

Giapeto Editore

Gazzetta **FORENSE**

Maggio - Giugno 2019

Quando il fatto incontra il diritto: a proposito della
così detta servitù di parcheggio

FRANCESCO MEGLIO

L'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti
puniti con l'ergastolo.

*Legge 12 aprile 2019, n. 33, in vigore dal 20 aprile
2019*

CATERINA MIGLIACCIO

Il controverso rapporto tra il terzo settore e il
d.lgs. 231/2001: analisi comparata della disciplina
giuridica delle associazioni e della responsabilità
penale degli enti

ANGELO TERRACCIANO

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 12 - Numero 3 - Maggio/Giugno 2019

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,
Cristina Spizuoco

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 Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfredi, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nistri, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

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

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, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nistri, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Federico Sergio, Enza Sonetti, Giorgia Viola

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

Print Sprint, Napoli

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

**Università
Mercatorum**

Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane

SOMMARIO

Editoriale

SFIDE VECCHIE E NUOVE PER LA RIFORMA DEL PAESE	381
di Roberto Dante Cogliandro	

Diritto e procedura civile

QUANDO IL FATTO INCONTRA IL DIRITTO: A PROPOSITO DELLA COSÌ DETTA SERVITÙ DI PARCHEGGIO	384
di Francesco Meglio	

SULLA VALIDITÀ E TIPICITÀ DELLA CLAUSOLA <i>CLAIMS MADE</i> INSERITA IN UN CONTRATTO DI ASSICURAZIONE. <i>Nota a Corte di Appello di Napoli, IV sez. civ. 29 gennaio 2019, n. 432</i>	393
di Gaetano Scutto	

SUFFICIENTE LA CONTESTAZIONE DISCIPLINARE ALL'AVVOCATO ANCHE SENZA L'INDICAZIONE DELLA NORMA DEONTOLOGICA VIOLATA. <i>Nota a Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8313</i>	403
di Ylenia Zaira Alfano	

SUL VALORE PROBATORIO DEL VERBALE DELLA C.M.O. NEI GIUDIZI PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA EMOTRASFUSIONI. <i>Nota a Corte d'App. Napoli, sez. IV bis civile, 9 aprile 2019, n. 1962</i>	408
di Pietro Sorrentino	

LA NATURA DELLA NULLITÀ DEI CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO BENI IMMOBILI PER VIOLAZIONE DELLE NORME IN MATERIA URBANISTICA. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230/2019</i>	417
di Carlo Tarroux	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	431
a cura di Mario De Bellis	

RASSEGNA DI MERITO	434
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

Diritto e procedura penale

LA GARANZIA DEL <i>NE BIS IN IDEM</i> TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO EUROPEO	438
di Alessandro Jazzezzetti	

L'INAPPLICABILITÀ DEL GIUDIZIO ABBREVIATO AI DELITTI PUNITI CON L'ERGASTOLO. <i>LEGGE 12 APRILE 2019, N. 33, IN VIGORE DAL 20 APRILE 2019</i>	445
di Caterina Migliaccio	

GLI ASPETTI PENALISTICI PIÙ CONTROVERSI DELLA <i>VOLUNTARY DISCLOSURE</i> AL VAGLIO DELLA CASSAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, 15 marzo 2019, n. 10801</i>	454
di Stefano Loconte e Giulia Maria Mentasti	

PRODUZIONE DI MATERIALE PEDOPORNOGRAFICO: L'UTILIZZAZIONE DEL MINORE NELL'INVIO DA PARTE DEL MEDESIMO DEL "SELFIE" SESSUALMENTE ESPLICITO. <i>Nota a Tribunale di Nola, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090</i>	461
di Erica Vicentini	

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	465
a cura di Angelo Pignatelli	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	469
a cura di Andrea Alberico	

RASSEGNA DI MERITO	472
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

ASPETTI AMMINISTRATIVI COMPARATI IN MATERIA DI POLITICHE SANITARIE PER I MIGRANTI IRREGOLARI: IL CASO ITALIANO E FRANCESE	478
di Giorgia Viola Lacasella	
IL CONTROVERSO RAPPORTO TRA IL TERZO SETTORE E IL D.LGS. 231/2001: ANALISI COMPARATA DELLA DISCIPLINA GIURIDICA DELLE ASSOCIAZIONI E DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ENTI	489
di Angelo Terracciano	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)	494
a cura di Almerina Bove	

Diritto tributario

SULLA NON APPLICAZIONE DELL'ART. 32 DEL D.P.R. N. 601/1973 IN TEMA DI ESENZIONE DALLE IMPOSTE IPOCATASTALI SULL'ATTO DI ASSEGNAZIONE, AL SOCIO DI UNA COOPERATIVA, DI UN IMMOBILE EDIFICATO IN ATTUAZIONE DI PROGRAMMI PUBBLICI RESIDENZIALI. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. VI civile, ordinanza n. 8094, 3 aprile 2018</i>	498
di Nicolò Treglia	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE	503
a cura di Maria Pia Nastri	

Diritto internazionale

APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DELLA "CONTINUITÀ ECONOMICA" IN TEMA DI RISARCIMENTO DANNI DA ILLECITO ANTITRUST COSA CAMBIA PER IL <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> ? <i>Nota a CGUE, Seconda Sezione, 14 marzo 2019, C-724/17</i>	506
di Sara Cinque	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	516
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce	

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato	
DIRITTO CIVILE	
Sulla regolamentazione delle spese di lite nelle controversie di lavoro: tra <i>par condicio</i> processuale e principio della soccombenza.	524
di Enrica Maria Stefania Iardino	
DIRITTO PENALE	
Questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina intertemporale della c.d. legge spazzacorrotti: uno spinoso problema tra <i>favor rei</i> e <i>tempusregit actum</i>	529
di Giacomo Romano	
DIRITTO AMMINISTRATIVO	
Eziopatogenesi giurisprudenziale dell'onere della prova nei giudizi tributari sugli oneri consortili: diagnosi e terapia.	533
di Michele Arcangelo Lauletta	

Recensioni

IL CONTENZIOSO BANCARIO di Leonardo Di Brina e Francesca Picardi	540
di Mario de Bellis	

INDICE DELLE SENTENZE	542
-----------------------------	-----

Roberto Dante Cogliandro
Notaio

Editoriale

Sfide vecchie e nuove per la riforma del Paese

Le riforme prospettate durante l'anno in corso stanno solo in parte trovando approvazione e perdura l'esigenza del raggiungimento di obiettivi individuati da decenni. Il contesto economico italiano, dopo aver trovato una moderata ripresa, sta vivendo una fase di stallo partendo dalla seconda metà del 2018.

Il migliore andamento dell'economia registrato a partire dal 2015 aveva probabilmente trovato fonte in una politica monetaria espansiva e di bilancio prudente e ponderata e in riforme strutturali. Tuttavia, la frenata dell'economia evidenzia ancora una volta l'urgenza di attuare politiche volte a riattivare lo sviluppo e ad individuare gli strumenti per affrontare i problemi nel settore economico e sociale cui l'Italia è ancora soggetta.

Il debito pubblico italiano eccessivamente elevato pone una serie di problematiche fondamentali. In primo luogo, non consente o comunque lo consente in modo parziale e lacunoso, di utilizzare le risorse per affrontare esigenze sociali ed economiche di rilievo essenziale, oltre a rendere maggiormente fragile la tenuta del sistema bancario.

Attivare, dunque, una politica volta a ridurre il rapporto debito/PIL costituisce una necessità. Ciò potrebbe realizzarsi solo mediante una politica di bilancio ragionevole e sostenibile che, tuttavia, diminuirebbe necessariamente il raggio di azione per migliorare le infrastrutture, garantire appoggio ai più deboli e fornire servizi pubblici accettabili. Oltre che sotto il profilo economico, anche in ambito sociale il Paese richiede un vasto programma di attività.

Si è registrato che il tenore di vita, misurato dal PIL pro capite, è lo stesso del 2000 mentre il tasso di povertà è raddoppiato. Malgrado il tenue miglioramento subito dal mercato del lavoro, perdura l'assenza di opportunità per un numero ancora troppo importante di giovani che, pertanto, si vedono costretti ad emigrare.

