mentre, le richieste d'urgenza o pervenute oltre il termine stabilito, sono autorizzate con una maggiorazione del 50% del dovuto.

Le richiamate disposizioni bandiscono, anche, l'uso dei droni professionali, il cui utilizzo non è consentito, «eccetto in casi particolari» da sottoporre, preventivamente, «all'attenzione dall'amministrazione comunale».

Nel caso di specie, l'obiettivo dichiarato dall'Amministrazione comunale non è quello di fare cassa, quanto, piuttosto, di filtrare le operazioni commerciali legate al buon nome della cittadina, controllando, altresì, l'utilizzo del proprio territorio.

Si tratta, comunque, di esperienze limitate e, di fatto, insoddisfacenti, in parte svincolate dagli obiettivi perseguiti dalle principali politiche di sviluppo sostenibile, volte a minimizzare gli impatti ambientali e ad assicurare una gestione responsabile delle risorse naturali.

Prelievi analoghi sono stati, peraltro, introdotti anche in altri Stati europei. Il riferimento attiene, essenzialmente, all'esperienza portoghese.

Lo scorso anno, il Governo di questo Stato ha, invero, annunciato l'introduzione di una "tassa sul paesaggio" indicizzata rispetto al punto di vista di cui godono le abitazioni.

Tale prelievo, il cui ammontare avrebbe dovuto aumentare in proporzione all'intensità della luce naturale e della vista di cui beneficia ogni alloggio e decrescere per quelli situati nei piani più bassi o particolarmente esposti al rumore, è stato giustificato dai proponenti in virtù di una non meglio specificata esigenza di equità fiscale.

Non vi è chi non veda, tuttavia, come, di per sé,

dova, 2001, p.166-167.

¹⁴ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 395.

¹⁵ Cfr. S. CIPOLLINA, *op. cit.*, p. 5.

il panorama non produca reddito, di guisa che, in realtà, ad essere tassata sia il maggior valore che un immobile presenta in funzione della particolare vista di cui gode.

Un valore, si badi bene, meramente “figurativo”, per quegli immobili che, di fatto, non producano reddito in quanto adibiti ad abitazione dei relativi proprietari.

L’auspicio di chi scrive è, dunque, quello che, nei prossimi anni, l’attenzione del legislatore tributario si concentri più verso la tutela dei beni paesaggistici (anche attraverso la predisposizione di misure disincentivanti delle condotte pregiudizievoli), che non verso forme di tassazione, frequentemente, prive di un adeguato collegamento con l’effettiva capacità contributiva di chi è chiamato ad adempiere alla prestazione patrimoniale imposta.

Il patrimonio culturale e l'identità nazionale

sommario

1. Identità nazionale e separatismi. – 2. Identità nazionale e Costituzione. – 3. Il patrimonio culturale e l'identità nazionale.

1. Identità nazionale e separatismi

Sofferarsi sull'identità nazionale, nel tempo presente, potrebbe essere esercizio anacronistico.

Le pulsioni localistiche straripano ovunque. In Europa è paradigmatico il caso catalano, ma altri se ne potrebbero aggiungere, a partire da quello scozzese. Le ragioni della disaggregazione sono molteplici (economiche, storiche, linguistiche, sociali, identitarie) e variano da caso a caso. Sarebbe un errore confinare gli aneliti di separazione in un unico blocco monolitico. Tuttavia, se si guarda al numero di questi processi nel corso della storia europea degli ultimi secoli il dato sorprende; alla drastica riduzione che si è avuta a partire dal XIV secolo in poi, nel XX e XXI secolo è seguito un processo di segno opposto, essendosi quadruplicato il numero degli Stati. Nel 1951 alla Conferenza di San Francisco, convocata per la redazione della Carta delle Nazioni, erano 51 gli stati partecipanti: oggi l'Onu conta poco meno di 200 stati aderenti¹.

In Italia il separatismo non rappresenta una novità assoluta. Emblematica l'esperienza siciliana dopo la caduta del fascismo e prima dell'avvento della Repubblica. Essa fu "assorbita" mediante il riconoscimento di forme di autonomia speciale, poi implementate nella Carta costituzionale nel quadro più ampio della forma di stato regionale.

A settanta anni dall'entrata in vigore di questa può dirsi che nuovi accadimenti si sono innestati lungo questo solco: del tutto inediti e imprevedibili, secondo chi scrive. Basti pensare al fenomeno leghista fattosi largo in Lombardia e Veneto dagli anni '90 del secolo scorso, che stupisce trattandosi di due ambiti territoriali dove nel XIX secolo l'anelito patriottico fu più forte che altrove. Ma anche a sud va insinuandosi una corrente di pensiero secondo la quale l'unificazione d'Italia avrebbe pesantemente penalizzato il Mezzogiorno.

¹ Lo svolgimento è considerato tra gli altri da S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, il Mulino, Bologna, 2013, 15 e ss.

2. Identità nazionale e Costituzione

In questo contesto, sommariamente tratteggiato, il tema identitario assume un suo peso specifico specie se annodato ad alcuni principi fondamentali del nostro testo costituzionale.

Tra questi viene in rilievo l'art. 5. Esso, come noto, sancisce il principio autonomistico, che è alla base dell'articolazione dei poteri pubblici, ma la sua esplicazione non può che avvenire all'interno di una Repubblica "una e indivisibile", come opportunamente fissato dai nostri Costituenti².

Tuttavia, nella nostra Carta costituzionale non affiora mai, con una certa evidenza, il tema dell'identità nazionale. Eppure già l'art. 3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nel 1789 affermava che la sovranità appartiene alla Nazione da cui emanano tutti i poteri. Nazione che è stata intesa come entità collettiva a cui si appartiene perché accomunati da valori, ideali, legami di sangue e tradizioni comuni³. È stato affermato che "lo Stato può dirsi sovrano e quindi confrontabile con tutte le altre sovranità solo nel momento in cui riesce a esprimere un'identità nazionale"⁴.

Ancorché sia spesso sotteso ad alcune disposizioni, il lemma "nazione" viene adoperato poche volte nel testo costituzionale. Molto probabilmente non fu casuale il parco utilizzo, che contribuisce a segnare, unitamente ad altre componenti, una soluzione di continuità con l'esperienza del precedente regime fascista.

3. Il patrimonio culturale e l'identità nazionale

² In tema, da ultimo, S. STAIANO, *Costituzione italiana. Art. 5*, Carocci editore, 2017, segnala che "l'attuazione dell'articolo 5 della Costituzione è vicenda complessa e contrastata. Non si riesce ad "addomesticarla" disegnando un rassicurante sviluppo lineare. Spesso l'occhio dell'osservatore è ingannato: l'autonomia sembra un fiume che scorre dalla sorgente alla foce dentro l'alveo dell'unità della Repubblica. Essa è invece come un largo canale lagunare, che si muove alternativamente nei due sensi con l'andamento delle maree, sotto l'impulso gravitazionale del sistema dei partiti. In questi flussi e riflussi sono in gioco, per larga parte, la qualità e la sorte stessa della democrazia italiana".

³ Così in uno dei più diffusi manuali di diritto costituzionale R. BIN E G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, 17.

⁴ Così G. BERTI, *Sovranità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007, par. 5.

Tra le poche volte in cui si ricorre espressamente ad esso, la più significativa, probabilmente, è costituita dall'art. 9 della Costituzione, secondo il quale "1. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. 2. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione".

Ciò per un duplice ordine di ragioni.

La prima riguarda la collocazione di questo articolo tra i principi fondamentali della Carta: esso è intangibile per lo stesso potere di revisione costituzionale.

Deve orientare l'attività del legislatore, sottraendolo alla mutevolezza dell'indirizzo politico di maggioranza, e dell'interprete. Per quest'ultimo vale il criterio che tra due o più esegesi di una stessa disposizione deve essere privilegiata quella più coerente col principio fondamentale. Il paesaggio e i beni di interesse storico artistico sono parte integrante del patrimonio culturale della Nazione, considerato il legame tra primo e secondo comma dell'articolo 9, quasi in rapporto tra fine e mezzo. La "primarietà" del loro valore culturale esprime una gerarchia degli interessi costituzionalmente apprezzabili. La tutela di questo patrimonio, ad esempio, si distingue dalla funzione di governo del territorio, rispetto al quale risulta un limite e un valore sovraordinato con rilevanti implicazioni pratiche: la superiorità dei piani paesaggistici rispetto a quelli urbanistici, la subordinazione degli interventi edilizi ai titoli paesaggistici e via discorrendo.

Le due materie sono, dunque, concettualmente differenti ma, inevitabilmente, finiscono con l'interagire. E di questo anche i più recenti indirizzi legislativi costituiscono prova sicura. Per fare un solo esempio, i piani urbanistici adeguati a quelli paesaggistici fanno sì che il parere del Soprintendente non sia più vincolante (ma soltanto obbligatorio) per il rilascio da parte della Regione (o dell'ente da essa delegato) dell'autorizzazione paesaggistica, secondo la nuova visione offerta dal Codice dei beni culturali (art. 146).

Proprio il tema degli ambiti materiali è andato quanto complicandosi con la riforma del titolo V della parte II della Carta, ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, dal momento che la materia dei beni culturali è stata suddivisa tra la "tutela" affidata alla competenza esclusiva dello Stato e quella della "valorizzazione", di competenza concorrente (allo Stato spetta la determinazione dei principi fondamentali e alle regioni la disciplina di dettaglio). Le ulteriori incertezze che su questo versante sono andate configurandosi sono state in parte contenute con la scelta fatta dal legislatore sin dal 2004 con l'approvazione del codice, secondo il quale al segmento materiale della "tutela" vanno ascritte le funzioni e la disciplina delle attività dirette ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione; invece, alla valorizzazione sono riconducibili le funzioni e la disciplina delle attività dirette a promuovere la cono-

scenza del patrimonio culturale, oltre ad assicurarne le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica, comprendendo, in riferimento al paesaggio, la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati.

La seconda ragione è costituita dal fatto che l'art. 9, nel riferirsi alla Nazione, ha un significato giuridico qualitativamente diverso e superiore rispetto alle previsioni di cui agli articoli 67 e 98 della Costituzione.

Sul valore identitario della previsione dell'art. 9 non è superfluo rilevare che il lemma patrimonio deriva dal latino *patrimonium* (consegna dei padri). Evoca una eredità ricevuta dalle generazioni precedenti e da trasmettere alle generazioni future⁵. Si tratta di un insieme virtuale appartenente all'intera Nazione, in quanto tale assoggettato ad un regime pubblico particolare a garanzia di un interesse superiore all'economia proprietaria.

È significativo che il riferimento al patrimonio culturale preceda quello alla bandiera come simbolo dell'unità e dell'identità nazionale (art. 12).

Nella dimensione culturale si plasma la nostra identità nazionale, unitamente, come ovvio, ad altri formidabili fattori di integrazione: la lingua italiana, la religione cattolica, la letteratura e le arti figurative, il costume e la storia comune di oltre un secolo e mezzo⁶. Un'identità, dunque, che prescinde da connotazione etniche e razziali, giuridicamente precluse, tra l'altro, dall'art. 3 della Costituzione⁷. Nel momento in cui si scrive non è, forse, superflua questa precisazione, considerato il disordine concettuale e lessicale che inquina il già non limpidissimo dibattito politico.

L'incidenza del patrimonio culturale nella configurazione della identità italiana sicuramente prevalente rispetto all'esperienza di altri paesi. Non solo per la debolezza di altri fattori (si pensi alla storia patria certamente non paragonabile a quella ultra secolare di altri paesi come, ad esempio, tra quelli europei, la Francia e l'Inghilterra). Ma soprattutto per la dimensione qualitativa e qualitativa del nostro patrimonio culturale; "l'Italia è il risultato di una sintesi di cultura, stili di vita che non ha paralleli nella storia dell'uomo: terra di nascita della più importante civiltà del mondo antico euro-mediterraneo ed epicentro del cristianesimo, vale a dire della maggiore forza plasmatrice di tutto l'Occidente moderno"⁸.

Lasciando in disparte inafferrabili percentuali sulla quota di beni artistici esistenti in Italia rispetto a quel-

⁵ G. SEVERINI, *La tutela costituzionale del paesaggio. Art. 9*, consultabile anche in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶ L. PALADIN, *Valori nazionali e principio di unità della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Saggi di storia costituzionale*, a cura di Sergio Bartole, il Mulino, Bologna, 2008, 118.

⁷ Ancora L. PALADIN, *ibidem*, 116.

⁸ G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *rivistaaic.it*, n. 1/2017, 31

li dell'intero pianeta, è certo però che siamo il primo paese al mondo per numero di patrimoni dell'umanità sotto l'egida dell'UNESCO, ancorché sia condivisibile l'avviso di chi ritiene che la qualità costituisca il tratto distintivo del nostro patrimonio, data dalla "armoniosa integrazione città-campagna, patrimonio culturale-paesaggio, natura-cultura"⁹.

Di tutto ciò si mostra consapevole il legislatore. L'art. 1, c. 2, del Codice stabilisce che la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a promuovere lo sviluppo della cultura e concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio.

Si tratta di una traccia che va sapientemente sviluppata in qualsiasi contesto, specie nel settore dell'istruzione e della formazione. Ne va del nostro futuro.

⁹ S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione Cemento*, Torino, 2012, 84.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA NUOVA DISCIPLINA DELLE INTERCETTAZIONI.

Decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 162

di Giuseppe Sassone

DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO: UNA LEGGE ESTREMAMENTE COINVOLGENTE 173

di Teodora Scarfò

NOVITÀ
LEGISLATIVE



Giuseppe Sassone
Magistrato presso il Tribunale di Napoli

La nuova disciplina delle intercettazioni. *Decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216*

abstract

The Legislative Decree No. 216 of the 29th of December 2017, published on the Official Gazette No. 8 of the 11th of January 2018, modifies the discipline concerning wiretaps or eavesdropping: on one side it keeps confirming the essential function, on the other it goes to reinforce the protection of the secrecy of communications, but still guaranteeing the right of information. The main changes about the Legislative decree are the introduction of a new crime type that punishes whoever is spreading footage and recordings of fraudulent communications; the transformation of the discipline provided for in the code of criminal procedure to ensure the protection of the privacy of people, not only occasionally, involved in the interception of conversations and communications, replacing the outdated Institute of the hearing with a new mechanism of acquisition of the file of investigations, and at the same time introducing a special “reserved archive” for the preservation of the reports and the recordings; furthermore, the delegating legislator takes action, for the first time, to regulate the computer-detectors and introduces arrangements to simplify the conditions of using the interceptions regarding the most serious offences committed by the public officials against the public administration. The article analyses the key points of the reform, by focusing on the most problematic aspects of it.

keywords

Wiretaps or eavesdropping – Privacy – Trojan.

abstract

Il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, pubblicato in gazzetta ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2018, modifica la disciplina relativa alle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, da un lato confermandone la funzione essenziale, dall'altro rafforzando la tutela della segretezza delle comunicazioni pur garantendo il diritto di informazione. Le principali novità nel decreto legislativo riguardano l'introduzione di una nuova fattispecie criminosa che punisce chiunque diffonda riprese e registrazioni di comunicazioni fraudolente, la trasformazione della disciplina prevista dal codice di rito nel senso di garantire la tutela della sfera di riservatezza delle persone, non solo occasionalmente, coinvolte dalle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, sostituendo il superato istituto dell'udienza stralcio con un nuovo meccanismo di acquisizione delle captazioni al fascicolo delle indagini, ed introducendo al tempo stesso un apposito archivio riservato per la conservazione dei verbali e delle registrazioni; il legislatore delegato interviene, inoltre, per disciplinare, per la prima volta, il captatore informatico e introduce disposizioni per la semplificazione delle condizioni di impiego delle intercettazioni per i più gravi reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. L'articolo analizza i punti salienti della riforma soffermandosi sugli aspetti più problematici.

parole chiave

Intercettazioni telefoniche o ambientali – Riservatezza – Trojan.

sommario

Premessa. – **1.** Il nuovo reato di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente. – **2.** Le modifiche al codice di rito: la nuova disciplina sulla acquisizione e archiviazione del materiale intercettivo. – **2.1.** Le modalità

di esecuzione delle intercettazioni. – **2.2.** Il deposito del materiale intercettivo. – **2.3.** La nuova modalità di selezione del materiale intercettivo. – **3.** Il nuovo istituto dell'archivio riservato – **4.** La disciplina relativa al cd. captatore informatico. – **5.** Le disposizioni per la

semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Premessa

Tra i settori del nuovo codice che maggiormente hanno indotto il legislatore ad interventi correttivi rispetto all'originario impianto vi è sicuramente la normativa sulle intercettazioni, oggetto della novella contenuta nel decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, pubblicato in gazzetta ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2018, di cui qui si tenterà una prima lettura, analizzando brevemente tutte le novità introdotte sulla disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, sottolineandone i pregi ma allo stesso tempo non mancando di far emergere alcuni difetti, cercando di seguire, per quanto possibile, l'ordine stabilito dallo stesso legislatore delegato, nel tentativo di fornire uno strumento per gli operatori del diritto che dovranno misurarsi con la nuova disciplina, sebbene per la maggior parte delle modifiche è previsto un differimento di 180 giorni per l'entrata in vigore¹.

1. Il nuovo reato di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente

Tra le novità introdotte dal d.lgs. 216 del 2017 deve annoverarsi, innanzitutto, quella dell'articolo 1² che modifica il codice penale, inserendo – nel titolo relativo ai delitti contro la persona (titolo XII), nel capo dedicato ai delitti contro la libertà individuale (capo III) – l'articolo 617-septies c.p., che prevede il nuovo delitto di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente.

La nuova norma sanziona con la pena della reclusione fino a quattro anni, a querela della persona offesa, chiunque, al fine di recare danno all'altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione.

La *ratio* della nuova fattispecie di reato è quella di far fronte ai crescenti fenomeni di diffusione non autorizzata, soprattutto attraverso i canali dei social media, di contenuti audio-video che siano stati fraudolentemente raccolti.

A tal fine il legislatore ha tipizzato una fattispecie di reato a dolo specifico³, dal momento che è necessaria

¹ Nello specifico gli articoli 2, 3, 4, 5 e 7, cioè le disposizioni che riguardano la riservatezza delle comunicazioni e quelle concernenti la disciplina del captatore informatico.

² Peraltro, unica norma del decreto legislativo che sfugge al differimento temporale e, dunque, destinata ad entrare in vigore e ad essere applicata ai fatti commessi dopo il 26 gennaio 2018.

³ Invero, vi è chi sostiene che, nonostante l'articolo 617-septies c.p. presenti alcuni elementi specializzanti, che riguardano l'oggetto della tutela penale, le modalità di commissione del fatto, ed anche l'elemento soggettivo dell'autore della condotta illecita,

la volontà "di recare danno all'altrui reputazione o immagine" essenziale del soggetto che diffonde contenuti fraudolentemente captati.

Allo stesso tempo, ha previsto la esclusione della punibilità qualora la diffusione derivi, in via diretta ed immediata, dall'utilizzazione dei materiali audio-video in un procedimento amministrativo o giudiziario, esercitando quindi il diritto di difesa, nonché qualora la diffusione avvenga in esecuzione del diritto di cronaca. Non è, pertanto, considerata antigiusdittica la raccolta di materiale audio-video attraverso la registrazione di conversazioni a cui il soggetto che registra partecipa, e che poi venga prodotto in un giudizio o in contenuti giornalistici, mentre diventa incriminabile la condotta di chi diffonda "con qualsiasi mezzo" – anche telematico es. whatsapp o facebook – il contenuto della conversazione al solo fine di ledere la posizione della persona protagonista di tali registrazioni.

Vi è da chiedersi se la previsione di una causa di non punibilità strutturata in questo modo non sia solo una superfetazione legislativa. La diffusione di materiale intercettivo a fini dibattimentali o per soddisfare esigenze informative dovrebbe, infatti, fisiologicamente escludere la fraudolenza.

Il bene giuridico tutelato dalla norma è indubbiamente relativo ai diritti inviolabili di libertà e di segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione⁴, ma si estende anche ai beni dell'onore e della reputazione dei protagonisti della conversazione, di ogni genere e forma, i cui contenuti sono e devono intendersi destinati a rimanere tra i presenti, qualora non sia stato manifestato il consenso alla divulgazione⁵.

Nonostante l'indubbio merito di cercare di evitare che la diffusione illecita di conversazioni o comunicazioni private possa danneggiare l'immagine del protagonista, limitando la libera esplicazione della sua personalità – che trova fondamento nell'articolo 2 Cost. – all'interno comunità in cui vive, e compromettendo

questi non siano sufficienti a qualificare il dolo del soggetto agente come specifico, che peraltro richiede *standards* probatori più rigorosi. sul punto v. DAINELLI, *Il D.Lgs n. 216/2017 e il nuovo art. 617-septies c.p. Molto rumore per nulla?*, <https://www.diritto.it/d-lgs-n-2162017-art-617-septies-c-p-rumore-nulla/>, 24 gennaio 2018, p. 5. Tuttavia, ad opinione di chi scrive questa tesi non è condivisibile, del resto anche nella legge delega, articolo 1, comma 84, numero 5, lett. b), si legge un chiaro indirizzo nel senso del dolo specifico.

⁴ Questi diritti hanno indubbiamente copertura costituzionale nell'articolo 15, che ne permette la limitazione solo con atto motivato dell'autorità giudiziaria e con l'osservanza delle garanzie di legge.

⁵ Questa interpretazione sembra confermata anche dalla previsione della procedibilità a querela della persona offesa richiesta dall'articolo 617-septies c.p., che conferma come oggetto di tutela sia l'interesse del singolo al mantenimento del proprio onore e reputazione, evitandone la lesione a seguito di indebite e non autorizzate divulgazioni all'esterno delle manifestazioni private.

la reputazione di cui gode, la nuova norma incriminatrice solleva alcuni dubbi interpretativi.

Innanzitutto, vi sono già altre norme penali che tutelano i beni giuridici tutelati dall'articolo 617-*septies* c.p.

In particolare, l'articolo 595 c.p., che disciplina il reato di diffamazione, al comma 3 sanziona chiunque offende l'altrui reputazione con il mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero facendo ricorso ad un atto pubblico. Rispetto a questa norma, il nuovo articolo 617-*septies* c.p. sembrerebbe porsi in rapporto di specialità, dal momento che riprende gli elementi descritti dall'articolo 595 c.p., ma specificando le modalità di commissione del fatto tipico, e cioè gli atti esecutivi che concretamente devono essere posti in essere per connotare negativamente la condotta e l'elemento soggettivo dell'autore del fatto.

Inoltre, ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'articolo 617-*septies* c.p. è irrilevante la verità – o falsità – dei dati infamanti acquisiti con l'inganno, e successivamente divulgati, mentre la fattispecie di cui all'articolo 595 c.p. non si configura quando ad essere diffuse sono notizie veritiere, relative a fatti effettivamente accaduti nella realtà e correttamente rappresentate e divulgate, ma pur sempre idonee a ledere l'altrui reputazione. Tuttavia, affinché il fatto concreto rientri nell'ambito di applicazione della nuova fattispecie incriminatrice è necessario che le riprese audio o video di incontri privati o di registrazioni di conversazioni tra presenti siano state carpite fraudolentemente, e cioè con l'inganno⁶.

Ulteriore fattispecie incriminatrice con cui quella di cui all'articolo 617-*septies* c.p. presenta alcune affinità è il reato di interferenze illecite nella vita privata previsto dall'articolo 615-*bis* c.p., che tutela l'inviolabilità del domicilio attraverso il divieto di diffusione all'esterno delle manifestazioni del pensiero compiute in privato ovvero di notizie ed immagini riservate perché formate dalla persona offesa in luogo privato. In effetti, anche nella fattispecie prevista dall'articolo 617-*septies* c.p. la tutela della reputazione e dell'immagine passa attraverso la tutela della riservatezza e della privacy grazie al divieto di diffusione all'esterno, e senza il consenso dell'interessato, di registrazioni di

conversazioni, anche telefoniche e telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione.

Tuttavia, l'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 617-*septies* c.p. è più ampio rispetto a quello dell'articolo 615-*bis* c.p. Infatti, il reato di interferenze illecite è limitato alla diffusione delle immagini attinenti alla vita privata e delle notizie relative all'attività della persona offese in ambito domiciliare, mentre sono coinvolte dalla nuova fattispecie tutti i dati e le notizie captate attraverso riprese audio-video di incontri e conversazioni private.

Inoltre, l'articolo 615-*bis* c.p. non comprende tra le manifestazioni espressamente protette anche le intercettazioni di conversazioni telefoniche o telematiche, che avvengono al di fuori del domicilio in senso stretto, come invece fa l'articolo 617-*septies* c.p.

Entrambe le norme hanno carattere di specialità, ma quella con maggiori elementi di dettaglio è l'articolo 617-*septies* c.p. dal momento che, come si è detto, contiene una descrizione più specifica e completa di ciò che è vietato di diffondere e delle modalità, oltre ad una specificazione dell'elemento soggettivo dell'autore del reato volto a ledere l'altrui reputazione, che, invece, non è descritto dall'articolo 615-*bis* c.p.

Ne discende che l'ambito di applicazione della nuova fattispecie di reato è sicuramente diverso e più limitato rispetto a quello di altre norme che pure tutelano beni giuridici analoghi, ma ciò è coerente con la *ratio* propria dell'articolo 617-*septies* c.p. che, come si è detto, è volto a contrastare le condotte illecite di coloro che sfruttano le conversazioni e comunicazioni intercettate per danneggiare l'altra parte, anche tramite (e grazie) l'uso del web.

2. Le modifiche al codice di rito: la nuova disciplina sulla acquisizione e archiviazione del materiale intercettivo

Ulteriore novità riguarda l'inserimento, ad opera dell'articolo 2 del d.lgs., dell'articolo 268, comma 2-*bis*, c.p.p. che prescrive il divieto di trascrizione, anche sommaria, di tre tipologie di comunicazioni e conversazioni – pur senza prevedere una esplicita sanzione – al fine di garantire la riservatezza degli interlocutori⁷: quelle che sono irrilevanti per le indagini, quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge e quelle tra avvocato difensore e assistito che siano occasionalmente captate.

⁷ Nel d.lgs. non si fa riferimento ad un altro valore costituzionale che al pari della riservatezza dovrebbe trovare tutela: quello della segretezza. Invero, già all'indomani dell'emanazione della legge delega alcuni autori ne avevano rilevato l'assenza, sottolineando che non si sarebbe trattato di una inutile ripetizione in quanto la segretezza ha il merito di operare *ex ante* richiedendo la individuazione dei limiti e dei poteri di intercettazione, mentre la riservatezza interviene *ex post* per limitare la diffusione all'esterno delle conversazioni e comunicazioni intercettate. Sul punto v. Iasevoli, *Ancora abusi in materia di intercettazioni*, Dir. & Giust. Min., 3 aprile 2017, pag. 13.

⁶ A questo proposito si veda Dainelli, *Il D.Lgs n. 216/2017 e il nuovo art. 617-septies c.p. Molto rumore per nulla?*, <https://www.diritto.it/d-lgs-n-2162017-art-617-septies-c-p-rumore-nulla/>, 24 gennaio 2018, p. 6. L'autore precisa che le riprese audio o video degli incontri privati o le registrazioni di conversazioni tra presenti diffuse con l'inganno rappresentano corpo del reato e, sono, quindi, a norma dell'articolo 191 c.p.p. non utilizzabili nei confronti del soggetto passivo. Tuttavia, nulla è previsto circa la loro utilizzabilità in altro procedimento penale a carico della presunta vittima oppure per svolgere indagini nei confronti della persona abusivamente intercettata. Per questo l'autore auspica un intervento del legislatore volto a prevedere la inutilizzabilità patologica delle captazioni illecitamente captate e la conseguente distruzione.

Quanto alle prime, l'irrelevanza va valutata in relazione al contenuto della conversazione, che deve riguardare l'oggetto dell'indagine, ed in relazione agli interlocutori, che non devono essere estranei ai fatti per cui si procede. Tuttavia, è stato a ragione rilevato⁸ che questa categoria perde autonoma valenza orientativa dal momento che l'identità dei soggetti dialoganti non è sufficiente ad escludere la rilevanza dell'intercettazione. Infatti, fatta eccezione per i casi limite nei quali vi sia stato un errore nell'esecuzione delle operazioni o nell'individuazione del bersaglio, la rilevanza dell'intercettazione che coinvolge anche soggetti apparentemente estranei all'indagine può essere esclusa solo dopo uno specifico esame del suo reale contenuto, considerato che anche i soggetti non destinatari dell'investigazione, ma che con questi vengono in rapporti, possono fornire elementi di prova utili. Questa interpretazione sembra confermata dalla successiva previsione al comma 2-ter dell'articolo 268 c.p.p. della facoltà del pubblico ministero di disporre, con decreto motivato, la trascrizione nel verbale quando le ritiene rilevanti per i fatti oggetto di prova.

Anche nel caso in cui il contenuto dell'intercettazione riguardi i dati personali definiti sensibili ai sensi dell'articolo 4 comma 1 lett. d) d.lgs. 196 del 2003, il pubblico ministero, ritenendo rilevanti le comunicazioni o conversazioni intercettate rispetto all'oggetto dell'indagine e necessarie a fini di prova, può, con decreto motivato, disporre che siano trascritte nel verbale.

Per quanto riguarda le intercettazioni accidentali tra avvocato difensore e assistito, l'articolo 103, comma 5, c.p.p. prevedeva già il divieto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, nonché di quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite, con la conseguente inutilizzabilità delle intercettazioni effettuate in violazione del detto divieto, ai sensi del successivo comma 7.

La riforma inserisce, in fine, al predetto comma, un'ulteriore disposizione, estendendo il divieto di trascrizione, anche sommaria, alle conversazioni accidentali, cioè quelle conversazioni e comunicazioni intercettate occasionalmente⁹. In questo caso il divieto

⁸ Sul punto v. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, Dir. Pen. Con., 1/2018, p. 192.