Il tasso di occupazione femminile italiano è uno dei più bassi al mondo, al pari del Messico, della Grecia e della Turchia. Sotto il profilo regionale, poi, emerge una considerevole disparità di reddito e benes-

sere profondamente radicata, aggravata ulteriormente dal sistema fiscale e previdenziale. Tra le essenziali sfide da affrontare vi è quella di mettere in pratica un programma di spesa pubblica più efficiente, attuando un coordinamento soddisfacente tra le amministrazioni e le agenzie centrali e locali, che, peraltro, se scarso alimenta la corruzione. La strada delle riforme, come emerso anche dal Rapporto annuale dell'OCSE, è ancora lunga e va assolutamente incoraggiata.

Le riforme strutturali a carattere pluriennale di cui il Paese ha la necessità devono mirare a raggiungere una crescita più stabile e inclusiva e a ritrovare la fiducia nella capacità di riforma del Paese.

La difficoltà maggiore si trova nell'attuare una crescita inclusiva, diminuendo, contemporaneamente, il debito pubblico. Per far ciò occorre aumentare l'occupazione e la produttività, incoraggiando l'imprenditoria e portando a compimento il nuovo sistema fallimentare.

Inoltre, anche l'efficienza della PA costituisce un'altra tematica basilare per il raggiungimento dei suddetti obiettivi. La strategia deve necessariamente passare per l'ulteriore valorizzazione dell'accountability e della trasparenza. Sul piano della suddetta disparità sociale, poi, occorre rinsaldare gli incentivi per l'occupazione, ma al contempo evitare di creare circoli viziosi della povertà. È necessario, infatti, affrontare la questione delle disparità sociali e regionali mediante strumenti idonei, come il Reddito di cittadinanza contribuisce a fare, ma quest'ultimo va associato a sussidi vincolati all'occupazione e alla semplificazione del sistema di imposte sul reddito delle persone fisiche, nell'assoluto rispetto del principio costituzionale di progressività.

I servizi pubblici per l'impiego vanno rinforzati, creando un piano pluriennale e programmando investimenti e promuovendo il coordinamento tra i centri per l'impiego. L'Italia dovrebbe riattivare o comunque irrobustire gli investimenti pubblici, ponendo particolare attenzione anche alle politiche di sviluppo regionale.

Nel settore della giustizia non possono essere ignorate le esigenze impellenti dovute al frequente cattivo impiego delle risorse e all'eccesso di burocratizzazione che stentano a far raggiungere livelli minimi essenziali di efficienza.

Il Governo italiano ha creato attraverso la costante evocazione del cambiamento aspettative da parte dei cittadini anche e soprattutto sul tema delle politiche giudiziarie e di ottimizzazione della giustizia che occorre elevare a primari obiettivi.

Ci si aspetta una urgente diminuzione della burocratizzazione, senza, tuttavia, accantonare le garanzie del giusto processo. Inoltre, occorre rendere appetibile per gli investitori esteri l'ingresso nel nostro Paese, pianificando gli investimenti necessari.

La sfida italiana nel settore delle riforme è a tratti scoraggiante, ma non ci si può permettere un ulteriore arresto né un'apparente perseguimento di obiettivi da parte della politica che si risolve in un nulla di fatto. Solo realizzando le riforme appropriate si potrà migliorare la condizione di tutte le regioni del Paese e delle nuove generazioni degli italiani.

Diritto e procedura civile

QUANDO IL FATTO INCONTRA IL DIRITTO: A PROPOSITO DELLA COSÌ DETTA SERVITÙ DI PARCHEGGIO	384
di Francesco Meglio	
SULLA VALIDITÀ E TIPICITÀ DELLA CLAUSOLA <i>CLAIMS MADE</i> INSERITA IN UN CONTRATTO DI ASSICURAZIONE. <i>Nota a Corte di Appello di Napoli, IV sez. civ. 29 gennaio 2019, n. 432</i>	393
di Gaetano Scuotto	
SUFFICIENTE LA CONTESTAZIONE DISCIPLINARE ALL'AVVOCATO ANCHE SENZA L'INDICAZIONE DELLA NORMA DEONTOLOGICA VIOLATA. <i>Nota a Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8313</i>	403
di Ylenia Zaira Alfano	
SUL VALORE PROBATORIO DEL VERBALE DELLA C.M.O. NEI GIUDIZI PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI DA EMOTRASFUSIONI. <i>Nota a Corte d'App. Napoli, sez. IV bis civile, 9 aprile 2019, n. 1962</i>	408
di Pietro Sorrentino	
LA NATURA DELLA NULLITÀ DEI CONTRATTI AVENTI AD OGGETTO BENI IMMOBILI PER VIOLAZIONE DELLE NORME IN MATERIA URBANISTICA. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230/2019</i>	417
di Carlo Tarroux	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	431
a cura di Mario De Bellis	
RASSEGNA DI MERITO	434
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

Quando il fatto incontra il diritto: a proposito della così detta servitù di parcheggio

abstract

In 2014, the Supreme Court of Cassation expressed itself negatively with regard to the configurability of the parking easement due to the impossibility of the object, lacking the relevance of the right to the dominant fund and translating itself into a mere personal advantage of the owner of said fund. Part of the doctrine and practice, correctly, have immediately reduced the scope of the sentence, limiting it to the case submitted to the judge of legitimacy, indirectly highlighting the margins for the configuration of this case. With two subsequent sentences – one before September 2017 and a second one in March 2019 – the Court of Cassation returned to the subject showing that it was well aware of the flexibility of the easement – a typical real right whose content can also be atypical – to give shape to interests of various nature, respecting the traits proper to the jus in re aliena.

keywords

Parcel service – Utility – Reality – Personal servitume.

abstract

Nel 2014, la Suprema Corte di Cassazione si è espressa negativamente in ordine alla configurabilità della servitù di parcheggio per impossibilità dell'oggetto, mancando l'inerenza del diritto al fondo dominante e traducendosi in un mero vantaggio personale del titolare di detto fondo. Parte della dottrina e della prassi, correttamente, hanno da subito ridimensionato la portata della sentenza, circoscrivendola al caso sottoposto al giudice di legittimità, indirettamente evidenziando i margini per la configurazione di tale fattispecie. Con due successive sentenze – una prima del settembre 2017 e una seconda del marzo 2019 – la Cassazione è tornata sull'argomento mostrando di avere ben presente la duttilità della servitù – diritto reale tipico il cui contenuto può essere anche atipico – a dare forma ad interessi di varia natura, nel rispetto dei tratti propri dello jus in re aliena.

parole chiave

Servitù di parcheggio – Utilità – Realtà – Servitù personali.

sommario

1. Tre interventi della Cassazione nell'arco di un quin-

quennio: rilevanza del fatto concreto e portata della decisione. – 2. Cenni sulle servitù prediali: tra *numerus clausus* dei diritti reali e servitù personali. – 3. Le servitù prediali e i diritti reali. – 4. Nozione di utilità, tra *qualitas fundi* e *commoditas*. – 5. Il parcheggio quale oggetto di servitù. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Tre interventi della Cassazione nell'arco di un quinquennio: rilevanza del fatto concreto e portata della decisione

Da mihi factum, dabo tibi ius. Con tale locuzione, equivalente alla più nota *iura novit curia*, si descriveva nell'esperienza giuridica romana, in maniera efficace e concisa, la funzione del giudicare.

Il giudice è perciò chiamato, muovendo da una scrupolosa analisi del fatto che gli viene presentato, ad individuare la disciplina più adeguata a regolarlo, potendo legittimamente prescindere dalla qualificazione che di esso ne abbiano dato le parti in lite. Il necessario raccordo tra fatto e diritto è anche alla base delle ragioni per cui negli ordinamenti di *civil law* viene rigettata la regola dello *stare decisis*, nota anche come regola del c.d. precedente giudiziario, accolta invece dai sistemi di *common law*, potendo la decisione su di una fattispecie simile – che non potrà mai essere uguale a quella al vaglio – costituire al più un riferimento certamente utile ma non vincolare il giudice, al quale compete la qualificazione del fatto.

La complessa tematica della servitù di parcheggio costituisce una felice opportunità per rimarcare le ragioni di una approfondita disamina del fatto, al fine di selezionare la disciplina ad esso applicabile, rifuggendo approcci che, offuscando le specificità della fattispecie concreta, ne sacrificano le caratteristiche, trascurando di considerare che in questo modo si perviene ad una regolamentazione parziale e inadeguata.

Come è noto, la sentenza della Cassazione Civile, Sez. II, 6 novembre 2014, n. 23708¹ si è pronun-

¹ A. TESTA, *La nullità degli atti costitutivi di servitù di parcheggio*, in *Imm. e propr.*, 4, 2015, p. 229 ss. Sulla configurabilità della servitù di parcheggio v. G. MUSOLINO, *Il diritto d'uso delle aree destinate a parcheggio: una fattispecie d'uso forgiata dalla giurisprudenza*, in *Riv. not.*, 2009, p. 1206 ss.; M. PICCINNI, *Ai confini della servitù: utilitas e predialità tra res e persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017; I. PIZZIMENTI, *Parcheggio in area condominiale altrui ed azioni possessorie: insussistenza di una servitù*, in *Nuova*

ciata negativamente sull'ammissibilità della servitù di parcheggio, principiando dall'impossibilità di rilevare nella fattispecie proposta alla sua attenzione l'inerenza del diritto al fondo dominante e ritenendo il vantaggio conseguibile dalla relativa vicenda un mero vantaggio personale del proprietario di detto fondo².

Nel caso di specie, una donna aveva alienato ad una società un proprio terreno, dando atto nello stesso contratto dell'esistenza di una servitù di parcheggio costituita a favore del fondo limitrofo, di proprietà del nipote. Alla morte di quest'ultimo, l'erede conveniva in giudizio la società per far accertare l'esistenza del diritto di servitù a favore del proprio fondo.

Sia in primo grado che in secondo grado veniva accolta la domanda della parte attrice, osservando che tra la società e la sua dante causa fosse intervenuto un contratto a favore di un terzo avente ad oggetto la costituzione della contestata servitù.

La società soccombente proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza di secondo grado, incentrando le proprie doglianze sulla asserita violazione da parte dei giudici di prime cure delle norme che regolano le servitù prediali, con particolare riguardo all'impossibilità di configurare nel nostro ordinamento una servitù di parcheggio.

La Cassazione, riformando integralmente la pronuncia della Corte territoriale, sanciva il principio in base al quale l'atto di costituzione o di riconoscimento di una servitù di parcheggio è nullo per impossibilità dell'oggetto³.

giur. civ. comm., 2013, 4, p. 11020 ss.

Analogamente, cfr. Cass., 13 settembre 2012, n. 15334, in *www.iusexplorer.it/Dejure*. Per una critica a tale sentenza, nella parte in cui nella stessa sembra concludersi per la nullità per impossibilità dell'oggetto di una costituzione di un diritto (personale) di parcheggio v. A. PLAIA, *Il contratto costitutivo di una "servitù irregolare" di parcheggio è nullo per impossibilità dell'oggetto: considerazioni a margine di una decisione oscura*, in *Dir. civ. contem.*, 10 novembre 2014.

² Invero, la Corte richiama un suo precedente. In questo senso, già Cass. 28 aprile 2004, n. 8137, in *Arch. circ. trasp.*, 2004, p. 972; Cass. 21 gennaio 2009, n. 1551, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 4, 1, p. 1501, con nota di M. De Tilla, *Condominio e azione di reintegrazione*; Cass. 22 settembre 2009, n. 20409, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 279, con nota di F. Esposito, *Considerazioni sull'ammissibilità della servitù di parcheggio*; Cass. 13 settembre 2012, n. 15332, in *Giur. it.*, 2013, p. 5, con nota di G. Rispoli, *Sulla servitù di parcheggio*; Cass. 7 marzo 2013, n. 5769, in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2013, 6, p. 620.

³ Sull'impossibilità giuridica dell'oggetto del contratto, *ex multis*, v. G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.* (a cura di A. Azara - E. Eula), IV, Torino 1959, p. 504; G. Mirabelli, voce *Negoziio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 176; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Cod. civ. Comm.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 2001, p. 66 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 320 ss. Secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 323, "il giudizio di possibilità non riguarda la concreta attitudine delle parti ad assolvere l'impegno assunto, ma l'astratta realizzabilità di tale impegno, sia pure con l'impiego di uno sforzo diligente superiore al normale".

Da subito, però, i primi commentatori rilevavano che il principio di diritto reso dalla Suprema corte non potesse estendersi a fattispecie significativamente diverse da quella esaminata. In altre parole, non si mancava di rilevare come la utilità di parcheggiare potesse apprezzarsi non soltanto in termini di *commoditas* per specifiche persone, ma fosse configurabile una regolare servitù di parcheggio, sempreché venissero osservati i requisiti propri dell'istituto della servitù⁴. L'interesse degli studiosi e dei pratici per la questione, unitamente alla poca *vis persuasiva* delle argomentazioni addotte, rendeva edotti del fatto che l'approdo cui era giunta la Suprema Corte non poteva segnare il *de profundis* della questione.

La dottrina, non convinta dal percorso a tratti apodittico e generalizzante intrapreso dalla Suprema Corte, non ha dovuto attendere molto prima che la stessa Corte di Cassazione tornasse sul tema e venisse a posizioni maggiormente condivisibili. Il riferimento è a Cassazione Civile, sez. II, 6 luglio 2017, n. 16698⁵, con la quale non si supera il precedente del 2014, ma si chiarisce che il tema va guardato considerando la precisa clausola negoziale e la sua compatibilità con la disciplina delle servitù prediali.

Nel caso di specie, infatti, una società proprietaria di un immobile facente parte di edificio condominiale conveniva in giudizio i proprietari di un immobile confinante al fine di ottenere la rimozione di una scala costruita a ridosso del muro condominiale in violazione delle distanze legali dalle finestre dell'immobile della parte attrice, l'accertamento della servitù di passaggio pedonale e carraio attraverso due portoni di accesso posti su due vie pubbliche e, infine, l'accertamento della servitù di parcheggio sull'area scoperta di proprietà dei convenuti.

La società attrice chiedeva la condanna dei convenuti a mantenere aperti i cancelli di accesso per tutto il giorno e a cessare ogni attività di turbativa e impedimento all'esercizio della servitù di parcheggio. I convenuti, costituitisi in giudizio, chiedevano il rigetto delle domande adducendo, tra l'altro, che con atto del 16 febbraio 1975 l'originaria unica proprietaria dello stabile, con l'atto di vendita di una parte di esso al dante causa dell'odierna parte attrice, aveva costituito il solo diritto di servitù di passaggio pedonale, mentre sia il diritto di passaggio carraio sia il diritto di parcheggiare sull'area rimasta di sua proprietà erano previsti a titolo personale.

Il giudizio di primo grado si concludeva con la condanna dei convenuti alla demolizione della scala esterna e l'accertamento dell'esistenza della servitù di passaggio pedonale nonché di carraio e della servitù di parcheggio sull'area scoperta di proprietà della par-

⁴ Così, A.A. CARRABBA, *La servitù di parcheggio*, in *Giust. civ. com.*, *Approfondimento del 21 luglio 2015*.

⁵ In senso analogo, v. Cass., 23 marzo 1995, n. 3370. *Contra*, le sentenze già citate alla nota 1.

te convenuta, con l'obbligo a carico di quest'ultima a cessare ogni turbativa all'esercizio del diritto attoreo.

La Corte d'Appello accoglieva parzialmente l'appello principale rigettando la domanda di condanna dei convenuti a cessare ogni turbativa o impedimento all'esercizio della servitù di parcheggio. Il giudice di seconde cure, poi, richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n. 1551 del 2009, riteneva che il parcheggio dell'auto non potesse rientrare nello schema del diritto di servitù per difetto di realtà, cioè di inerenza dell'utilità al fondo dominante e del peso al fondo servente, in quanto la comodità di parcheggiare l'auto per le specifiche persone che accedono al fondo si traduce in un vantaggio personale dei proprietari.

La società soccombente nel giudizio di seconde cure proponeva ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione, denunciando la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1027 c.c.

La Corte, pertanto, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., enunciava il principio di diritto secondo il quale: «In tema di servitù, lo schema previsto dall'art. 1027 c.c. non preclude in assoluto la costituzione di servitù avente ad oggetto il parcheggio di un'autovettura su fondo altrui, a condizione che, in base all'esame del titolo e ad una verifica in concreto della situazione di fatto, tale facoltà risulti essere stata attribuita come vantaggio in favore di altro fondo per la sua migliore utilizzazione».