⁹ La distinzione tra intercettazioni dirette, indirette ed occasionali è stata delineata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 390 del 2007 con riguardo alle intercettazioni che possono riguardare i parlamentari. Le prime sono quelle cui il parlamentare può essere sottoposto, sia come persona sottoposta alle indagini sia come persona offesa o informata sui fatti, su utenze o in luoghi che a lui appartengono o sono nella sua disponibilità. Le intercettazioni indirette, invece, sono quelle captazioni ottenute ponendo sotto controllo gli interlocutori abituali di un parlamentare, quando l'atto d'indagine è finalizzato, in concreto, ad accedere proprio ed anche nella sfera di comunicazione del parlamen-

te assoluto e non può essere superato da nessuna valutazione di rilevanza o di necessità ai fini della prova da parte del pubblico ministero¹⁰.

Ad un rafforzamento delle garanzie in materia di intercettazioni delle comunicazioni tra avvocato e assistito corrisponde un solo parziale rafforzamento della tutela dei soggetti non coinvolti nelle indagini e dei dati cd. sensibili. Ma, in un'ottica squisitamente investigativa non avrebbe potuto essere diversamente, infatti, prevedendo la esclusione automatica dei contenuti intercettivi irrilevanti per le indagini o che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, vi sarebbe stato un ingiustificato sacrificio della funzione di ricerca della prova ai fini di stabilire la verità processuale. Al contrario nel primo caso, il legislatore, operando un bilanciamento tra l'interesse di ricerca della prova e il diritto di difesa – peraltro sancito dall'articolo 24 Cost. – ha, giustamente, ritenuto prevalente il secondo e perciò ha previsto una limitazione più rigorosa.

2.1. Le modalità di esecuzione delle intercettazioni

Sotto il profilo della disciplina, l'ultima parte dell'articolo 267 c.p.p. prevede che, nei casi in cui la legge vieta la trascrizione anche sommaria, nel verbale delle operazioni siano indicate dalla polizia giudiziaria soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta. Questa previsione consente agli agenti addetti alla captazione delle comunicazioni e conversazioni di sottoporre al pubblico ministero l'esito delle intercettazioni sulle quali nutrono degli eventuali dubbi circa la rilevanza rispetto alle indagini, rimettendo la decisione al titolare delle stesse, senza riproporre il contenuto del dialogo.

Tuttavia, dal momento che la funzione dell'annotazione è quella di rimettere la decisione riguardo alla trascrizione al pubblico ministero, la polizia giudiziaria non potrà non fare riferimento agli argomenti spesi

tare. Secondo i giudici delle leggi, in applicazione della garanzia prevista dall'articolo 68 comma 3 Cost., sia le intercettazioni dirette che quelle indirette necessitano di essere preventivamente autorizzate a pena di inutilizzabilità. Mentre le intercettazioni casuali, proprio perché imprevedibili, non richiedono la preventiva autorizzazione della camera di appartenenza. (Per un'analisi della sentenza Zanon, *Il regime delle intercettazioni "indirette" e "occasionalmente" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=120&content_auth=Nicolò+Zanon, n. 23, dicembre 2007).

¹⁰ In questo senso la nuova disciplina rafforza la tutela della riservatezza delle comunicazioni tra avvocato-difensore e assistito, che se da un lato riceve ampio spazio legislativo, dall'altro è molto spesso messo da parte dall'interprete. Infatti, la giurisprudenza della corte di cassazione ritiene che non tutte le conversazioni intercorrenti tra difensore e assistito rientrino nel divieto di utilizzazione del combinato disposto degli articoli 103, comma 7, e 271 c.p.p., ma solo quelle che riguardano il mandato difensivo. Sul punto v. IASEVOLI, *Ancora abusi in materia di intercettazioni*, Dir. & Giust. Min., 3 aprile 2017, p. 16.

dai soggetti coinvolti nella conversazione, traducendosi in una trascrizione sommaria dell'intercettazione, pur con un diverso *nomen*, in evidente contrasto con il divieto previsto nella prima parte del comma 2-*bis* dell'articolo 267 c.p.p. Tra l'altro il legislatore non ha specificato il luogo di conservazione di tali annotazioni, infatti l'articolo 268, comma 4, c.p.p. richiama soltanto i verbali e le registrazioni tra gli atti che la polizia giudiziaria deve depositare immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga, e che confluiscono nell'archivio riservato di cui è custode il pubblico ministero¹¹.

Pertanto, la valutazione di rilevanza ai fini delle indagini delle comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-*bis* è rimessa innanzitutto agli agenti che stanno compiendo l'ascolto e ciò si giustifica in un'ottica di economia processuale che sarebbe sacrificata se dovesse essere il pubblico ministero a dover effettuare la valutazione per ogni comunicazione o conversazione intercettata di cui è fatto divieto di trascrizione, anche sommaria. La legalità processuale dovrebbe essere assicurata dalla previsione del dovere per l'agente in ascolto di comunicare al pubblico ministero, attraverso l'annotazione interlocutoria, gli eventuali casi in cui nutre un dubbio circa la rilevanza del contenuto delle intercettazioni rispetto all'oggetto dell'indagine. Inoltre, il pubblico ministero ha la facoltà, si è già detto, di disporre la trascrizione delle comunicazioni e conversazioni di cui al comma 2-*bis* dell'articolo 268 c.p.p. secondo quanto previsto dal comma 2-*ter* dello stesso articolo¹².

3.2. Il deposito del materiale intercettivo

La disciplina si completa con la previsione della modalità di deposito dei verbali e delle registrazioni. Il comma 4 dell'articolo 268 c.p.p., cui si è già fatto cenno, prevede che la polizia giudiziaria trasmetta al pubblico ministero, immediatamente¹³ dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle opera-

zioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga, i verbali e le registrazioni per la loro conservazione nell'archivio riservato. È evidente che gli atti relativi alle intercettazioni non confluiscono più nel fascicolo del pubblico ministero di cui all'articolo 373, comma 5, c.p.p., ma vengono custoditi separatamente.

Tuttavia, qualora la complessità delle indagini possa rendere difficile la prosecuzione delle operazioni, il pubblico ministero può disporre con decreto motivato il differimento della trasmissione dei verbali e delle registrazioni, relative a singoli frammenti di indagine già conclusi, consentendo all'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto di consultare le risultanze già acquisite, dettando contestualmente le prescrizioni per assicurare che venga mantenuto il segreto sul materiale non trasmesso.

In ogni caso, una volta avvenuta la trasmissione, il pubblico ministero dovrà a norma dell'articolo 268-*bis*, comma 1, c.p.p., entro cinque giorni provvedere al deposito delle annotazioni, dei verbali e delle registrazioni, unitamente ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, ed a formare l'elenco delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti a fini di prova. Comunque, il comma 3 del suddetto articolo prevede che il giudice per le indagini preliminari possa autorizzare il pubblico ministero a ritardare il momento del deposito, non oltre la chiusura delle indagini, se ne può derivare un pregiudizio grave per le indagini.

La disciplina è innovata sotto un duplice profilo: in primo luogo, unitamente ai verbali ed alle registrazioni devono essere depositate anche le annotazioni che, a norma dell'articolo 267, comma 4, c.p.p., la polizia giudiziaria trasmette al pubblico ministero per rimettere la valutazione di rilevanza di singole intercettazioni ai fini della successiva trascrizione. Il pubblico ministero è chiamato, inoltre, a formare l'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova, per fondare la successiva richiesta al giudice per le indagini preliminari di acquisizione al fascicolo delle indagini. Anche questa modifica è nel senso di abbandonare il previgente automatismo, in base al quale tutto il materiale risultato delle intercettazioni confluiva negli atti d'indagine, a favore di un nuovo meccanismo che prevede che soltanto ciò che assume rilievo per il procedimento vi rientra, rafforzando in questo modo le garanzie per assicurare la riservatezza.

Il comma 2 dell'articolo in parola, prevedendo che ai difensori delle parti, e quindi anche dell'eventuale persona offesa dal reato, è immediatamente dato avviso della facoltà di esaminare gli atti, di prendere visione dell'elenco di cui al comma 1, nonché di ascoltare le registrazioni – ma non di estrarne copia – e di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, ribadisce la funzione che l'onere di deposito in capo al pubblico ministero ha rispetto al

¹¹ Tuttavia parte della dottrina sostiene sulla base della lettura contestuale degli articoli 268-*bis*, comma 1, e 268-*quater*, comma 5, c.p.p. Il primo annovera le annotazioni tra gli atti che riguardano le intercettazioni che il pubblico ministero ha l'obbligo di depositare in segreteria entro 5 giorni dalla conclusione delle indagini, mentre il secondo prevede che gli atti e i verbali relativi a comunicazioni e conversazioni non acquisite sono immediatamente restituiti al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato di cui all'articolo 269, comma 1.

¹² Invero, alcuni autori ritengono che la facoltà del pubblico ministero di disporre la trascrizione nel verbale anche delle comunicazioni e conversazioni per le quali sussiste il divieto di cui al comma 2-*bis* dell'articolo 268 c.p.p. sia limitato a quelle per le quali la polizia giudiziaria nutre un dubbio di rilevanza e quindi abbia proceduto ad annotazione interlocutoria.

¹³ Nessuna sanzione è prevista nel caso in cui la trasmissione non avvenga subito dopo la scadenza del termine previsto dai provvedimenti di autorizzazione o di proroga per la conclusione delle indagini.

procedimento, cioè quella di consentire alle difese di prendere cognizione degli elementi di prova acquisiti dall'organo di accusa, con un'importante novità relativa alla facoltà di conoscere già in questa fase quali siano i flussi di comunicazioni e conversazioni che il pubblico ministero ritenga utili ai fini di prova.

Qualora manchi l'avviso di deposito da parte del pubblico ministero, dal momento che, come si vedrà subito, costituisce il termine entro il quale i difensori hanno facoltà di avanzare le proprie controdeduzioni, il termine non decorre e il giudice, eventualmente investito della richiesta del pubblico ministero a norma dell'articolo 268-ter, comma 2, c.p.p., dovrà restituire gli atti al pubblico ministero affinché provveda ai sensi dell'articolo 268-bis, comma 2, c.p.p.

2.3. La nuova modalità di selezione del materiale intercettivo

Altra importante novità introdotta dal legislatore è relativa al meccanismo di acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini a norma dei nuovi articoli 268-ter e 268-quater c.p.p., che sostituisce l'udienza di stralcio.

In primo luogo, l'articolo 268-ter c.p.p. introduce un doppio binario stabilendo che, nel caso in cui il materiale relativo alle intercettazioni rilevante venga utilizzato per fondare, nel corso delle indagini preliminari, l'adozione¹⁴ di un provvedimento cautelare¹⁵, sia direttamente il pubblico ministero a dover compiere la selezione di quello da utilizzare e quindi da inserire nel fascicolo delle attività di indagine¹⁶, salva la facoltà di

chiedere al giudice, nei termini e con le modalità previsti dallo stesso articolo 268-ter c.p.p., l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni reputati, per elementi sopravvenuti, non più rilevanti; mentre, in tutti gli altri casi, il pubblico ministero è tenuto a presentare al giudice, entro cinque giorni dal deposito delle intercettazioni, la richiesta di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche contenute nell'elenco formato al momento stesso del deposito a norma dell'articolo 268-ter c.p.p., dandone contestualmente notizia ai difensori, mediante apposita comunicazione.

Questi ultimi, entro 10 giorni dalla ricezione dell'avviso con il quale sono informati della possibilità di prendere visione e ascolto dell'intero materiale attinente alle intercettazioni di cui all'articolo 268-bis c.p.p., hanno facoltà di fare richiesta – depositandola nella segreteria del pubblico ministero che deve trasmetterla immediatamente al giudice – di acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, utili ai fini della difesa e non comprese nell'elenco formato dal pubblico ministero, ovvero di eliminazione di quelle, ivi indicate, inutilizzabili o di cui è vietata la trascrizione, anche sommaria, nel verbale. Tale termine può essere prorogato su richieste dei difensori dal giudice per le indagini preliminari per un periodo non superiore a dieci giorni, qualora lo rendano necessario la complessità del procedimento e il numero delle intercettazioni¹⁷.

registrazioni, ed utilizzarle per la proposizione di istanza di riesame o per altre richieste da presentare al giudice che ha adottato il provvedimento cautelare.

Inoltre, per garantire la trascrizione delle registrazioni, nonché l'eliminazione del materiale inutilizzabile in mancanza di un'istanza di riesame, si deve ritenere comunque possibile far ricorso alla procedura acquisitiva innanzi al giudice anche nel caso in cui sia stata adottata una misura cautelare a norma dell'articolo 268-ter, comma 3, c.p.p. con decorrenza del termine, non dall'avviso di deposito previsto dall'articolo 268-bis, comma 2, c.p.p., ma da quello di cui all'articolo 293, comma 3, c.p.p. e in questo caso gli atti trasmessi al giudice all'atto della richiesta cautelare sostituisce l'elenco delle intercettazioni rilevanti ai fini di prova.

Peraltro, nello stesso modo si dovrà procedere qualora sia il pubblico ministero a voler chiedere l'acquisizione di altri brani qualora la rilevanza sia emersa solo successivamente all'adozione del provvedimento cautelare, dovendo ritenere esaurito il potere del pubblico ministero di cui all'articolo 268-ter, comma 1, c.p.p. (Cfr. *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, DAVIDE PRETTI, *Diritto penale contemporaneo*, 1/2018, pag. 207 e ss.). Del resto, già l'articolo 1, comma 84, lett. a), n. 1 e 2, della legge con cui il parlamento delegava il governo ad adottare norme in materia di intercettazioni richiedeva al legislatore delegato di prestare attenzione ai diritti di difesa nella disciplina della selezione del materiale intercettato in sede di adozione di una misura cautelare.

¹⁷ Sul punto v. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, *Dir. Pen. Con.*, 1/2018, p. 201. L'autore ritiene che sarebbe stato opportuno prevedere il dovere di comunicazione al pubblico ministero del deposito della richiesta dal momento che l'istanza estende evidentemente la durata

¹⁴ Il riferimento all'adozione del provvedimento da parte del giudice non dà adito a quelle interpretazioni che in senso contrario ritengono che rientrino nell'ambito di applicazione dell'articolo 268-ter, comma 1, c.p.p. anche nei casi in cui il giudice per le indagini preliminari abbia rigettato la richiesta di adozione del provvedimento cautelare. Sul punto v. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, *Dir. Pen. Con.*, 1/2018, p. 205.

¹⁵ Le misure sono disposte su domanda del pubblico ministero, che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi i verbali delle operazioni di intercettazione, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti (articolo 291, comma 1, c.p.p.), con la possibilità che siano riprodotti i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate sia nella richiesta (articolo 291, comma 3, c.p.p.), sia nell'ordinanza di applicazione di una misura cautelare, quando è necessario per l'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi (articolo 292, comma 2-quater, c.p.p.).

¹⁶ Invero, è stato da qualcuno sottolineato che, dal momento che la difesa, ricevuta l'avviso di deposito dei provvedimenti cautelari e degli atti a supporto, ha la facoltà di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, nonché di trasferire su supporto idoneo le relative registrazioni, così come previsto dal novellato articolo 293, comma 3, c.p.p., vi sarebbe una compressione dei diritti della difesa se tale diritto rimanesse limitato ai brani utilizzati per l'adozione della misura cautelare e non si estendesse a tutto il materiale raccolto. Si deve dunque preferire l'interpretazione per la quale i difensori hanno diritto di copia limitato ai progressivi utilizzati per l'emissione del provvedimento cautelare, ma diritto di accedere a tutte le re-

Peraltro la comunicazione ai difensori della richiesta presentata al giudice ha una funzione meramente informativa e qualora manchi non è inficiata la validità della procedura, considerato che le difese possono comunque visionare gli atti, consultare le intercettazioni e depositare, nei termini di legge, le eventuali contro-richieste che il pubblico ministero avrà l'obbligo di trasmettere immediatamente al giudice.