La questione oggetto di questo contributo si ripresenta dinanzi alla Corte di Cassazione, la quale si allinea al suo più recente orientamento. Ed infatti, la sentenza della Cassazione Civile, sez. II, 18 marzo 2019, n. 7561 segue il filone intrapreso nel 2017 non intravedendo ostacoli ontologici alla configurabilità di una servitù di parcheggio, ove dello *jus in re aliena* sussistano i presupposti.

La vicenda posta al vaglio degli Ermellini è la seguente: il proprietario di un'area scoperta censura il comportamento di un vicino, il quale, a suo parere, aveva illegittimamente occupato quattro dei ventisette posti auto realizzati sul piazzale, e perciò lo citava in giudizio chiedendo il rilascio dei beni. Il convenuto si costituiva in giudizio affermando la legittimità delle proprie condotte, in virtù di un titolo idoneo. Infatti, egli aveva acquistato alcuni locali in un fabbricato vicino e dagli atti risultava che, nel 1979, era intervenuto un accordo tra il proprietario dell'area su cui erano stati ricavati i posti auto e la società proprietaria del fabbricato di cui il convenuto era condòmino. In base a tale convenzione, il proprietario dell'area aveva costituito un vero e proprio diritto di parcheggio a favore del fabbricato vicino.

Tribunale e Corte d'appello concordano nell'accogliere la domanda della parte attrice e nell'ordinare, perciò, il rilascio dei posti auto. Inoltre, il giudice di seconde cure ritiene che l'atto del 1979 ha ad oggetto la costituzione di un diritto reale di uso, non contra-

stante con quanto disposto dall'art. 1024 c.c., a mente del quale i diritti di uso e abitazione non si possono cedere o dare in locazione, diritto che si sarebbe estinto in quanto l'attuale proprietario era un semplice avente causa della società che aveva sottoscritto il contratto del 1979.

La tenacia del convenuto giunge dinanzi ai giudici di Piazza Cavour in Cassazione, dove il ricorrente sostiene che il giudice di merito ha erroneamente escluso la configurabilità della servitù di parcheggio. Infatti, con la convenzione del 1979 era stato costituito un vero e proprio diritto di parcheggio (*rectius*: una servitù) a favore dell'intero edificio di cui attualmente era condòmino. A seguito della vendita delle varie porzioni immobiliari, poi, tale diritto era stato trasmesso ai successivi acquirenti.

Il giudice di legittimità, nel cassare con rinvio alla Corte d'appello, ha dato ragione al ricorrente, in quanto il contratto può prevedere che l'*utilitas* venga prevista a vantaggio del fondo dominante (per la sua migliore utilizzazione, ad esempio) ed a carico del fondo servente. La servitù di parcheggio sarebbe configurabile ove le parti abbiano inteso costituire un vantaggio a favore del fondo dominante ed a carico di quello servente, sì da rispettare la nozione che il codice civile dà della servitù prediale. Ciò che conta, dunque, è l'esame della volontà negoziale trasfusa nell'atto. Non soltanto nell'atto del 1979, dal quale muove il Supremo Collegio nell'ipotesi giunta al suo vaglio, ma in ogni ipotesi è il titolo a legittimare o meno la costituzione di una servitù di parcheggio e ad esso deve farsi necessariamente riferimento.

Con gli ultimi due arresti, insomma, il giudice di legittimità si allinea alla migliore dottrina che ha sottolineato l'atipicità quanto ai contenuti delle servitù⁶, ponendo nondimeno questioni vecchie e nuove di notevole interesse per gli interpreti, e sulle quali il presente contributo proverà per quanto possibile a fare chiarezza.

⁶ In questi termini M. COMPARTI, *Servitù (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 276, per il quale «il nostro ordinamento configura solo la categoria generale del diritto di servitù, con libertà dei privati di creare, attraverso la determinazione secondo autonomia dei vari contenuti, i singoli tipi di servitù nell'ambito dello schema fondamentale previsto e regolato»; D. BARBERO, *Tipicità, predialità ed indivisibilità nel problema della identificazione delle servitù*, in *Foro pad.*, 1957, I, p. 1042: «... La struttura del rapporto è forgiata da uno stampo, una forma giuridica, ordinata esclusivamente dalla legge. Ma in questo stampo si può colare a scelta degli interessati un contenuto molto vario, di cui la legge si limita a fissare i tratti generici... tipico dunque lo stampo, la struttura del rapporto... atipico il contenuto». Nella letteratura meno recente, v. E. ARDUINO, *Istituzioni di Diritto Civile*, Brescia, 1919, p. 377, ove si legge che «Le servitù prediali sono indeterminate, ossia se ne possono costituire quante giovino allo sfruttamento dei fondi».

2. Cenni sulle servitù prediali: tra *numerus clausus* dei diritti reali e servitù personali

La disciplina delle servitù prediali⁷, e dei diritti reali in generale, potrebbe inculcare la sensazione di un diritto poco incline alle istanze dei tempi, quasi come un'area insuscettibile di modificazioni.

Focalizzando l'attenzione sulla normativa in tema di servitù prediali, ci si avvede ben presto di come, in questa materia più che in altre, l'eredità romana sia molto forte. Tale aspetto non si coglie solamente dalla circostanza che il legislatore ha riprodotto singole norme o singoli principi (talvolta non espressi, ma sottostanti alla soluzione individuata dai giuristi romani), quanto nel fatto che sono stati accolti pedissequamente istituti e categorie acquisite all'esperienza giuridica della Città Eterna⁸.

Deve osservarsi, inoltre, che nella materia in esame, uno dei fattori che in altre aree del diritto privato ha imposto e impone ogni giorno evoluzioni disciplinari, vale a dire l'influenza esercitata dalla normativa comu-

⁷ Cfr. R. TRIOLA, *Le servitù*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2008; A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova, 2007; G. BRANCA, *Servitù prediali*, 6 ed., in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987; M. COMPORI, *Le servitù prediali*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 8, Proprietà, t. II, Torino, 1982; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, vol. XII, Milano, 1967; G. GROSSO e G. DEIANA, *Le servitù prediali*, 3 ed., in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1963; F. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949; L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947; L. CARIOTA FERRARA, *Delle servitù prediali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di D'Amelio e Finzi, Libro della proprietà, Firenze, 1942.

⁸ *Ex multis*, F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 32; e, per la dottrina notarile, E. MARMOCCHI, *Presentazione del tema*, in *Le servitù prediali fra tradizione e attualità*, a cura di Marmocchi, Milano, 2012, p. 9 e ss., che qualifica i brocardi, attraverso cui si esprime la disciplina delle servitù, meccanismi concettuali di stabilizzazione.

Per il diritto romano, *ex aliis*, v. F. TUCCILLO, *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano*, Napoli, 2009; M.F. CURSI, *Modus servitutis. Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli, 1999; A. BURDESE, voce *Servitù prediali (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1976, p. 118; G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969; B. BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*, 2 ed., Milano, 1954; ID., *La categoria romana delle servitutes*, Milano, 1938.

Più in generale, per elementi di interpretazione storica sui diritti reali, P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006; ID., *Il dominio e le cose - Percezioni medievali e moderne nei diritti reali*, Milano, 1992; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970; ID., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944.

Sull'importanza della tradizione giuridica, in generale, si veda, per tutti, P. GROSSI, *Introduzione*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., p. 10, che afferma: «Il richiamo alla tradizione significa diffidenza verso ogni improvvisazione e volontà di costruire non sull'effimero, facendo tesoro di quei momenti dialettici, che sono la ricchezza dei tempi trascorsi, che consolidano il presente grazie a un prezioso contrappunto comparativo».

nitaria, è del tutto assente, sì che il corpo normativo dedicato alle servitù prediali risulta intatto, non essendo intervenuto alcun mutamento dopo il codice del 1942⁹.

Il quadro che ne esce sembra proprio essere quello di un istituto monolitico, nel quale all'interprete è richiesto di accogliere *de plano* le acquisizioni consolidate nel tempo con un approccio acritico. Una tale impostazione persuade poco ed è facile mostrarne la fallacia.

Il fatto che si sia a più riprese fatto ricorso ai principi derivanti dall'esperienza romana non ha impedito l'evoluzione della disciplina, come ad esempio è testimoniato dall'evoluzione conosciuta dalle servitù reciproche.

Si tenga presente, per tali servitù, il mutamento di indirizzo di dottrina e giurisprudenza, dopo che in una prima fase, stante l'accoglimento dell'opposta regola romanistica *nemini res sua servit*, si era qualificato l'obbligo di non fare come onere reale.

Per la verità, l'incompatibilità tra le servitù reciproche e la dogmatica di matrice romanistica era solo apparente e non effettiva, tanto che la giurisprudenza¹⁰, dopo l'iniziale diffidenza alla quale si è accennato, ha successivamente ammesso che le servitù reciproche non contrastano con le regole provenienti dal diritto romano, decretandone la diffusione e lo sviluppo nella prassi notarile.

Il riferimento è, intuitivamente, al regolamento di condominio predisposto dall'originario unico proprietario dell'edificio, con il quale si vengono a porre clausole limitanti i poteri dei singoli condomini sulle loro proprietà esclusive, per cui ciascun fondo di cui il lotto si compone è al tempo stesso servente e dominante rispetto a tutti gli altri.

Sulla conformazione delle servitù prediali, e dei diritti reali *tout court*, ad onor del vero, oltre all'esperienza romana ha inciso, e non poco, il legislatore rivoluzionario francese, per il quale era contraddittorio con gli auspici della rivoluzione far permanere la varietà multiforme di situazioni reali, costituendo un ostacolo

⁹ Allo scarso interesse della giurisprudenza in materia fa eccezione la pronuncia Corte giust. CE, grande sez., 16 luglio 2009, n. 428, H. c. Secretary of State for Food, in *Dir. economia*, 2009, p. 831, e *Riv. dir. agr.*, 2009, 3, p. 208, secondo la quale uno Stato membro può comprendere nelle proprie norme per le buone condizioni agronomiche e ambientali ai sensi dell'art. 5 e dell'all. IV, regolamento Ce del Consiglio 29 settembre 2003, n. 1782 (che stabilisce norme comuni sui regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune, istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e modifica precedenti regolamenti), requisiti di manutenzione dei sentieri visibili gravati da servitù di passaggio pubblico, purché detti requisiti contribuiscano a mantenere tali sentieri come elementi caratteristici del paesaggio o, eventualmente, a evitare il deterioramento degli *habitat*.

¹⁰ Cfr. Cass., 10 ottobre 2000, n. 13487, in *Banca dati Leggi d'Italia*; Cass., 2 giugno 1992, n. 6652, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1029. Sulle servitù reciproche, G. BRANCA, *op. cit.*, p. 65; B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 116; R. TRIOLA, *op. ult. cit.*, p. 29.

alla libertà del singolo individuo e alla circolazione dei beni¹¹.

Si comprende, allora, perché il codice napoleonico esalti la proprietà, quale diritto naturale fondamentale sui beni, slegandola da tutta una serie di limitazioni che la connotavano. Quanto poi ai diritti reali su cosa altrui, il *code civil* torna di fatto ai tipi previsti dallo *ius civile* romano (usufrutto, uso, abitazione, servitù prediali, garanzie reali), addivenendo ad una semplificazione rispetto al passato, ed inoltre effettuando una significativa restrizione del loro contenuto e della loro durata.

Il codice civile del 1865 si allinea a tale impostazione, ed altrettanto fa il legislatore del 1942, il quale aggiunge soltanto la disciplina della superficie.

Il principio generale del *numerus clausus* dei diritti reali, il cui fondamento si è brevemente ricordato anche attraverso un rapido *excursus* cronologico, opera solo relativamente ai privati. In altri termini, esso si pone come limite per l'autonomia privata, mentre al legislatore è consentita la creazione di nuove figure. A sostegno di quanto appena detto si consideri la disciplina della multiproprietà, introdotta nel codice del consumo a fronte di frequenti sollecitazioni di stampo comunitario, istituto che a detta di taluno costituisce un nuovo modello soggettivo di appartenenza, segnatamente nella forma tradizionale così detta immobi-

liare¹².

La presenza di un principio di tipicità delle situazioni reali si riflette inesorabilmente sui margini entro i quali i privati possono esercitare la loro autonomia¹³. Tale profilo consente di affrontare consapevolmente una delle obiezioni da sempre rivolte contro l'ammissibilità della servitù di parcheggio, vale a dire il fatto che essa costituirebbe una servitù irregolare meramente personale.

Va fatta, preliminarmente, una precisazione di ordine terminologico. Quando si discorre di servitù personali suole farsi riferimento ai diritti reali di usufrutto, uso e abitazione¹⁴, in ordine ai quali *res servit personae*¹⁵.

Le differenze con la servitù prediale sono plurime. Anzitutto, difetta la duplice inerente, non potendosi rintracciare un fondo dominante; in secondo luogo, l'*utilitas* fruibile non è specifica, dal momento che il titolare del diritto di usufrutto, uso ed abitazione può trarre dalla cosa, nel perimetro tracciato dalla legge e *salva rerum substantia*, qualunque utilità compatibile.

Una importante differenza si apprezza in sede di estinzione, atteso che la "servitù personale" si estingue con la morte della persona del titolare ed è incedibile, eccezion fatta per l'usufrutto, per il quale può darsi una

¹¹ I. BIROCCHI, *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino, Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Milano, 2006, p. 126, secondo cui, caduta la visione gerarchica della società e venuta meno l'idea che questa rispondesse a una convergenza metafisica dei fini, la nuova concezione orizzontale del consorzio civile, basata sull'eguaglianza di diritto, comportava la ricostituzione della stessa intorno al valore terreno dei beni e all'iniziativa di ciascuno per raggiungere il proprio benessere. Di qui la centralità della proprietà, che, tendenzialmente libera da vincoli, rientra in una prospettiva dinamica, dove la tutela del godimento e della disponibilità è in funzione non solo della possibilità che i beni vengano messi a frutto, ma anche dell'«incessante movimento per scambiarla». La proprietà, da perno dell'ordine economico naturale, assurgeva a fondamento dell'ordine sociale, poiché collegata al «commercio abbandonato a se stesso», cioè al mercato, pensato come compositore dell'equilibrio tra le esigenze disparate nascenti da bisogni e aspettative individuali.

Sul numero chiuso dei diritti reali, *ex aliis*, M. COMPORTE, *Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione*, in AA.VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, vol. II, Milano, 2006, p. 769; V. MANNINO, «La tipicità dei diritti reali nella prospettiva di un diritto europeo uniforme», in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 945; A. FUSARO, «Il numero chiuso dei diritti reali», in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 439; E. CATERINI, *Il principio di legalità nei rapporti reali*, Napoli, 1998; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di C. Grasseti*, vol. I, Milano, 1980, p. 421; A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979; P. VITUCCI, «Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù», in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 855. Per una ricostruzione critica dal diritto romano al codice vigente, V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei iura in re aliena ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, 1992, *passim*.

¹² G. DI ROSA, *Proprietà e contratto. Saggio sulla multiproprietà*, Milano, 2002. In tema, v. E. MALAGOLI, «La direttiva 2008/122/Ce sulla multiproprietà», in *Contr. e impr./Europa*, 2009, p. 984; U. MORELLO e G. TASSONI, voce *Multiproprietà* [aggiornamento-2003], in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, t. II, Torino, 2005, p. 896; G. ALPA, «Il recepimento della direttiva comunitaria in materia di multiproprietà: un'analisi comparativa», in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 193; G. DE NOVA, «Multiproprietà e disciplina dei contratti», in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 5; G. CASELLI, *La multiproprietà*, Milano, 1999; U. VINCENZI, *Multiproprietà immobiliare*, Padova, 1992; A. DE CUPIS, «Multiproprietà e comproprietà», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 1024.

¹³ In tema, l'interessante rilievo di M. COSTANZA, «Realità e relatività della situazione proprietaria», in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 1260, comunque, rileva che l'affermazione di principio circa la tipicità dei diritti reali non appare trovare sempre pieno riscontro: lo stesso legislatore «non ha escluso la modulazione delle relazioni fra il soggetto e la *res* quale conseguenza di specifiche determinazioni convenzionali attraverso le quali le regole della titolarità reale si intensificano o si attenuano, generando diritti e obblighi che relativizzano la situazione soggettiva in funzione delle esigenze dei singoli interessati».