Com'è evidente si instaura un contraddittorio cartolare volto a selezionare il materiale delle intercettazioni che andrà a confluire nel fascicolo delle indagini, all'esito del quale il numero delle conversazioni di cui si chiede l'acquisizione potrà essere maggiore o minore di quello previsto nella originaria richiesta del pubblico ministero, in ragione delle eventuali richieste dei difensori.

Questo nuovo meccanismo acquisitivo suscita alcune perplessità interpretative.

Innanzitutto, non precisa in quale momento del procedimento deve aprirsi la parentesi incidentale di acquisizione nel fascicolo delle indagini preliminari del materiale intercettato, creando alcuni problemi di coordinamento con l'istituto del deposito degli atti. Infatti, sebbene il secondo periodo del nuovo comma 4 dell'articolo 268 c.p.p. preveda la facoltà per il pubblico ministero di differire la trasmissione dei verbali e delle registrazioni in ragione della complessità delle indagini, così da permettere all'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto di consultare le risultanze già acquisite, la disciplina normale obbliga la polizia giudiziaria a trasmettere i verbali e le registrazioni immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga. La conseguenza è che se il pubblico ministero, ritenendo completate le operazioni nel loro complesso, non ritenga necessario richiedere il ritardato deposito, sarà tenuto ad attivare la procedura già nel corso delle indagini e, qualora si proceda a nuovi ascolti, dovrà riattivare il sub-procedimento di cui agli articoli 268-ter e 268-quater c.p.p. per ogni successivo deposito, con un considerevole aggravio per la procedura. Sarebbe stato forse più opportuno prevedere l'attivazione del suddetto meccanismo incidentale successivamente alla conclusione delle indagini preliminari, momento in cui il pubblico ministero ha davanti a sé tutte le risultanze d'indagine nel loro complesso e può valutarle ai fini della predisposizione dell'elenco dei progressivi rilevanti a fini di prova. Del resto, ciò avviene fisiologicamente nel caso in cui il pubblico ministero venga autorizzato dal giudice per le indagini preliminari a

della procedura incidentale di acquisizione, nella misura in cui i difensori potranno effettuare le loro richieste solo dopo che avranno potuto esaminare e prendere visione dell'elenco depositato dal pubblico ministero a norma dell'articolo 268-bis, comma 1, c.p.p., ed avranno potuto ascoltare le registrazioni e prendere visione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche.

differire il deposito degli atti relativi alle intercettazioni al momento della conclusione delle indagini preliminari. In questo caso, il deposito di tali atti avverrà contestualmente al deposito degli altri atti d'indagine al momento della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini a norma dell'articolo 415-bis c.p.p. e da questo momento decorrerà per il pubblico ministero il termine di cinque giorni per la richiesta di acquisizione delle comunicazioni e conversazioni intercettate, e consequenzialmente il termine di 10 giorni per le richieste della difesa. Nulla di diverso da quanto avviene già ora – e fino a che non entrerà in vigore la riforma – poiché in caso di ritardato deposito, gli atti relativi alle intercettazioni erano depositati contestualmente al resto degli atti d'indagine in quanto inclusi nel fascicolo di cui all'articolo 373, comma 5, c.p.p., l'elemento di novità è dato dal fatto che gli atti relativi alle intercettazioni, sebbene depositati contestualmente, assumono un carattere di autonomia rispetto agli altri atti di indagine, in quanto vengono conservati in un apposito archivio riservato e confluiscono nel fascicolo del pubblico ministero solo all'esito della procedura incidentale¹⁸.

Altro aspetto problematico riguarda la comunicazione ai difensori della presentazione della richiesta di acquisizione al giudice per le indagini preliminari. Infatti, la norma prevede genericamente che la comunicazione¹⁹ deve essere data ai difensori, tra questi sono compresi certamente anche quelli delle eventuali persone offese dal reato che hanno diritto a partecipare all'acquisizione al fascicolo delle intercettazioni utili in vista della tutela processuale della parte assistita. D'altronde, depone in questo senso anche il riferimento, altrettanto indistinto, ai difensori contenuto nell'articolo 268-quater, comma 2, c.p.p. nell'ambito dell'udienza fissata per la decisione. Quest'ampliamento del contraddittorio obbliga, peraltro, ad un'estensione al difensore della persona offesa anche del diritto all'avviso di deposito a norma dell'articolo 268-bis, comma 2, c.p.p. Questa è una novità dal momento che, se, come si è detto, il deposito avviene contestualmente al termine delle indagini, l'avviso sarà inserito in quello di conclusione delle stesse

¹⁸ Sul punto v. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, *Dir. Pen. Con.*, 1/2018, p. 199. L'autore, peraltro, rileva che lo svolgimento della procedura incidentale dopo la conclusione delle indagini non crea nessun contrasto con la sanzione dell'inutilizzabilità che la giurisprudenza tradizionalmente prevede per il caso in cui il pubblico ministero non depositi tutti gli atti d'indagine acquisiti contestualmente alla notifica dell'avviso di cui all'articolo 415-bis c.p.p. Infatti, il fatto che gli atti relativi alle intercettazioni confluiscono nel fascicolo delle indagini soltanto in seguito alla conclusione della procedura incidentale e quindi oltre la chiusura delle indagini preliminari, non sembra idonea a pregiudicare l'utilizzabilità delle intercettazioni, dal momento che la sanzione colpisce l'omesso deposito, senza richiede che quanto depositato sia già confluito nel fascicolo.

¹⁹ Che potrà avvenire a mezzo posta elettronica certificata.

a norma dell'articolo 415-*bis* c.p.p., che dovrà essere notificato anche al difensore della persona offesa dal reato²⁰.

La procedura di acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini si conclude, a norma dell'articolo 268-*quater* c.p.p., con la decisione del giudice per le indagini preliminari, cui deve provvedere, entro cinque giorni dalla presentazione delle richieste²¹, con ordinanza, emessa in camera di consiglio sulla base del contraddittorio cartolare fra le parti, disponendo l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, escludendo quelle manifestamente irrilevanti, e ordinando, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Occorre chiarire che il giudizio di manifesta irrilevanza si presenta necessariamente meno stringente rispetto a quello di rilevanza di cui al precedente articolo 268, commi 2-*bis* e 2-*ter*, c.p.p., e potrà riguardare esclusivamente quelle intercettazioni rispetto alle quali non sia stato introdotto alcun contraddittorio ovvero rispetto alle quali non sia stata chiesta l'esclusione dalla difesa, analogamente con quanto accadrà per lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Al contrario, sebbene la norma nulla dice a riguardo, nel caso in cui le difese dovessero richiedere l'eliminazione dei brani di cui è vietata la trascrizione, così come previsto dall'articolo 268-*ter*, comma 3, c.p.p., si deve ritenere che il giudizio non potrà essere limitato ai soli casi di manifesta irrilevanza, ma dovrà indagare i profili della rilevanza ai fini dell'indagine rispetto all'oggetto e ai soggetti coinvolti, nonché l'eventuale coinvolgimento

²⁰ La disciplina attuale, invece, prevede l'obbligo di notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari anche al difensore della persona offesa nei soli casi previsti dagli articoli 572 (Maltrattamenti contro familiari e conviventi) e 612-*bis* c.p. (Atti persecutori).

²¹ Sul punto v. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, *Dir. Pen. Con.*, 1/2018, p. 203, l'autore individua quella che secondo il suo parere è la corretta scansione temporale del procedimento incidentale: 1) avviso ai difensori di deposito degli atti presso la segreteria del pubblico ministero; 2) decorso di dieci giorni eventualmente prorogabili sino ad un massimo di altri dieci giorni; 3) decorso del termine dilatorio di cinque giorni; 4) decisione del giudice. Secondo chi scrive, infatti, sarebbe da scartare l'interpretazione secondo cui il termine di cinque giorni entro cui il giudice per le indagini preliminari deve decidere possa decorrere dal deposito della richiesta del pubblico ministero, considerato che, se così fosse, sarebbe consentito al giudice di provvedere ancor prima della scadenza del termine di dieci giorni concesso alla difesa per lo studio e l'analisi del materiale e per la effettuazione delle proprie richieste. Infatti, il pubblico ministero potrebbe presentare la propria richiesta, senza aspettare il termine di cinque giorni concesso dall'articolo 268-*quater*, comma 2, c.p.p., contestualmente al deposito degli atti ed al contestuale avviso alle difese, con la conseguenza che il termine concesso alla difesa e quello dilatorio per la decisione del giudice decorrerebbero contemporaneamente e permetterebbero a quest'ultimo di provvedere ben prima che questa abbia potuto avanzare proprie istanze nel termine che le è concesso.

di dati personali definiti sensibili dalla legge conformemente a quanto previsto dall'articolo 268, comma 2-*bis*, c.p.p.

La norma prevede, inoltre, la possibilità per il giudice, se ne ravvisa la necessità in ragione del numero e della complessità delle richieste di parte, di fissare un'udienza per il quinto giorno successivo alla scadenza del termine indicato al comma 1 dell'articolo 268-*quater* c.p.p., riservata al pubblico ministero e ai soli difensori, per provvedere all'acquisizione e al contestuale stralcio delle comunicazioni irrilevanti e inutilizzabili.

Con la pronuncia dell'ordinanza, gli atti ed i verbali oggetto di acquisizione confluiscono nel fascicolo del pubblico ministero, venendo così meno il segreto relativo alle intercettazioni acquisite e il difensore, che fino a questo momento poteva solo *ascoltarne* il contenuto o prendere *visione* delle relative trascrizioni, ha la facoltà di ottenere anche il rilascio di relative copie. La documentazione non acquisita, invece, è immediatamente restituita al pubblico ministero per la sua conservazione nell'archivio riservato, accessibile solo al pubblico ministero e ai difensori, nonché al giudice per le indagini preliminari.

La nuova procedura acquisitiva, insieme all'archivio riservato di cui si parlerà nel prossimo paragrafo, è rivolta a rafforzare la riservatezza – ed anche la segretezza, sebbene la norma non vi faccia riferimento – del materiale intercettivo, ma solo la sua applicazione ci dirà se si rivelerà all'altezza del delicato compito, o se invece i problemi di cui si è parlato renderanno vano l'intervento di riforma.

3. Il nuovo istituto dell'archivio riservato

Per completare l'opera di consolidamento della garanzia della riservatezza delle informazioni, soprattutto di quelle delle persone estranee al procedimento è stato istituito, presso l'ufficio del pubblico ministero, l'archivio riservato. In questo luogo, a norma dell'articolo 89-*bis* disp. att. c.p.p., viene conservato il materiale relativo alle intercettazioni in attesa della scelta di quello che sarà acquisito nel fascicolo delle indagini, nonché di quello scartato in quanto irrilevante o non utilizzabile, al fine di tutelarne la segretezza, e qui sono conservate fino alla sentenza non più impugnabile.

In ogni caso, al giudice per le indagini preliminari e ai difensori dell'imputato per l'esercizio dei loro diritti e facoltà è consentito l'accesso all'archivio e l'ascolto delle conversazioni o comunicazioni registrate.

La tutela è rafforzata anche dall'estensione del segreto alle richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti d'indagine e degli atti del giudice a norma dell'articolo 329, comma 1, c.p.p.

Inoltre, si è già detto che non sono più coperti da segreto i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo delle indagini preliminari.

Il legislatore delegato è intervenuto anche sul fronte del divieto di pubblicazione degli atti del procedimento (c.d. segreto esterno). L'articolo 114, comma 2, c.p.p., infatti, non prevede il divieto di pubblicazione per l'ordinanza applicativa di una misura cautelare, ampliando il flusso di informazioni e notizie a disposizione dell'opinione pubblica.

4. La disciplina relativa al cd. captatore informatico

Ancora, l'articolo 4 del d.lgs., modificando gli articoli 266, 267, 268, 270 e 271 del codice di rito, ridisegna la disciplina relativa alle intercettazioni mediante inserimento di captatori informatici – di cui non viene fornita la definizione²² – limitando la inoculazione ai soli dispositivi elettronici portatili ed usati esclusivamente come strumento per effettuare intercettazioni ambientali. Il loro utilizzo, per i delitti previsti all'articolo 51, comma 3-bis e quater, c.p.p. (reati associativi e con finalità di terrorismo) sarà sempre consentito senza alcuna limitazione, mentre per gli altri reati di cui all'articolo 266 c.p.p. (ovverosia tutti quei reati per cui sono ammesse le intercettazioni), l'utilizzo dei captatori nei luoghi di privata dimora (articolo 614 c.p.) sarà consentito solo se vi è fondato motivo di ritenere che in questo luogo si stia svolgendo l'attività criminosa ed il giudice, nel decreto autorizzativo, dovrà indicare i luoghi ed il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono da remoto.

Da un lato sembra esserci un passo indietro del legislatore che limita la possibilità di intercettare comunicazioni e conversazioni nei luoghi di privata dimora mediante l'impiego del c.d. *trojan* senza l'obbligo di dettagliare, con decreto, tempo e luogo di attivazione del captatore, ai soli casi in cui si proceda per reati associativi o con finalità di terrorismo, mentre in tutti gli altri casi in cui sono ammesse le intercettazioni a norma dell'articolo 266 c.p.p. il ricorso al captatore informatico è subordinato ad una previa valutazione del giudice circa la concreta probabilità che nel luogo di privata dimora si stia svolgendo un'attività illecita. Tuttavia, con la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (1 luglio 2016, n. 26889) gli Ermellini avevano ammesso che fosse legittimo ricorrere all'uso dei trojan nei luoghi di dimora privata anche qualora non fosse in corso un'attività criminosa, senza porre alcuna limitazione in ragione del reato per cui si procede²³.

²² Mentre è rimesso ad un decreto del Ministero di Giustizia, da emanare entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto legislativo (cioè entro il 25 febbraio 2018), il compito di precisare le specifiche tecniche dei programmi informatici funzionali all'esecuzione delle intercettazioni mediante captatore. L'intera disciplina troverà applicazione 180 giorni dopo l'entrata in vigore del decreto stesso (cioè a partire dal 26 luglio 2018).

²³ Invero, i giudici di legittimità precisano che se “è legittimo nutrire preoccupazioni per le accresciute potenzialità scrutatrici ed acquisitive dei virus informatici, suscettibili di ledere riservatez-

Dall'altro sembra che il legislatore abbia in realtà dettato una disciplina particolarmente invasiva della privacy degli indagati²⁴, il cui efficiente impiego risulterà probabilmente parziale e complesso.

La nuova disciplina, nel circoscrivere l'attivazione del microfono del captatore solo in determinate circostanze di tempo e di luogo, richiedendo che siano previamente determinate, anche indirettamente, e riportate nel decreto di autorizzazione, riduce la sua portata acquisitiva a causa della difficoltà di determinare preventivamente le opportune circostanze, ragioni e modalità, per l'esecuzione dell'intercettazione²⁵. Sebbene tale disposizione sia necessaria a garantire una forma di tutela dei diritti e delle libertà dell'individuo, dovrà essere applicata razionalmente ed opportunamente, per evitare l'inutilità dello strumento e l'inutilizzabilità degli esiti dell'indagine.