¹⁴ Per essi, almeno, L. BARASSI, *I diritti reali limitati. In particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1947, p. 31 ss.; M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 139 ss.; G. PUGLIESE, *Usufrutto uso e abitazione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, Vassalli, Torino, 1972, p. 48 ss.; D. BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*, Milano, 1952, p. 29 ss.

¹⁵ J.G. HEINECCIUS, *Elementa Juris Civilis Romani - Elementi di Diritto Civile Romano*, Testo originale con trad. It., Napoli, 1831 (Ed. orig: 1744), vol. I, p. 200 (Libro II, Tit. III, § 393), ove si legge che «La servitù è un diritto costituito sulla cosa altrui, mercé del quale il padrone della stessa è tenuto di soffrire, o di non fare qualche cosa sulla sua proprietà per lo vantaggio di un'altra cosa, o di un'altra persona ... La prima specie di servitù dicesi reale o prediale, la seconda personale».

cessione nei limiti di cui all'art. 980 c.c. Di contro, la servitù prediale è invece tendenzialmente perpetua e la cessione dei fondi ne comporta inseparabilmente la cessione congiunta.

Si comprende che la distinzione tra servitù prediale da un lato e servitù personali dall'altro, annoverandosi in queste i diritti di usufrutto, uso e abitazione, può non essere agevole, specie in tutte quelle ipotesi in cui l'utilità concessa esaurisca, in concreto, tutto ciò che il fondo servente può dare.

Un sicuro indice differenziale non sembra potersi ricavare dalla disciplina normativa, per cui merita di essere condivisa la posizione di quella dottrina secondo la quale «sarà allora questione di interpretazione il vedere se, in base alle circostanze di fatto, si verifica tale assorbimento e si è pertanto in presenza di un diritto di godimento più generale, ovvero se si rimane ancora nell'ambito delle servitù»¹⁶.

3. Le servitù prediali e i diritti reali

Se è indubitabile la riconduzione delle servitù prediali ai diritti reali, quando ci si approccia allo studio delle stesse, anche solo considerando la loro collocazione topografiche all'interno del Codice civile, si osserva che alcuni caratteri propri dei diritti reali nelle servitù sono per così dire sfocati. Per comprendere tale affermazione basti pensare alle servitù c.d. negative.

In tali ipotesi, infatti, il titolare del fondo servente è chiamato non già ad un *facere*, bensì all'astensione dall'esercizio di talune facoltà in ragione della tutela delle prerogative connesse al fondo dominante¹⁷.

La questione, nondimeno, si pone anche dinanzi ad alcune servitù positive. Si consideri, per esempio, quello che accade con la servitù di veduta, dove non è agevole differenziare il dovere di astensione gravante sui terzi in relazione alla servitù stessa, dal generale dovere di astensione relativamente al diritto dominicale del titolare del fondo dominante¹⁸.

La circostanza, per quanto detto, che talvolta nelle servitù i caratteri propri dei diritti reali vengano a sfumare o, comunque, si connotino per una diversa intensità, non appare capace di sottrarre le servitù prediali dal novero dei diritti reali.

Pare infatti dirimente rilevare che il diritto reale, prima ed a prescindere dal fatto che impone ai consociati un dovere generico di astensione dagli atti che possano arrecare nocumento al titolare dello stesso, si caratterizza per la particolare relazione che si instaura tra la situazione e la cosa, nella c.d. inerenza, ossia nel particolare modo di essere del diritto rispetto alla *res*

che ne forma oggetto, ovvero nella intima connessione che v'è fra il diritto e la cosa¹⁹.

I diritti in parola risultano così forniti di tutela reale: ciascun terzo può avanzare pretese di diritto sulla cosa, il titolare del *jus in re aliena* può esercitare le azioni reali a tutela della sua situazione; lo stesso proprietario può recare molestie di diritto al titolare del *jus in re aliena*, quest'ultimo può esercitare le medesime azioni nei confronti del primo. In breve, può affermarsi che il diritto reale segue il bene cui inerisce.

Tale essenziale elemento strutturale permette, al contempo, da una parte, di distinguere i diritti reali dai diritti di credito e, dall'altra, di superare l'apparente contrasto tra esercizio dei diritti reali limitati ed esercizio del diritto di proprietà.

La natura reale del diritto risulta ad ogni buon conto espressa dal particolare modo di essere della relativa situazione soggettiva rispetto alla cosa oggetto del diritto stesso.

Il rapporto che intercorre tra titolare del diritto reale pieno e titolare del diritto reale limitato concerne l'aspetto dell'esercizio dei diritti e, in particolare, dell'esercizio del *jus in re aliena*²⁰.

Con riferimento alle servitù si osserva che l'inerenza propria dei diritti reali viene in rilievo sia rispetto al fondo c.d. servente sia rispetto al fondo c.d. dominante.

Non a caso da più parti si ritiene sussistere una duplice inerenza, motivo per il quale il diritto di servitù si reputa inconcepibile senza l'ancoraggio ai due predetti fondi²¹.

A ciò si aggiunga che il codice, scorrendo espressamente delle servitù come prediali, finisce per rimarcare che la situazione giuridica regolata riguarda i fondi.

In assenza dell'aspetto della predialità potrebbe risultare superata l'essenza stessa della servitù e denegata la funzione cui sono chiamate le relative concrete situazioni. In particolare, potrebbe risultare scolorita la funzione di rendere, rispetto alla posizione del singolo soggetto, autonoma la soddisfazione di esigenze oggettive, siano queste esigenze agricole, edilizie o industriali, ragione per la quale alla predialità sono collegati ulteriori principi, come quello della utilità, la cui regolamentazione è affidata all'art. 1028 c.c.²²

4. Nozione di utilità, tra *qualitas fundi* e *commoditas*

Si è detto che l'art. 1027 c.c. dà la definizione di servitù prediale, non precisando però cosa debba intendersi per utilità del fondo dominante. A tale lacuna

¹⁶ A. BURDESE, *Le servitù prediali*, Padova, 2007, p. 18.

¹⁷ Cfr. M. GIORGIANNI, *Diritti reali (Diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1964, p. 749; G. PUGLIESE, *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 774 ss.

¹⁸ A. BURDESE, *Servitù prediali (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, 1970, p. 132.

¹⁹ M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* A. Cicu - F. Messineo (diretto da), Milano, 1980, p. 1 ss.

²⁰ M. COMPORI, voce *Servitù (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 283 ss.

²¹ Così M. COMPORI, *Servitù (diritto privato)*, cit., p. 288 ss.

²² B. BIONDI, *op. cit.*, p. 86 ss.

supplisce la lettera dell'art. 1028 c.c., dove viene fornita una nozione di tale elemento assolutamente ampia, la quale deve essere poi integrata dal successivo art. 1029, co. 1, c.c., in virtù del quale detta utilità non deve necessariamente prodursi al momento di costituzione della servitù, ammettendo, in maniera tutt'altro che velata, che possa concernere un vantaggio futuro²³.

L'utilità può tradursi in un aumento di valore del fondo dominante o semplicemente in un suo migliore sfruttamento e in un aumento del solo suo valore di uso²⁴; inoltre, può rispondere o non rispondere a bisogni dello stesso fondo²⁵.

La delimitazione del concetto di utilità è, intuitivamente, necessaria ai fini dell'indagine che si sta conducendo.

Il ruolo dell'utilità nel discorso relativo alla servitù prediale è oggetto di discussione. Ad esempio, si reputa sul piano generale che l'utilità sia un requisito delle servitù²⁶ o ancora che essa esprima un principio in materia strettamente collegato alla predialità del diritto, tale da concretare allo stesso tempo il fondamento della relativa situazione reale e il suo contenuto²⁷.

In argomento, sembra potersi convenire con la posizione di chi rimarca che l'utilità rappresenta la concreta ragione giustificativa della servitù, cioè il requisito che giustifica la nascita di tale diritto reale²⁸.

L'utilità è allora l'elemento attraverso il quale si individuano i limiti dell'esercizio del diritto di servitù.

La comprensione di tale passaggio è possibile soltanto tenendo presente che la proprietà privata è costituzionalmente orientata al perseguimento di finalità sociali²⁹, per cui necessariamente il diritto di servitù deve essere ugualmente orientato in tale direzione, soprattutto in considerazione sia dell'incidenza del diritto reale minore sul diritto c.d. madre, sia della scelta

da parte del legislatore in ordine alla atipicità del contenuto di tale diritto reale minore³⁰.

Seguendo tale linea argomentativa diviene comprensibile il riferimento della utilità della servitù alla *res* e non al titolare del diritto, e dunque perché la valutazione dei relativi vantaggi vada condotta in relazione al fondo c.d. dominante, nonché del perché detti vantaggi debbano oggettivamente migliorare l'utilizzazione di quest'ultimo³¹.

La Suprema Corte non ha mancato, in talune occasioni, di precisare i contorni dell'utilità. Essa, infatti, ha precisato che il concetto di *utilitas* «non può avere riferimento ad elementi soggettivi ed estrinseci relativi all'attività personale svolta dal proprietario del fondo dominante, ma va correttamente ricondotto al solo fondamento obiettivo e “reale” dell'utilità stessa, sia dal lato attivo che da quello passivo, dovendo essa costituire un vantaggio diretto del fondo dominante come mezzo per la migliore utilizzazione di questo»³², per cui la servitù «si distingue dalla obbligazione meramente personale, essendo requisito essenziale della servitù la imposizione di un peso su di un fondo (servente) per l'utilità ovvero per la maggiore comodità o amenità di un altro (dominante) in una relazione di asservimento del primo al secondo, che si configura come una *qualitas* inseparabile di entrambi, mentre si versa nell'ipotesi del semplice obbligo personale quando il diritto attribuito sia stato previsto esclusivamente per un vantaggio della persona o delle persone indicate nel relativo atto costitutivo e senza alcuna funzione di utilità fondiaria»³³.

Dietro la lettera della legge, che appunto prescrive per la servitù prediale l'utilità al fondo, si intravede il timore del legislatore che il diritto di servitù possa divenire strumento di una pericolosa erosione del contenuto del diritto di proprietà.

L'utilità diventa lo strumento capace di svolgere un controllo funzionale sulle servitù, frapponendo una barriera contro vincoli tendenzialmente perpetui, che ad un tempo potrebbero inficiare le prerogative dominicali e divenire socialmente dannosi³⁴.

5. Il parcheggio quale oggetto di servitù

La deducibilità ad oggetto di servitù prediale del parcheggio involge, inesorabilmente, l'analisi della presenza dei requisiti dell'inerenza e dell'utilità.

²³ Sul concetto di utilità nelle servitù, tra gli altri, v. P. VITUCCI, *Utilità e interesse nelle servitù prediali. La costituzione convenzionale di servitù*, Milano, 1974; ID., *Autonomia privata, numero chiuso dei diritti reali e costituzione convenzionale di servitù*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 855; G. BRANCA, *op. cit.*, p. 17 ss.; R. TRIOLA, *op. cit.*, p. 33 ss.; ID., *Nozione dell'utilità*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile, Della Proprietà*, vol. III, a cura di Jannarelli - Macario, Torino, 2012, p. 752 ss.

²⁴ R. ALBANO, in G. PESCATORE - R. ALBANO - F. GRECO, *Della proprietà*, in *Commentario del Codice civile*, III, 2, Torino, 1968, p. 324 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 5 febbraio 1980, n. 835, in www.iusexplorer.it/Dejure.

²⁵ G. GROSSO, in G. GROSSO - G. DEIANA, *Le servitù prediali*, I, in F. VITUCCI (diretto da), *Tratt. dir. civ. it.*, Torino, 1963, I, cit., 131 ss.

²⁶ L. CARIOTA FERRARA, *Delle servitù prediali*, in M. D'AMELIO - E. FINZI (diretto da), *Commentario al codice civile*, Firenze, 1942, p. 730 ss.

²⁷ B. BIONDI, *Le servitù*, cit., p. 86 ss. e 132 p. ss.

²⁸ M. COMPORTE, voce *Servitù (diritto privato)*, cit., 290 s.

²⁹ Sul punto, tra gli altri, cfr. S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in R. CATERINA (a cura di), *Il diritto civile italiano nelle pagine del Digesto*, Torino, 2008, p. 382 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 884 ss.

³⁰ Su tale ultimo aspetto in particolare v. S. PALAZZOLO, voce *Servitù I) diritto civile*, in *Enc. giur.* Treccani, 1992, p. 2 ss.

³¹ Cfr. A. BURDESE, *op. cit.*, p. 27; M. COMPORTE, *Le servitù prediali*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, 8, II, Torino, 2002, 193. In giurisprudenza v. Cass., 10 febbraio 1984, n. 1027, in www.iusexplorer.it/Dejure.

³² In tal senso, Cass., 22 ottobre 1997, n. 10370, in www.iusexplorer.it/Dejure.

³³ Cass., 29 agosto 1991, n. 9232, in www.iusexplorer.it/Dejure.

³⁴ P. VITUCCI, *Servitù prediali*, in *Dig. civ.*, XVIII, 1998, p. 501 ss.

Con riguardo al primo di tali requisiti, l'*iter* logico-giuridico seguito dalla Suprema Corte nel primo arresto di cui si è dato conto nega cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico a tale fattispecie in quanto difetterebbe della duplice inerenza. In altri termini, il diritto di servitù dovrebbe inerire alla *res* sia dal lato passivo, con riferimento al fondo servente, sia dal lato attivo, con riferimento al fondo dominante.

In particolare, mancherebbe tale seconda inerenza, così da rendere in configurabile la fattispecie in discorso. L'approdo cui perviene la Cassazione nel 2014, smentito dai successivi pronunciamenti, non persuade affatto.

Non convince l'affermazione *tranchant* per cui di per sé il diritto di parcheggio non può trovarsi in intima connessione con la cosa.

Non è per niente peregrino affermare che la situazione soggettiva scaturente dal parcheggio può ben seguire il bene, considerarsi prediale, svolgere la funzione cui deve essere destinato il *jus in re aliena*.

L'apriorismo nel quale è incorsa la Suprema Corte nel 2014 sta nel fatto di aver preso una posizione scevra da ogni verifica della concreta fattispecie, trascurando di considerare che il focus andava indirizzato nei riguardi del fondo servente piuttosto che sul fondo dominante.

Infatti, se da un lato il peso deve necessariamente gravare la *res*, dal momento che la servitù *in faciendo consistere nequit*³⁵, dall'altro, dal lato attivo, l'inerenza non è legata alla natura del fondo, considerando quanto sembra emergere dalla norma recata dall'art. 1028 c.c.

Si intende dire che la sussistenza di tale ultimo carattere non deve essere posta in stretta relazione con la natura del fondo, in quanto è possibile apprezzarla pure in rapporto alla destinazione impressa allo stesso fondo impressa³⁶.

Passando ora alla disamina del requisito dell'utilità, gli Ermellini adducono quale ulteriore motivo per negare l'ammissibilità di una servitù di parcheggio il rilievo per cui in alcun modo il vantaggio conseguente alla ipotizzata servitù possa «integrare gli estremi della utilità inerente al fondo [...] risolvendosi [...] in un vantaggio [...] personale dei proprietari» del fondo medesimo.

È questo il punto che desta le maggiori perplessità e che, fortunatamente, non si rinviene nelle successive sentenze del giudice di legittimità.

Il giudicante ha omesso di rammentare che la storia millenaria della servitù vede l'evoluzione dell'istituto, il quale conosce un rinnovamento che va di pari passo con lo sviluppo economico-sociale³⁷.

A fronte di una prima fase nella quale il diritto in questione ha subito l'ancoraggio alle sole esigenze agricole, proprie di una società fondata sulla proprietà terriera, si è poi assistito ad una seconda fase nella quale si sono fatte insistenti le esigenze del mondo dell'edilizia. Da ultimo, e qui ci avviciniamo ai tempi più recenti, l'ancoraggio dell'utilità della servitù prediale si è rivolto non solo alle esigenze industriali ma a qualunque altra esigenza ricollegabile al fondo dominante e alla destinazione dello stesso, reputandosi, in linea col disposto di legge, sufficiente per la creazione di una servitù la semplice maggiore comodità o amenità, affrancando così l'istituto da ogni valutazione di rilevanza ultraindividuale³⁸.