Peraltro, da un punto di vista squisitamente tecnico la autorizzazione definita con decreto diviene una mera operazione preliminare, dal momento che la fase di utilizzo dello stesso a scopo intercettivo è spostata in avanti rispetto all'inserimento del captatore sul dispo-

za, dignità e libertà delle persone” è anche necessario riconoscere che “è del pari legittimo ricordare che solo siffatti strumenti sono oggi in grado di penetrare canali criminali di comunicazione o di scambio di informazioni utilizzati per la commissione di gravissimi reati contro le persone”.

²⁴ Peraltro, l'atipico e complesso funzionamento del *trojan* non consente di valutare la effettiva lesione dei diritti costituzionali che tutelano la riservatezza e la privacy, vendendo in rilievo il domicilio informatico, anziché quello fisico, che comporta la indiretta violazione di altri. Il rimedio cui si può far ricorso è innanzitutto quello della inutilizzabilità, prevista dall'articolo 191 c.p.p., delle fonti di prova ottenute facendo ricorso a funzioni altre e diverse rispetto a quelle che la legge prevede ed autorizza. Ma, è auspicabile un intervento della Corte di cassazione e di quella costituzionale al fine di ottenere una lettura delle norme che disciplinano i trojan non solo conforme alle libertà costituzionali – articoli 14, 15 e 16 Cost. – ma anche alle norme di diritto sovranazionale – articoli 7 e 8 CEDU (che proteggono *privacy* e *data protection*). Sul punto v. *Senor, Come funzionano i trojan di Stato*, www.altalex.com/documents/news/2018/01/22/come-funzionano-i-trojan-di-stato, 22 gennaio 2018.

²⁵ Quelli di tempo e luogo sono concetti difficilmente adattabili ai sistemi di comunicazione virtuali, e che probabilmente il legislatore non ne ha tenuto conto facendo ricorso, in riferimento ai luoghi ed al tempo, alla locuzione, “anche indirettamente determinati”. Invero, con la sentenza n. 26889 del 28 aprile 2016, Scurato, le Sezioni Unite della cassazione chiamate a pronunciarsi sulla questione relativa al fatto che, se il programma è installato in un dispositivo portatile, le intercettazioni possono avvenire in qualsiasi luogo questo sia portato, dunque anche in un domicilio, avevano ritenuto di non condividere l'indirizzo di una parte della giurisprudenza che considera legittima l'intercettazione solo se nel relativo decreto autorizzativo sono individuati con precisione i luoghi in cui svolgere tale attività captativa. Peraltro, gli Ermellini precisano che l'indicazione del luogo non è requisito di legittimità del provvedimento, ritenendo necessaria la specificazione del dove solo quando l'intercettazione avviene in uno dei luoghi di cui all'articolo 614 c.p. Del resto, anche il legislatore utilizzando la locuzione “tra presenti” non richiede una specificazione del luogo in cui devono avvenire le registrazioni.

sitivo, con la conseguenza che i due momenti risultano sganciati l'uno dall'altro.

Ulteriore aspetto problematico riguarda le concrete modalità di ascolto e i soggetti delegati allo stesso. Infatti, il d.lgs. ha introdotto, in fine all'articolo 268, comma 3-*bis*, c.p.p. – che, per le intercettazioni informatiche o telematiche, prevede possano essere utilizzati anche impianti appartenenti a privati – una disposizione che autorizza gli ufficiali di polizia giudiziaria ad impiegare, per le operazioni relative alle registrazioni con captatore, persone dotate di specifiche competenze tecniche ai sensi dell'articolo 348, comma 4, c.p.p., senza chiarire se questi possono anche avvalersi dei propri impianti o debbano far esclusivo utilizzo di quelli della Procura.

Alla luce di quanto previsto dal novellato articolo 89, comma 2-*ter*, disp. att., c.p.p. – che prevede che le comunicazioni intercettate vengano trasferite agli impianti della Procura, previa verifica delle condizioni di sicurezza e affidabilità della rete ed assicurando controlli di integrità tra quanto intercettato e quanto trasmesso, salvo che sia impossibile, dando conto a verbale, in questo caso, delle ragioni tecniche impeditive e della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate – sembra che la norma permetta la utilizzazione da parte di soggetti privati dei propri apparecchi di captazione, con la conseguenza che sono ridotti ancor di più gli spazi di riservatezza e privacy dei soggetti ascoltati.

Ancora una volta il legislatore dimostra tutte le sue buone intenzioni, cercando di accrescere le tutele di segretezza e riservatezza, ma l'uso maldestro dello strumento legislativo non dà garanzie di certezza dell'efficacia delle nuove norme.

5. Le disposizioni per la semplificazione delle condizioni per l'impiego delle intercettazioni nei procedimenti per i più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione

Infine, l'articolo 6 del d.lgs. pone il fine più apprezzabile della riforma, cioè quello di semplificare le condizioni per l'utilizzazione delle intercettazioni nell'ambito di reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione – particolarmente sentiti dall'opinione pubblica – difficili da perseguire a causa della partecipazione all'accordo criminoso se non a costo di sacrificare l'altrui segretezza delle comunicazioni.

Per questa ragione, il legislatore ha equiparato la disciplina in tema di captazioni occulte dei reati commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione a quella tipica dei reati di criminalità organizzata e terrorismo, disponendo che questi delitti siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 c.p.p., e prevedendo l'applicazione delle disposizioni relative alle intercettazioni in materia di

criminalità organizzata²⁶, che trova completa applicazione.

La disciplina speciale dettata per i reati di criminalità organizzata detta diverse deroghe alla disciplina ordinaria. Innanzitutto, prevede un'attenuazione dei requisiti per ottenere l'autorizzazione alle operazioni, in quanto non sono necessari i gravi indizi di reato e nemmeno l'indispensabilità del ricorso alle intercettazioni, bensì sono sufficienti indizi di reato e la mera necessità del mezzo captativo. Inoltre, è prevista la facoltà dell'ufficiale di polizia giudiziaria delegato all'ascolto di farsi coadiuvare da altri agenti di polizia giudiziaria. Ancora, per quanto riguarda la durata delle operazioni questa non può superare i quaranta giorni, anziché il termine ordinario di quindici giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di venti giorni, se persistano i presupposti applicativi. Per di più, nei casi di urgenza, alla proroga può provvedere direttamente il pubblico ministero, in base a quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 267 c.p.p.

Ancora, altro elemento derogatorio concerne le disposizioni relative alla disciplina delle intercettazioni tra presenti: infatti, è possibile procedere agli ascolti delle conversazioni che avvengono, a commento di altri incontri o conversazioni difficilmente monitorabili, nei luoghi di lavoro privati o addirittura nelle abitazioni anche quando non vi sia fondato motivo di ritenere che in quel luogo si stia svolgendo un'attività criminosa. E, dunque, la riforma estende questa possibilità anche per i reati di pubblica amministrazione, ma il comma 2 dell'articolo 6 del d.lgs. prevede un limite, nel senso che l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 c.p. non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa. Di fatto il legislatore ha introdotto una deroga alla deroga, disciplinando un tipo di intercettazioni "misto"²⁷.

Ricapitolando: la disciplina concretamente applicabile in materia di più gravi reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione alle intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora può essere

²⁶ Di cui all'articolo 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 20398.

²⁷ Invero, non manca chi ritiene che tale disciplina a mezza via, valevole, come si è appena visto per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione possa essere estesa anche alle attività investigative a carico di un'associazione per delinquere seppur diversa da quelle richiamate all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., per le quali infatti, da un lato, trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 13 del citato d.l. n. 152/1991 in forza di quanto indicato da Cass., sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889100, ma dall'altro non si applica la disciplina del nuovo comma 2-*bis* dell'articolo 266 c.p.p. che fa esclusivo richiamo al solo art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p.

liberamente eseguita utilizzando le tipiche forme di captazione pur quando non vi sono fondati motivi di ritenere che in quei luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa, mentre questi devono sussistere se si intenda procedere all'ascolto mediante l'attivazione del microfono di un dispositivo elettrico portatile, anche in questo caso l'intento del legislatore è apprezzabile, ma bisognerà verificare che la prassi applicativa non ne pregiudicherà il raggiungimento.

NOVITÀ LEGISLATIVA

Teodora Scarfò
Notaio

Disposizioni anticipate di trattamento: una legge estremamente coinvolgente

abstract

L'entrée en vigueur de la Loi 219 du 2017 configure l'épilogue et la synthèse d'un complexe débat étique et juridique sur les problématiques de fin de vie. En faite la loi trace les lignes directrices de la relation médecin-patient, qui part du consensus informé dans le contexte des traitements sanitaires et se concretise dans la planification des soins en tant que stratégie partagé entre médecin et patient. Emotionnellement on pense aux directives que l'individue peut donner dans le cas ou il perd la capacité de décider pour lui meme, dans la réalité ils existent nombreuses circonstances dans lesquelles la volonté de l'individue est importante dans les choix relatifs au droit constitutionnent garanti à la santé, compris comme le droit à la vie en santé. La loi régle le consensus informé, les directives anticipés de soin, la planification partagé des soins et le role du tuteur, designé pour faire la volonté du patient inconscient. Les réflexions sur les données normatives veulent souligner l'importance de la cooperation entre médecin et notaire afin de l'effective réalisation des fins poursuivis par la Loi.

mots clés

Directives anticipées. – Consensus informé – Tuteur.

abstract

L'entrata in vigore della L. 219 del 2017 è l'epilogo e la sintesi di un complesso dibattito etico e giuridico sulle problematiche del fine vita. La legge in realtà traccia in maniera ampia le linee guida del rapporto medico – paziente, che parte dal consenso informato nell'imminenza dei trattamenti sanitari e può giungere a concretizzarsi nella pianificazione delle cure come strategia condivisa tra ammalato e medico curante. Emotivamente il pensiero va alle disposizioni che la persona può dare per il caso in cui perda la capacità di poter decidere, ma in realtà sono molteplici le circostanze in cui la volontà della persona deve avere rilevanza nelle scelte attinenti il diritto costituzionalmente garantito alla salute inteso come diritto alla vita in salute. La legge regola il consenso informato, contenuti e forma delle disposizioni anticipate di trattamento, la pianificazione condivisa delle cure e la figura del fiduciario, soggetto destinato a supplire la volontà dell'ammalato privo di coscienza. Le brevi riflessioni sul dato normativo vogliono soprattutto porre in risalto l'importanza della cooperazione tra il medico ed il notaio per l'effettiva realizzazione degli scopi perseguiti dalla legge

parole chiave

D.A.T. – Consenso informato – Fiduciario.

sommario

1. Il panorama precedente e l'art. 32 della Costituzione. – **2.** La legge 22 dicembre 2017 n. 219. La centralità del consenso informato. – **3.** Il trattamento del fine vita. La dolce morte. – **4.** Minori e incapaci. – **5.** Le disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.). – **6.** In particolare la forma delle D.A.T. – **7.** La pianificazione condivisa delle cure. Le disposizioni transitorie.

La clausola di invarianza finanziaria. – **8.** Considerazioni conclusive: l'alleanza medico-notaio e il delicato problema dell'obiezione di coscienza.

1. Il panorama precedente e l'art. 32 della Costituzione

Un decennio fa ebbi modo di occuparmi in occasione di un convegno su Notai e Costituzione delle

disposizioni di fine vita alla luce dell'art. 32 della Costituzione¹.

Già allora era urgente trovare un punto di equilibrio tra le esigenze del singolo e quelle della collettività nella tutela della salute sotto il delicato profilo della possibilità di scelta individuale circa l'assoggettamento o meno a trattamenti sanitari di contrasto al fine vita. Diritto alla salute significa diritto alla vita in salute e da questa apparentemente banale puntualizzazione nasce sul piano dell'etica il conflitto tra l'interesse del singolo a realizzare il suo progetto di vita secondo le proprie visioni e convinzioni e l'interesse della collettività a vedere affermati e salvaguardati valori che trascendono l'interesse del singolo perché diretti a proteggere identità culturali e religiose, principi di ordine pubblico e sicurezza sociale.

Essendo questione di carattere profondamente etico non poteva non essere all'attenzione di intellettuali appartenenti alle più disparate aree del sapere: giuristi, medici, filosofi, esponenti laici e non del mondo cattolico, ma anche all'attenzione del pubblico per casi di vita vissuta di estrema drammaticità, dai casi Englaro e Welby al caso di DJ Fabo con il processo a Cappato, fino allo straziante video di addio di Marina Ripa di Meana.

Nonostante da quel convegno e da quella relazione emergessero posizioni dottrinali e giurisprudenziali assai avanzate, sono passati quasi dieci anni prima che potesse vedere la luce nel nostro ordinamento la L. n. 219 del 2017 contenente la regolamentazione delle c.d. DAT (Disposizioni Anticipate di Trattamento). Eppure già dal testo dell'art. 32 della Costituzione era evidente un anello mancante tra diritto costituzionalmente garantito alla salute e concreta possibilità di realizzazione al momento di decidere della propria sorte. Il diritto a scegliere e decidere della propria vita è da sempre contenuto nel secondo comma dell'art. 32 secondo il quale "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana."

In un mondo nel quale la scienza e la tecnologia hanno il sopravvento su altri elementi che possono contribuire a decidere della vita e della natura è fondamentale stabilire quali siano i limiti morali al loro utilizzo. La norma costituzionale è estremamente moderna poiché coglie con sensibilità l'impossibilità di imporre, se non per ragioni attentamente valutate dalla legge, trattamenti sanitari non desiderati dalla persona e poiché pone un limite ulteriore alla legge stessa stabilendo che mai l'imposizione di un determinato trattamento sanitario possa violare il rispetto della persona umana. Quindi un importante e fondamentale

argine all'intervento della scienza è proprio la volontà del soggetto che deve subire il trattamento sanitario. La Costituzione ha colto e spinto il cambiamento del rapporto medico-paziente nella realtà contemporanea, consentendo un rimedio all'asimmetria conoscitiva e decisionale che in passato lo aveva caratterizzato. È interessante sottolineare che il consenso informato, oggi alla base del moderno rapporto medico – paziente, è stato introdotto ufficialmente nel panorama medico legale da una sentenza di un tribunale americano del 1957, successiva quindi di quasi un decennio alla nostra norma costituzionale. In fondo quando l'art. 32 ci dice che nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario non fa altro che imporre al medico un obbligo di informazione del paziente ed offrire al paziente la possibilità di rifiutare in maniera consapevole una cura o di scegliere consapevolmente tra più cure.

L'accoglimento nel nostro ordinamento del "principio personalistico", ossia del principio che riconosce centralità alla libera determinazione del paziente nell'assoggettarsi a cure sanitarie, era già riconoscibile in varie norme, come per esempio quelle che condizionano a determinate procedure i trattamenti sanitari obbligatori per le persone affette da patologie psichiatriche, l'art. 1 della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale 23 dicembre 1978 n. 833, secondo il quale "La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana.", l'art. 33 della medesima legge secondo il quale "Gli accertamenti ed i trattamenti sanitari sono di norma volontari", nelle norme sulla fecondazione assistita e sulla donazione di organi. Il principio personalistico è inoltre presente in altre disposizioni contenute in trattati internazionali recepiti nel nostro ordinamento: la Costituzione europea (ratificata con la legge 7 aprile 2005 n. 57), la quale all'art. II-63, comma 2°, stabilisce che "nell'ambito della medicina deve essere rispettato il consenso libero e informato della persona interessata secondo le modalità definite dalla legge", e la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina (Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e recepita nella L. 28 marzo 2001 n. 145), la quale all'art. 5, comma 1, prevede che un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona abbia dato consenso libero e informato; all'art. 9 ("Desideri precedentemente espressi") dispone: "I desideri precedentemente espressi a proposito di un intervento medico da parte di un paziente che, al momento dell'intervento, non è in grado di esprimere la sua volontà saranno tenuti in considerazione."; ed all'art. 6 ("Protezione delle persone che non hanno la capacità di dare consenso") stabilisce che "... un intervento non può essere effettuato su una persona che non ha capacità di dare consenso, se non per un diretto beneficio

¹ *Il diritto alla salute: il notaio custode della voce di chi non ha più voce* in "Atti del Convegno Notai e Costituzione, 60° Anniversario della Costituzione Repubblicana" Napoli 12.12.2008, pubblicati in Quaderni, n. 24 IPSOA Milano, 2010, p. 99.

della stessa.” La convenzione già prevedeva inoltre che il consenso potesse essere prestato dal legale rappresentante.

Quindi già prima della L. 219/2017 poteva in definitiva affermarsi l'estrema ed imprescindibile rilevanza del consenso del paziente ai trattamenti sanitari da subire, alla luce sia delle norme innanzi richiamate, sia delle posizioni assunte in materia dalla giurisprudenza della Cassazione², sia delle norme del Codice di Deontologia Medica, che all'art. 35 (“Acquisizione del consenso”) dispone: “Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente”, ed all'art. 37 (“Autonomia del cittadino e direttive anticipate”) afferma: “Il medico deve attenersi, nell'ambito della autonomia e indipendenza che caratterizza la professione, alla volontà liberamente espressa della persona di curarsi e deve agire nel rispetto della dignità, della libertà e autonomia della stessa. [...] Il medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve tenere conto nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato”.

2. La legge 22 dicembre 2017 n. 219. La centralità del consenso informato

La L. 219/2017 può essere definita il raccoglitore e la sintesi di quanto maturato in ambienti scientifici e giuridici nel corso degli anni, il decennio di cui parlavo in principio. Le regole che essa pone sono già presenti nella storia che la precede ed era comunque già prima convincimento diffuso che si potesse redigere il c.d. testamento biologico, tanto che con norma transitoria si stabilisce la salvezza di tutti gli atti precedentemente compiuti che rispettino i requisiti previsti dalla nuova legge.

La prima parte, gli articoli 1 e 2, contempla gli scopi della nuova normativa, inquadra il sistema del rapporto medico – paziente e ne fissa i cardini guardando alla fase in cui il malato è già tale a pieno titolo con l'instaurazione del rapporto di cura.

L'art. 1 della legge dà conto del legame diretto tra la legge e le norme fondamentali dell'ordinamento italiano ed europeo (artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, art. 1, 2 e 3 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea) e fissa immediatamente il suo scopo nella tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, il cui principale corollario risiede nel divieto di iniziare e proseguire trattamenti sanitari in assenza del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge.

La nuova normativa afferma quindi ancora una volta come il cardine intorno al quale ruota il rappor-

to medico-paziente nella società contemporanea sia il principio dell'acquisizione del consenso informato alle terapie. Tuttavia tale cardine sembra uscire dalla legge ulteriormente rafforzato in quanto è sancito un vero e proprio diritto a conoscere le proprie condizioni di salute ed a conoscerle anche in termini comprensibili, quindi impone al medico, ed al personale sanitario in genere, uno sforzo di adattamento alle capacità cognitive del paziente. L'informazione deve inoltre essere completa e costantemente aggiornata in tutte le fasi della malattia e deve riguardare non solo la diagnosi, la prognosi, i benefici ed i rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari ai quali il soggetto verrebbe sottoposto, ma anche le possibili alternative e le conseguenze dell'eventuale rifiuto delle cure e dei trattamenti sanitari proposti. È quindi un diritto dinamico e non statico.

Il consenso informato della 219 è regolato prendendo anche in considerazione l'incapacità del malato a decidere, intesa come fragilità psicologica dovuta alla malattia, mancanza di coraggio del malato nella scelta, e gli è quindi consentito indicare i familiari o una persona di fiducia per operare le scelte necessarie.

I documenti principali nei quali sono registrate le dichiarazioni del malato o di chi lo rappresenta sono la cartella clinica e il fascicolo sanitario elettronico.

L'ulteriore passo avanti del nuovo consenso informato sta nella regolamentazione massimamente libera della forma. La L. 219 prevede in maniera ampia i modi e gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente: purché si raggiunga il fine di conoscere il volere della persona, grazie all'aiuto della tecnologia, sono ammissibili i mezzi più disparati, dai tradizionali documenti in forma scritta alle videoregistrazioni o, in particolari condizioni di disabilità, alle manifestazioni a mezzo di dispositivi che consentano di comunicare.

In sintonia con l'evoluzione del rapporto medico – paziente, sulla scorta dell'affermarsi del principio dell'imprescindibilità del consenso informato, è anche esaltato il c.d. rapporto di cura³.

La relazione di cura e di fiducia basata sul consenso informato è l'ambito naturale nel quale devono necessariamente coniugarsi l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. Paziente e medico non sono però gli unici soggetti coinvolti, secondo i ruoli che sono assegnati dalle relative competenze contribu-

³ Ricondurre a principi di legge quel rapporto non significa “mettere in dubbio la buona fede del medico paternalista che pretende di fare il bene del suo paziente”, ma significa piuttosto mettere in discussione “la sua reale capacità di conoscere e comprendere quale sia il bene che il paziente cerca di raggiungere con l'aiuto della scienza medica. Questa capacità di comprensione umana non è impossibile in linea di principio, ma nelle nostre società pluralistiche e multietniche diventa sempre più un valore da costruire più che un dato o una condivisa premessa di costume.” (così AA.VV., *Piccolo Manuale di Bioetica*, a cura di GIULIO DE MARTINO, 2001, p. 41).

² V. per tutte Cassazione sul caso Englaro n. 21748/2007 ma anche infine dalla Corte Costituzionale con la sentenza 23 dicembre 2008 n. 438 in Foro It., 2009, I, 1328.

iscono alla relazione di cura anche tutti gli altri componenti l'equipe sanitaria e, se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo.

La natura dell'atto con il quale si presta o si nega il consenso a trattamenti medici era stata ricostruita in passato con puntuale analisi dalla dottrina notarile⁴. Presupposto era, e senz'altro è ancora oggi, la distinzione tra il consenso che instaura il rapporto contrattuale medico-paziente ed il consenso al singolo trattamento, che viene prestato nell'ambito di un rapporto già costituito e a seguito dell'informazione fornita al paziente. A un primo accordo contrattuale segue di norma, in conseguenza della diagnosi, l'informativa del medico in ordine alle terapie da eseguire e quindi l'esecuzione delle terapie alle quali il paziente ha prestato il proprio consenso. Il contratto medico - paziente si chiude di regola per fatti concludenti con l'accettazione del paziente nell'ambito della struttura ospedaliera; è un rapporto contrattuale di fatto, da cui nascono obblighi a carico del medico, senza necessariamente controprestazione a carico del paziente. L'atto di consenso a uno specifico trattamento, si affermava e si può affermare ancora oggi, è un atto unilaterale ed unipersonale, con destinatario specifico, il medico curante; è un atto "che costituisce l'esplicazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione sulle decisioni che riguardano il proprio corpo e la propria salute"; è un atto sempre e necessariamente revocabile; è un atto che, ovviamente, quanto al contenuto, non deve essere contrario alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume.

La L. 219 da un lato guarda al consenso e dall'altro al rifiuto e alla revoca del consenso, richiamando per entrambe le ipotesi le stesse ampie possibilità di forma previste per il consenso. Anche dal punto di vista temporale non ci sono preclusioni, il cambio di rotta è possibile anche in corso di trattamento. È curioso che solo al quinto comma dell'art. 1 si faccia espresso riferimento alla capacità di agire di chi rifiuta il trattamento sanitario, ritenendola scontata in chi acconsente.

A scanso di equivoci la norma fa molto bene a precisare che sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici ed a ribadire il dovere del medico di rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciarvi. Così come fa molto bene a enunciare a chiare lettere l'irresponsabilità civile e penale del medico che rispetta la volontà del paziente e l'impossibilità per il paziente di imporre al medico trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali. Sono fatti salvi i casi di emergenza ed urgenza.

Lo stesso articolo 1 fa obbligo alle strutture sanitarie pubbliche e private di attrezzarsi per la piena applicazione della legge imponendo in primo luogo l'obbligo di formazione del personale sanitario. Su questo punto la norma mi sembra eccessiva perché, per quello che si è detto sull'evoluzione della normativa precedente, ai medici e al personale sanitario italiano non è certamente piovuta dal cielo la necessità di rapportarsi al paziente per ascoltarne il punto di vista e le volontà, il punto critico era e rimane il trattamento sanitario del fine vita. L'aspetto invece più problematico dal punto di vista pratico è il fascicolo elettronico; perché esso diventi una realtà operativa occorrerà invece tempo, formazione del personale e, credo, ricambio generazionale degli operatori. Rimarranno poi tutte le difficoltà della conservazione che come sappiamo bene costituisce il lato debole dei documenti informatici.

3. Il trattamento del fine vita. La dolce morte

La norma centrale della L. 219 è l'art. 2 dedicato alla terapia del dolore, al limite della persistenza nelle cure, al diritto alla dignità nella fase finale della vita.

Quanto detto sul consenso informato non può essere ripetuto se non in parte per il portato dell'art. 2 della 219. Se le problematiche del consenso informato erano già appianate, se non risolte, dalle normative preesistenti e comunque ben note e familiari ai medici, il trattamento del fine vita era al centro di un dibattito acceso tra fazioni estreme, da una parte i sostenitori delle cure fino allo sfinimento del medico e del paziente, anche in presenza della certezza della loro inutilità, dall'altra i difensori del libero arbitrio del malato, o dei suoi familiari, circa il prevalere della malattia sulle cure. È storia scolpita nella memoria di questo Paese il calvario della famiglia Englaro.

L'art. 2 della legge, dando seguito alla regolamentazione del rapporto medico - paziente, affronta la fase successiva al rifiuto da parte del malato terminale della prosecuzione dei trattamenti di contrasto alla malattia. La norma affronta il tema con delicatezza ed in maniera appropriata non solo alla deontologia medica, ma anche al prevalente sentimento cattolico del nostro Paese. Preso atto del rifiuto delle cure, decisa la propria sorte secondo la propria concezione di dignità della persona, il malato ha diritto a tutte le pratiche sanitarie in grado di alleviare le sofferenze, a tutte le più appropriate terapie del dolore. Il medico, nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di morte imminente, ha l'obbligo di astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati.

Infine la norma prevede "la dolce morte" consentendo il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, quella così drammaticamente illustrata da Marina Ripa di Meana nella sua ultima apparizione. La scelta operata svela il sentimento profondamente cristiano che ha

⁴ TRANSO G., *Il testamento di vita*.

guidato il nostro Legislatore: il malato terminale, al riparo per quanto possibile dal dolore, deve poter tornare silenziosamente, a causa della malattia e non per mano dell'uomo, tra le braccia del Padre. Sappiamo come in altri Paesi, diversi culturalmente e religiosamente dal nostro, le scelte in materia siano state più cruento.

4. Minori e incapaci

La capacità del soggetto è regolata dall'art. 3 della legge. Già l'art. 1 ha valorizzato la necessità dell'informazione comprensibile. Questa necessità è ovviamente sensibilmente accentuata in presenza di soggetti con capacità limitata o inesistente. Di qui il massimo impegno del personale sanitario nel tradurre in termini semplici e adeguati le informazioni alle quali qualunque malato ha diritto in forza dell'art. 1. È evidente l'estrema difficoltà di attuazione di questa norma. Ogni notaio sa bene come sia arduo accertare il grado di comprensione di un problema anche nella persona c.d. pienamente capace; ancor più difficile sarà per il personale sanitario coinvolto accertare e documentare la comprensione del suo stato di salute da parte del malato minore o incapace. La legge ovviamente prevede l'intervento per il consenso informato dei genitori o del tutore, ma il passaggio assai delicato è quello che fa riferimento "alla volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità" ed alla possibilità di sentire l'interdetto. Le stesse difficoltà si presentano anche per l'inabilitato e per il beneficiario dell'amministrazione di sostegno, sia pure assistiti dal curatore o dall'amministratore di sostegno. Anche qui è evidente l'importanza di poter documentare quanto accade.

In caso di contrasto tra il soggetto che ha la rappresentanza legale dell'incapace ed il medico, in assenza di disposizioni anticipate di trattamento, è possibile per tutte le parti coinvolte ricorrere alla decisione del Giudice Tutelare. Anche questa previsione ci sembra di fondamentale importanza, si pensi a quei casi in cui il tutore, il curatore o l'amministratore di sostegno non abbiano legami di sangue con il soggetto che assistono e si trovano perciò spesso in stato di sofferenza psicologica protratta nel tempo, tale da non consentire decisioni serene ed equanime.

5. Le disposizioni anticipate di trattamento (D.A.T.)

È questo l'ambito nel quale il Notariato è stato più direttamente coinvolto. La legge dopo aver detto cosa accade e cosa si deve fare quando il malato è già malato e quando purtroppo la malattia è grave ed anche irreversibile, fa un passo indietro. Spaventati gli interlocutori con lo scenario dei trattamenti sanitari e del fine vita, ottenuta la sufficiente attenzione, il Legislatore offre al cittadino, ancora in grado di decidere perché in condizioni sufficienti di buona salute, la possibilità di essere il regista delle proprie sorti nel caso in cui una malattia lo privi della capacità di intervenire con il consenso informato o con il rifiuto o la revoca di partico-

lari trattamenti sanitari. Ovviamente la sceneggiatura sarà più o meno particolareggiata a seconda dello stato di salute di chi decide di redigere le proprie Disposizioni Anticipate di trattamento.

L'art. 4 della L. 219 riconosce ad ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, "in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte", la possibilità di manifestare le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, il consenso o il rifiuto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e/o a singoli trattamenti sanitari. Le D.A.T. possono essere definite il testamento di vita; va evidenziato che il principio personalistico in materia sanitaria nel più ampio panorama della bioetica acquista significato più forte proprio nell'ambito dei c.d. problemi etici di fine vita, ciò perché è in quell'ambito che l'individuo può non avere più la possibilità di valutare se le prospettive che la scienza gli offre quanto alla durata ed alla qualità della vita corrispondono alle sue aspettative e di manifestare la propria volontà in relazione ai trattamenti sanitari ai quali verrà sottoposto.

È espressamente consentita l'indicazione di un fiduciario che rappresenti il malato privo di coscienza nel rapporto di cura con il medico e le strutture sanitarie; è necessario che vi sia accettazione dell'incarico da parte del fiduciario o con la sottoscrizione delle D.A.T. o con atto successivo allegato alle D.A.T. L'incarico è rinunciabile e revocabile in qualsiasi momento con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione.

È interessante il ruolo del fiduciario nell'ipotesi in cui le D.A.T. siano superate dal diverso stato clinico del malato o dal sopravvenire di nuovi farmaci e nuove terapie. Il fiduciario può consentire in questo caso che il medico disattenda le D.A.T.; anche in questo caso sia il medico sia il fiduciario possono ricorrere al Giudice Tutelare qualora siano in disaccordo.

6. In particolare la forma delle D.A.T.

Le forme possibili sono quattro: le prime due di tipo tradizionale affidate al Notaio, l'atto pubblico o la scrittura privata, la terza piuttosto libera quanto alle modalità, la scrittura privata semplice, obbligata quanto al soggetto che deve consegnarla, il disponente personalmente, e nel solco delle nuove competenze degli uffici comunali quanto al ricevente, l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, "che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito". L'ultima forma prevista è la scrittura privata consegnata presso le strutture sanitarie. Tale ultima possibilità è però effettiva solo nelle Regioni che adottano modalità telematiche di gestione della cartella clinica o il fascicolo sanitario elettronico o altre modalità informatiche di gestione dei dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale e che possono, quindi, con proprio atto, regolamentare la raccolta di

copia delle D.A.T., compresa l'indicazione del fiduciario, il loro inserimento nella banca dati, lasciando comunque al firmatario la libertà di scegliere se darne copia o indicare dove esse siano reperibili.

È poi ovvia l'esenzione dall'obbligo di registrazione, dall'imposta di bollo e da qualsiasi altro tributo, imposta, diritto e tassa.

Anche per le D.A.T., come per il consenso informato è possibile la manifestazione di volontà tramite videoregistrazione o dispositivi che consentano alla persona con disabilità di comunicare. Per il principio della simmetria della forma con le stesse modalità sono possibili la modifica, la rinnovazione e la revoca. Per la revoca è però aggiunta una ulteriore forma dedicata alle situazioni di emergenza ed urgenza e cioè la dichiarazione verbale raccolta o videoregistrata da un medico, con l'assistenza di due testimoni.

Nella relazione ricordata in principio, in rapporto all'esigenza di decidere la misura e le modalità di intervento della scienza e della tecnologia nella fine della propria vita, in assenza di normative specifiche, ma in un quadro normativo nazionale e comunitario che mi sembrava già a quel tempo piuttosto chiaro⁵, affermai l'importanza della funzione del notaio quale custode della *voce di chi* non ha più voce, a difesa del rispetto della persona umana che la nostra Costituzione garantisce. Oggi finalmente, in conformità ai principi più volte affermati in bioetica, sono state raggiunte nuove frontiere del consenso informato, che per quel che qui ci riguarda sono rappresentate dall'espansione di quel principio fino alla sua progressiva applicazione anche alle fattispecie in cui il paziente si trova in stato

⁵ *Il diritto alla salute: il notaio custode della voce di chi non ha più voce* cit.; Oggi possiamo dire che il testamento di vita (le c.d. direttive anticipate o living will del mondo anglosassone), ossia l'atto con cui si consente o si rifiuta un determinato trattamento medico espresso da un soggetto in via anticipata e da valere nel momento in cui egli non sia più in grado di esprimere la sua volontà, ha sicura cittadinanza nel nostro ordinamento, trova il suo fondamento nel principio del "consenso informato" e nella riconosciuta legittimità di un atto che consente di esprimere la propria volontà anche con riferimento a un momento di futura incapacità. È quindi legittima manifestazione della libertà individuale, non vietato da alcuna norma, ed anzi espressamente menzionato nella Convenzione di Oviedo, il cui art. 9 secondo un orientamento dottrinale (RICCI S. - MIGLINO A., *Il testamento biologico nell'ordinamento italiano*) apparterrebbe ormai all'ordinamento italiano per cui qualunque ulteriore legislazione si porrebbe in termini di esecuzione dell'obbligo internazionale di osservanza della Convenzione. È stato giustamente poi osservato (di TRANSO G., *Il testamento di vita*) che «l'ammissibilità delle disposizioni anticipate di trattamento va rintracciata anche, a livello costituzionale, nel collegamento tra il disposto degli artt. 32 e 3 della Costituzione. Una volta riconosciuto il rango costituzionale del diritto all'autodeterminazione e alla manifestazione di consenso al trattamento medico, risulterebbe violato il principio di uguaglianza se non si riconoscesse validità ad atti giuridici che consentano di manifestare il consenso in via anticipata; altrimenti il diritto alla scelta sarebbe consentito solo alle persone capaci e negato a quelle che invece, nel momento della necessità, versino in condizione di incapacità naturale».

di ridotta capacità di intendere e di volere ed all'allargamento temporale del consenso, ossia alla possibilità di prestarlo a prescindere dall'attualità della situazione alla quale è legata la scelta sanitaria⁶.

Per quanto concerne la natura e le caratteristiche dell'atto contenente le D.A.T., nonché la ricostruzione dal punto di vista giuridico della figura del fiduciario ci si può riportare ai risultati della dottrina da me riassunti nella relazione di quel lontano 2008 e a una recentissima analisi sempre di matrice notarile⁷.

Il discorso deve invece proseguire per quanto riguarda la scelta delle forme e dei soggetti affidatari delle D.A.T.-. A me sembra opportuna la scelta del legislatore di consentire forme ulteriori rispetto all'atto pubblico ed alla scrittura privata autenticata di competenza notarile. Mi sia però consentito di sottolineare come le forme diverse da quelle notarili siano probabilmente da considerarsi forme residuali e di urgenza. Prima di chiarire il perché di questa mia convinzione voglio ripetere quanto già detto nella più volte citata mia relazione sulla specificità del ruolo del notaio nella redazione delle disposizioni relative ai trattamenti sanitari. La domanda era ed è: quando e perché l'intervento del notaio è utile o necessario? La risposta anche dopo la L. 219 è la medesima. L'intervento del notaio è quello che tipicamente ed in via privilegiata l'ordinamento gli richiede: egli è il soggetto depositario della pubblica fede, colui che indaga la volontà dei soggetti al fine di adeguarla ai principi ed alle regole dell'ordinamento e che consacra tale volontà in un documento che ne assicuri la realizzazione, mettendola al riparo da incertezze e manipolazioni. Al suo ruolo nella vicenda umana dell'ammalato che deve decidere circa le cure da affrontare, con consapevolezza ed in rapporto anche ad una propria idea di dignità della persona umana, va riconosciuta estrema importanza su più fronti, rispetto ai quali la professione notaio può mostrare tutta la sua modernità e la capacità del professionista da un lato di svolgere il ruolo di interprete qualificato di fattispecie di ampio respiro, come appunto le norme costituzionali, al fine di mantenerle al passo con i tempi in considerazione del mutato panorama storico e sociale, e dall'altro di fungere, secondo la sua tradizione, da efficace traduttore della fattispecie concreta in termini di conformità alla fattispecie normativa.

Un primo fronte è quindi la lettura dell'art. 32 della Costituzione che va condotta, non più solo in funzione dell'equa distribuzione delle risorse pubbliche, ma anche in funzione di un adeguato riconoscimento della pluralità di interpretazioni del bene salute. Si tratta di un compito preliminare ineludibile perché ogniqualvolta il notaio sarà chiamato a documentare il consenso

⁶ v. ampiamente sul punto AA.VV., *Piccolo Manuale di Bioetica*, a cura di GIULIO DE MARTINO, cit. pp. 42 e ss..

⁷ C. ROMANO, *Legge in materia di disposizioni anticipate di trattamento: l'ultrattività del volere e il ruolo del notaio*, in *Notariato* 1/2018, p. 1 e ss.

informato, ed ancor più quando sarà chiamato a raccogliere le c.d. direttive anticipate, dovrà innanzitutto chiedersi se quelle indicazioni che il soggetto dà corrispondono ad una riconosciuta e condivisa nozione di libertà di cura e ad una nozione di salute che, quale valore da considerarsi oggi culturalmente controverso, possa ritenersi ammissibile in considerazione di un margine abbastanza ampio di pluralismo interpretativo. Si pensi al testimone di Geova che chieda di consacrare in un documento la direttiva anticipata che precluda in tutto o in parte il campo alla possibilità delle trasfusioni di sangue; è di tutta evidenza la difficoltà del notaio nel valutare la possibilità ed i limiti di una tale direttiva. È operazione ermeneutica che richiede sensibilità, approfondimento culturale, preparazione giuridica e soprattutto coraggio ed onestà intellettuale.

Un secondo fronte è quello classico della scelta dello strumento giuridico da utilizzare e della redazione tecnica del documento con il quale si dovrà garantire al soggetto l'attuazione della sua volontà in ordine al proprio "destino terapeutico".

Nel caso in cui il soggetto sia capace e ci si riferisca ad una circostanza attuale e specifica si potrebbe voler consacrare il proprio consenso o rifiuto a soli fini di tranquillità e certezza, non solo del paziente, ma anche del medico. Con il documento scritto provvisto della certezza circa la provenienza del documento e la data dello stesso si può dare maggior tranquillità al paziente in ordine alle opzioni terapeutiche alle quali ha dato adesione, ma si ottiene anche un altro importante effetto che impegna il notaio su un terzo fronte: con un documento certo quale quello notarile si tutela, oltre che la libertà di cura del paziente, la libertà di cura dal punto di vista del medico. Il medico è oggi infatti limitato nella sua opera anche da vincoli di carattere economico e da preoccupazioni per eventuali richieste di risarcimento del danno; il finanziatore del servizio sanitario, pubblico o privato che sia, si cautela predisponendo protocolli diagnostici e terapeutici condizionanti il rimborso delle prestazioni sanitarie; molti medici, e questa è soprattutto l'esperienza americana, sono sempre più spesso chiamati a rispondere in Tribunale del loro operato e questo ha portato alla pratica della c.d. medicina difensiva, ossia alla pratica della prescrizione delle cure standard più difendibili giuridicamente⁸. La prestazione del consenso in maniera documentata e certificata con l'ausilio di un professionista qualificato, esperto nell'indagare la volontà dei soggetti e nel farla emergere con chiarezza, cosa tanto più utile nel nostro caso in considerazione dei profondi mutamenti che una terapia può oggi introdurre nello stile e nelle aspettative di vita di chiunque, salvaguarda anche l'area discrezionale nella libertà di cura vista dall'altra parte della diade classica medico-paziente, ossia dalla parte del medico.

⁸ v. AA.VV., *Piccolo Manuale di Bioetica*, a cura di GIULIO DE MARTINO, cit. pp. 46.

Tale chiarezza sugli scopi finali da perseguire, e quindi non sull'efficacia o meno dei mezzi terapeutici proposti, è quanto mai opportuna perché nel dialogo medico-paziente essi "potrebbero non coincidere e potrebbero essere in competizione concezioni della salute alternative e non sempre conciliabili". Il documento notarile che contiene il consenso o lo circoscrive in maniera dettagliata può essere strumento processuale idoneo ad essere speso con successo in sede giudiziaria a difesa della libertà del medico nell'esercizio della sua professione, ponendolo eventualmente al riparo da possibili ingiustificate pretese di tipo risarcitorio.

La domanda di oggi è: perché rivolgersi al Comune o alla struttura sanitaria? La risposta probabilmente nel primo caso è di tipo economico, perché si pensa che in Comune la prestazione sia a costo zero. Se così fosse ci sarebbe da restare stupiti. In primo luogo il nostro Legislatore non si è fatto scrupolo alcuno nell'accollare al Notariato per cose assai più futili e meno giustificabili (srls) prestazioni lavorative a titolo gratuito; in secondo luogo dobbiamo sempre ricordare che la Pubblica Amministrazione non è propriamente gratuita, ma a carico della collettività; in terzo luogo, pur augurandoci una Pubblica Amministrazione insourcing (Comune) stellare, allo stato il confronto in termini di efficienza e qualità delle prestazioni con la Pubblica Amministrazione outsourcing (Notariato) è improponibile. Inoltre ancora una volta si offre l'immagine di una distinzione tra cittadini di serie A che possono garantirsi efficienza e certezza perché pagano e cittadini di serie B che devono invece affidarsi ad apparati mediocrementemente efficienti come quelli comunali.

Che dire della quarta forma? Innanzitutto è condizionata a determinati standard di informatizzazione delle Regioni per poter avere la certezza della reperibilità delle D.A.T., poi è un aggravio di compiti ulteriori per un servizio sanitario nazionale già schiacciato da compiti propri.

Molto più razionale ed efficiente sarebbe stato affidare le D.A.T. al solo Notariato prevedendo la prestazione a carico dello Stato in caso di comprovata situazione di indigenza del disponente. Un meccanismo simile al difensore d'ufficio. A ciò sarebbe stato utilissimo aggiungere, con il consenso del disponente, la partecipazione alla redazione delle D.A.T. del medico curante.

Fatte queste generiche osservazioni all'organicità e all'efficienza del sistema, non può non plaudirsi al raggiungimento di un grande obiettivo di civiltà giuridica, rispetto al quale il Notariato si sente parte attiva per averlo promosso, studiato ed illustrato nelle più svariate sedi, anticipandone con chiarezza i contenuti.

7. La pianificazione condivisa delle cure. Le disposizioni transitorie. La clausola di invarianza finanziaria

Nell'ambito del rapporto di cura è evidente che la

relazione medico – paziente non si esaurisce in un ping pong di proposte, consensi e rifiuti. Un rapporto costruttivo, che è per forza di cose di lunga durata quando si è in presenza di una malattia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, deve necessariamente trovare più ampi spazi di confronto e di dialogo, ma soprattutto deve sfociare in un progetto di cura ed assistenza. Ecco perché l'art. 5 della L. 219 prevede la realizzazione di una pianificazione delle cure condivisa tra medico e paziente. Anche tale pianificazione, una volta progettata, diventa vincolante per il medico e l'equipe sanitaria laddove il paziente non possa più, per il decorso, della malattia, essere coinvolto in decisioni ulteriori e diverse. Per gli obblighi di informazione, la redazione del piano, le modifiche, il coinvolgimento dei familiari e degli altri soggetti legati al paziente, l'eventuale indicazione di un fiduciario, sono in sostanza ripetute le norme dettate dagli articoli precedenti per le D.A.T.

Opportunamente l'art. 6 fa salvi tutti i documenti assimilabili alle D.A.T., depositati presso il comune di residenza o presso un notaio prima della data di entrata in vigore della legge e li assoggetta alle disposizioni della 219.

Ci si chiede infine con riferimento alla clausola di invarianza finanziaria dell'art. 7 come si potrà pensare di veder realizzata la possibilità di deposito delle D.A.T. presso le strutture sanitarie stante la preconditione dell'informatizzazione delle Regioni che devono essere in grado di gestire telematicamente le cartelle cliniche o i fascicoli sanitari elettronici o mediante altre modalità informatiche i dati del singolo iscritto al Servizio sanitario nazionale.

8. Considerazioni conclusive: l'alleanza medico-notaio e il delicato problema dell'obiezione di coscienza

È evidente dalla stessa lettera della legge come sia fondamentale, anche se non scritta, la regola della cooperazione tra medico e notaio per gli esiti efficaci della nuova normativa. Il notaio è esperto nell'indagare la volontà delle parti, ma non è un medico. Ha dunque due necessità: poter disporre di tutta la documentazione medica necessaria a farsi un'opinione sulla situazione a fondamento delle scelte del disponente, ivi comprese precedenti D.A.T., e poter eventualmente anche interloquire con il medico per avere tutti i chiarimenti necessari alla redazione della D.A.T. Il ruolo del notaio deve per forza di cose essere più quello del certificatore che quello consueto di traduttore in termini normativi della volontà delle parti. Sicuramente c'è anche questo profilo quando individua l'esistenza dei requisiti prescritti dalla 219, la capacità del soggetto, l'eventuale durata delle disposizioni, l'accertamento dei requisiti del fiduciario e così via, ma il cuore delle disposizioni è dato dalla comprensione della patologia e dei mezzi di contrasto graditi e non graditi al paziente e soprattutto

dalla proporzione tra trattamento e beneficio ottenuto dal paziente. L'indagine della volontà del disponente non può avvenire nei termini ordinari, va oltre, perché il notaio deve anche capire se il paziente abbia compreso le informazioni a lui date dal medico e dal personale sanitario. È quindi evidente la centralità del dialogo tra medico e notaio, che in moltissimi casi sarà superata dalla completezza e chiarezza della documentazione, ma in altri necessiterà invece di approfondimenti. È un po' quel che il notaio fa quotidianamente per l'urbanistica; nella normalità dei casi dalla documentazione riesce a trarre conclusioni rassicuranti sull'esistenza e la regolarità dei titoli urbanistici, ma non è infrequente la necessità di un confronto con un tecnico della materia di fiducia del suo cliente.

Infine qualche considerazione deve andare al problema dell'obiezione di coscienza. La nuova legge non considera in alcun modo la facoltà di obiezione di coscienza da parte del medico nella esecuzione delle D.A.T. L'Istituto Superiore di Sanità ha biasimato tale vuoto normativo evidenziando come non sia accettabile rifiutare al medico la facoltà di astenersi da atti contrari alla propria coscienza poiché tale facoltà è costituzionalmente fondata⁹. Analoga facoltà andrebbe considerata per il notaio nel ricevere le D.A.T. In proposito, fermo rimanendo l'obbligo dell'art. 27 della L. N. a prestare la propria opera ogniqualvolta il notaio ne riceva richiesta, non sono mancati rilievi analoghi a quelli fatti propri dall'Istituto Superiore di Sanità¹⁰. In assenza di previsione normativa allo stato non sembra possa essere riconosciuta tanto al medico quanto al notaio la facoltà di obiezione di coscienza.

La legge 219 costituisce per il nostro Paese un passo importante in bioetica, ma apre sicuramente all'interno delle categorie professionali coinvolte la necessità di un dibattito sia sulle modalità di collaborazione sia sulla gestione delle problematiche legate all'etica. La legge è estremamente coinvolgente perché nessun operatore sanitario o del diritto potrà intervenire senza avvertire su di sé il senso fragilissimo della vita e di quanto sia sempre troppo poco quello che si può fare per alleviare le altrui sofferenze, percepite in certi momenti come proprie.

⁹ Parere del Presidente dell'Unità di Bioetica dell'Istituto Superiore di Sanità nell'ambito dell'audizione in Commissione Igiene e Sanità del Senato nella Seduta n. 455 del 1° giugno 2017.

¹⁰ Sull'argomento è interessante ed esaustivo il confronto tra i notai Carmelo Di Marco e Michele Laffranchi in *www.federnotizie.it*. C. Di Marco, Le DAT, il notaio e l'applicazione di coscienza; M. Laffranchi, Disposizioni Anticipate di Trattamento (DAT), autonomia professionale e convinzioni etiche.

Recensioni

La nuova legislazione antimafia.

Commento alla L. 17 ottobre 2017, n. 161 (G.U. del 4 novembre 2017)

di riforma del codice antimafia, Dike giuridica editrice,

Collana Le nuove leggi del diritto, 2017

di Livia De Gennaro e Nicola Graziano 182

di Giambattista Tona



La nuova legislazione antimafia. Commento alla L. 17 ottobre 2017, n. 161 (G.U. del 4 novembre 2017) di riforma del codice antimafia, Dike giuridica editrice, Collana Le nuove leggi del diritto, 2017
di Livia De Gennaro e Nicola Graziano

In tempi di riformismo compulsivo, quando le modifiche normative costituiscono un flusso continuo e non sempre ordinato, il giurista pratico prova ad affrontare i marosi, cercando una scialuppa di salvataggio nelle pubblicazioni che propongono una prima lettura e una prima riflessione sui testi legislativi di nuovo conio.

È nato così un genere letterario, un meticciamiento tra *instant book* e commentario sistematico, che quasi come i meticci da caccia si incarica di precedere gli operatori del diritto nelle selve delle novità normative e poi di indicare loro la via da battere per giungere a soluzioni corrette.

A questo genere letterario potrebbe ascrivere il volume curato da Livia De Gennaro e Nicola Graziano “La nuova legislazione antimafia. Commento alla L. 17 ottobre 2017, n. 161 (G.U. del 4 novembre 2017) di riforma del codice antimafia”, tempestivamente pubblicato all’entrata in vigore di questa legge dalla Dike giuridica editrice nella collana “Le nuove leggi del diritto”.

Ma c’è qualcosa di più.

Particolare è infatti il testo normativo al quale si riferisce e la storia che ha portato alla sua approvazione. E particolare quindi è l’impostazione di questo volume che ne offre un primo commento.

Per quanto si sia giunti in maniera affannata alla sua definitiva approvazione, il tema della riforma del codice antimafia ha percorso l’intera legislatura con un dibattito ora silente ma approfondito ora convulso e accalorato ma non sempre proporzionatamente perspicuo.

Già una proposta di iniziativa popolare, promossa dalla CGIL e da varie associazioni antimafia, era approdata in Parlamento ed altre ne erano state depositate che avevano come obiettivo quello di migliorare il sistema di gestione e di destinazione dei beni e delle aziende sottratte alla criminalità senza disperdere ricchezza e posti di lavoro. Il loro esame era stato avviato nel novembre del 2013.

Frattanto dopo un’ampia indagine conoscitiva sul contrasto alla criminalità organizzata sul fronte patrimoniale, la Commissione antimafia aveva elaborato un più ampio disegno di revisione organica del codice

antimafia, tenendo conto di tutte le proposte precedenti ma anche delle informazioni, indicazioni e valutazioni formulate da parte di tutti i soggetti impegnati a vario titolo nelle diverse fasi dei procedimenti di sequestro, confisca e destinazione dei beni sottratti alla criminalità. Questo testo aveva visto la luce ad ottobre del 2014.

Alla Camera era stato elaborato un testo unificato sulla base del disegno di legge di iniziativa popolare e della proposta proveniente dalla Commissione antimafia.

Dopo un ampio esame in Commissione Giustizia, la Camera lo approvò con varie e non sempre ordinate modifiche a novembre del 2015 sull’onda dell’accelerazione impressa dalle notizie sull’indagine sulla sezione misure di prevenzione del Tribunale di Palermo, ma passato il testo al Senato e, affievolitosi il dibattito sui fatti di cronaca, la riforma rimase a languire per essere poi ripresa e “corretta” con ulteriori modifiche: la più nota riguardava la controversa categoria della pericolosità qualificata degli indiziati di associazione finalizzata a commettere delitti contro la pubblica amministrazione.

Eravamo frattanto giunti al luglio 2017 ma il testo doveva tornare alla Camera e tante erano le richieste di “modifica delle modifiche”. A queste richieste si accompagnava la preoccupazione che si giungesse a fine legislatura senza che una riforma del complessivo sistema delle misure di prevenzione vedesse la luce.

E così la Camera a settembre approvò il testo così come le era pervenuto, pur con le critiche di chi lamentava l’eccessiva estensione delle procedure di prevenzione al di fuori dell’ambito della criminalità mafiosa e pur con i rilievi del Presidente della Repubblica che in realtà (al contrario) denunciavano un deficit di estensione dello strumento delle confische in violazione di norme sovranazionali.

Nacque così un testo esteso, complesso, articolato; un testo meditato in partenza, giunto al suo varo ampiamente modificato, non sempre migliorato anzi da certi punti di vista “scompensato” da taluni occasionali e asistemati interventi, talvolta solo asseritamente correttivi.

Su di esso hanno lavorato Livia De Gennaro e Ni-

cola Graziano, due magistrati esperti l'una nei procedimenti penali e di prevenzione, l'altro nei procedimenti fallimentari, che con le loro diverse prospettive hanno coordinato una robusta squadra di loro colleghi, avvocati, commercialisti e accademici impegnati nello scrutinio di tutti gli articoli del codice antimafia modificati dalla riforma.

Dopo avere riepilogato il percorso che ha portato all'approvazione della riforma, il volume organizza l'esame delle novità normative inquadrando in capitoli che sistematizzano la trattazione dando rilievo agli ambiti più significativi del codice antimafia: i presupposti delle misure di prevenzione e le nuove categorie di pericolosità qualificata, il procedimento applicativo, l'amministrazione giudiziaria, le misure alternative al sequestro, la tutela dei terzi e i rapporti con le altre procedure, l'Agenzia nazionale, la destinazione dei beni, la documentazione antimafia.

I paragrafi di ciascun capitolo sono preceduti da una griglia con testi a raffronto che offre una lettura sinottica del testo normativo prima e dopo la riforma.

Poi l'autore di volta in volta incaricato del commento esamina gli effetti della riforma su ciascuna singola disposizione.

La lettura delle norme non è meramente esegetica ma tiene conto dell'assetto complessivo della disciplina nella quale ciascuna innovazione si inserisce, provando altresì in una prospettiva pratica ad ipotizzarne le conseguenze applicative o a disegnare problematiche suscettibili di diversa valutazione.

Gli autori non mancano di sottolineare le difficoltà che potranno essere incontrate dagli operatori per dare concreta attuazione alle nuove disposizioni ma non si esimono dall'indicare possibili percorsi utili per adeguate soluzioni.

E così "il senso plastico dell'affanno che ha occupato i singoli commentatori prima e i coordinatori poi" (al quale De Gennaro e Graziano fanno riferimento nella presentazione dell'opera) viene reso non solo dalla complessità materia che essi hanno trattato ma anche dal faticoso servizio che essi hanno voluto rendere ai loro lettori.

Indice delle sentenze

Diritto Civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. un., 20.03.2018, n. 6928 s.m.
 Cass., sez., IV, 13.03.2018, n. 6048 s.m.
 Cass., sez. un., 23.02.2018, n. 4485 s.m.
 Cass., sez. I, 23.02.2018, n. 4455 s.m.
 Cass., sez. V, 21.02.2018, n. 4155 s.m.
 Cass., sez. un., 16.02.2018, n. 3873 s.m.
 Cass., sez. lav., 16.02.18, n. 3871
 (con nota di V. SORRENINO)
 Cass., sez. III, 23.01.18, n. 1558
 (con nota di P. SORRENINO)
 Cass., sez. un., 18.01.2018, n. 1202 s.m.
 Cass., sez. un., 16.01.2018, n. 898 s.m.

CORTE DI APPELLO

- Corte App. L'Aquila, 31.01.2018 s.m.
 Corte App. Bologna, 18.01.2018 s.m.
 Corte App. Roma, 17.01.2018 s.m.
 Corte App. Bologna, 10.01.2018 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. S. M. Capua Vetere, 20.02.2018 s.m.
 Trib. Roma, 12.02.2018 s.m.
 Trib. Milano, 30.01.2018 s.m.
 Trib. Napoli, 30.01.2018 s.m.
 Trib. Ascoli Piceno, 19.01.2018 s.m.
 Trib. Catania, 19.01.2018 s.m.
 Trib. Isernia, 16.01.2018 s.m.
 Trib. Milano, 11.01.2018 s.m.
 Trib. Bologna, 09.01.2018 s.m.
 Trib. Catanzaro, 31.10.2017 s.m.
 Trib. Crotone, 16.06.2017 s.m.

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez.un., 21.12.2017, n. 8914 (con nota di PRIGNATELLI)
 Cass., sez. un., 21.12.2017, n. 3775 s.m.
 Cass., sez. un., 30.11.2017, n. 111 s.m.
 Cass., sez.un., 28.11.2017, n. 53683 (con nota di REY)

- Cass., sez. 1, 23.11.2017, n. 57848 s.m.
 Cass., sez. 4, 21.11.2017, n. 4 s.m.
 Cass., sez. 2, 20.11.2017 n. 56937 s.m.
 Cass., sez. 2, 16.11.2017 n. 54945 s.m.
 Cass., sez. 1, 15.11.2017, n. 54085 s.m.
 Cass., sez. 2, 15.11.2017, n. 53482 s.m.
 Cass., sez. 4, 9.11.2017, n. 55130 s.m.
 Cass., sez. un., 26.10.2017, n. 3391 s.m.
 Cass., sez. II, 14.06.2017, n. 35626
 (con nota di DI MARCO)

CORTE DI APPELLO

- Napoli, sez. II, 29.06.2017, n. 6793 s.m.

TRIBUNALE

- Nola, G.M., 13.02.2018, n. 436 s.m.
 Avellino, G.M., 19.12.2017, n. 2203 s.m.
 Napoli, G.M., 12.01.2018, n. 968 s.m.
 Nola, G.O.T., 30.11.2017, n. 3181 s.m.
 Napoli, sez. I, 3.11.2017, n. 11475 s.m.

G.I.P. - G.U.P.

- Nola, G.U.P., 29.01.2018, n. 14 s.m.

Diritto amministrativo

CONSIGLIO DI STATO

- Cons. Stato, sez. V, 05.02.2018, n. 722 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 29.01.2018, n. 591 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 17.01.2018, n. 279 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 17.01.2018, n. 262 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 23.01.2018, n. 435 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 11.01.2018, n. 120 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 11.01.2018, n. 113 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 11.01.2018, n. 110 s.m.
 Cons. Stato, sez. V, 04.01.2018, n. 51 s.m.

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO

REGIONALE

- T.a.r. Napoli, sez. I, 14.02.2018, n. 1017 s.m.
 T.a.r. Roma, sez. II, 30.01.2018, n. 1087 s.m.
 T.a.r. Piemonte, sez. II, 17.01.2018, n. 94 s.m.
 T.a.r. Napoli, sez. I, 09.01.2018, n. 139 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE
EUROPEA

CGUE, 18 gennaio 2018, Stadion Amsterdam CV
contro Staatssecretaris van Financiën, C- 463.16
s.m.

CGUE, 8 febbraio 2018, Commissione Europea
contro Repubblica Ellenica, C- 590.16 s.m.

Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione Europea

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte giust. (Settima Sezione) 28 febbraio 2018,
C289.17, Collect Inkasso

Corte giust. (Prima Sezione) 22 febbraio 2018,
C398.16, X

Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale
di diritto

- commerciale
- tributario
- civile
- penale
- amministrativo
- internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico
a dieci anni dal *caso Napoli*

FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce
della recente giurisprudenza costituzionale

ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione
delle cause di esclusione nella disciplina
dei contratti pubblici

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

*sei numeri della rivista
comodamente a casa tua*

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese
successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 556 06 01

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale

nome

partita iva e/o codice fiscale

e-mail

indirizzo

n.

cap

città

pr

tel.

Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie > Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 00 93 598

@ **per email** a: info@giapeto.it