Ad onor del vero nella giurisprudenza di legittimità è ben radicata tale convinzione. In una nota sentenza è ha rimarcato che il «concetto di "utilitas" della servitù è talmente ampio da ricomprendere ogni elemento che, secondo la valutazione sociale, sia legato da un nesso di strumentalità con la destinazione del fondo dominante», per cui con la servitù «può essere soddisfatto ogni bisogno del fondo dominante, assicurandogli una maggiore amenità, abitabilità, o anche evitando rumori o impedendo costruzioni che abbiano una destinazione spiacevole o fastidiosa»³⁹.

Ora, se è indubbio che l'utilità deve essere collegata al fondo c.d. dominante e, quindi, deve essere apprezzabile secondo criteri oggettivi, ricorrendo altrimenti non altro che un rapporto obbligatorio, è del pari innegabile il vantaggio che ricava il titolare del fondo dominante e qualunque titolare di detto fondo.

Un ausilio nel perimetrare la moderna nozione di utilità si dà spalancare le porte alla servitù di parcheggio proviene da una lettura costituzionalmente orientata dei rapporti civilistici. Nel momento in cui i diritti patrimoniali sono finalizzati in un'ottica sociale, il concetto di utilità esorbita da un'area prettamente economica. Dunque, essa non può essere più circoscritta esclusivamente alle esigenze dell'agricoltura o dell'industria o anche dell'edilizia, della edilizia *in re ipsa*, ma potrà legittimamente tener presente le esigenze proprie della persona, ivi incluse quelle abitative⁴⁰. In tal senso, per la verità, depone già il tessuto codicistico approntato dal legislatore del '42⁴¹.

Non sorprenda, allora, come la stessa Corte Costituzionale abbia avuto modo di ribadire che la servitù e la sua predialità non sono incompatibili «con una nozione di *utilitas* che abbia riguardo – specie per gli edifici di civile abitazione – alle condizioni di vita dell'uomo in un determinato contesto storico e so-

³⁵ Cfr. la lettera dell'art. 1030 c.c.

³⁶ In questi termini, P. VITUCCI, *Servitù prediali*, cit., p. 501 ss.

³⁷ In argomento, v. A. CORBINO voce *Servitù (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, p. 243 ss.; I. BIROCCHI - M.C. LAMPIS, *Servitù (diritto intermedio)*, *ivi*, p. 262 ss.

³⁸ Così B. BIONDI *Le servitù*, cit., 132 ss.

³⁹ Cass., 20 luglio 1979, n. 4333, in *www.iusexplorer.it/Dejure*.

⁴⁰ In tema, v. P. PERLINGIERI, *Principio «personalista», «funzione sociale della proprietà» e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688 ss.

⁴¹ Cfr. artt. 1033, comma 1, e 1049, comma 1, c.c.

ziale, purché detta *utilitas* sia inerente al bene così da potersi trasmettere ad ogni successivo proprietario del fondo dominante»⁴².

Si comprende allora che, diversamente da quanto statuito nella sentenza del 2014, l'utilità di parcheggiare non necessariamente deve essere apprezzata quale «mera *commoditas* ... per specifiche persone che accedano al fondo (anche numericamente limitate)», potendo venire in rilievo vicende nelle quali è ravvisabile una servitù del tipo analizzato di guisa che, attraverso il peso imposto al fondo c.d. servente e indubitabilmente inerente a detto fondo, nel rispetto di tutti gli altri requisiti richiesti dalla legge, si riesca a favorire e a procurare una migliore utilizzazione del fondo c.d. dominante, incrementandone il valore di uso se non anche quello di scambio⁴³.

In altri termini, è lo stesso ordinamento che, per il tramite di una lettura di ordine sistematico, induce a ritenere che l'utilità di parcheggiare possa essere collegata al fondo c.d. dominante e a reputare che i connessi vantaggi possano giungere alla persona, a qualunque titolare di detto fondo, in maniera oggettiva attraverso il godimento del fondo medesimo.

6. Osservazioni conclusive

Le riflessioni che precedono testimoniano, in linea con quanto indicato in premessa, la complessità dell'attività di giudizio, dovendo essa risolvere una questione concreta e al contempo mirare all'armonizzazione del sistema, procedendo così al contemperamento tra interessi anche molto diversi tra loro. L'obiettivo di queste note è quello di richiamare l'attenzione alle specificità del caso concreto, i cui elementi asseritamente accidentali lo sono il più delle volte solo in linea teorica, a fronte di approcci che spesso e volentieri ne sacrificano le peculiarità allo scopo di inquadrarlo in una fattispecie analoga, in ragione del fatto che di essa si conosce la disciplina. Le insidie di un tale metodo sono percepibili *ictu oculi*.

È importante, allora, che il giudice di legittimità abbia saputo rivedere la propria posizione espressa nella sentenza del 2014, focalizzando la propria attenzione sulla specifica clausola negoziale, abbandonando ogni aprioristica posizione di segno contrario per la sola difficoltà ad immaginare una fattispecie come quella ipotizzata. In questo modo, infatti, non solo si è valorizzata l'autonomia dei privati, in ossequio al principio recato dall'art. 1322, co. 2, c.c., ma si è preso atto della duttilità contenutistica della servitù, aprendo tale istituto a frontiere nuove in un tempo nel quale

le situazioni dominicali sono soggette ad un profondo mutamento.

L'atto costitutivo di una servitù di parcheggio, là dove possiede i requisiti propri della servitù prediale, può dunque realizzare interessi meritevoli di tutela e in tal senso andrà vagliato⁴⁴. Si assiste perciò al rinvigorismento dell'istituto delle servitù prediali che, affrancate dalla logica della proprietà terriera, sono collocate in posizione servente rispetto alle mutate esigenze della società contemporanea.

⁴² Corte cost. 10 maggio 1999, n. 167, in *www.iusexplorer.it/De-jure*.

⁴³ G. MUSOLINO, *Il parcheggio fra servitù prediale, servitù irregolare e servitù personale (diritto di uso)*, in *Riv. not.*, 2012, p. 1137; M. RIARIO SFORZA, *L'inammissibilità della tutela possessoria nelle servitù non apparenti. Spunti per una riflessione critica*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 1212 ss.

⁴⁴ Sul controllo di meritevolezza degli atti di autonomia, v. P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss., spec. § 3 ss.; M.A. URCIUOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 ss.; U. BRECCIA, *Causa*, in G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 94 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2a ed., Torino, 2000, p. 186 ss.

Gaetano Scuto
Avvocato

Sulla validità e tipicità della clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione.

Nota a Corte di Appello di Napoli, IV sez. civ., 29 gennaio 2019, n. 432

abstract

The Court of Appeal of Naples confirms that the claims made clause is valid, lawful and typical, but must be the subject of a wide-ranging investigation by the judge.

keywords

Clause claims made – Valid and typical – Subject of investigation pursuant to art. 1322 I paragraph c.c.

abstract

La Corte d'Appello di Napoli conferma che la clausola claims made è valida, lecita e tipica, ma deve essere oggetto di un'indagine ad ampio spettro da parte del giudice.

parole chiave

Clausola claims made – Valida e tipica – Oggetto di indagine ex art. 1322 I comma c.c.

Assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario – Clausola "claims made" – modello legale – estranea al giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. Il comma – giudizio ad ampio spettro ex art. 1322 c.c. Il comma

Il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale. Tale indagine riguarda: la causa concreta del contratto sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti; la fase precontrattuale in rapporto agli obblighi informativi dell'assicurato-

re; quella dell'attuazione del rapporto in relazione all'assenza di clausole abusive.

Corte di Appello di Napoli, IV sez. civ.,
29 gennaio 2019, n. 432 - Pres. Consiglio - Rel. Luce

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E CONCLUSIONI DELLE PARTI

Con citazione notificata il 6 ottobre 2009 F. P. W. I. e P. P. A. L., in proprio e quali genitori esercenti la potestà sulla figlia P. W. P. O. A., chiedevano la condanna della Provincia Religiosa di San Pietro dell'Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Dio Fatebenefratelli [che d'ora in poi s'indicherà semplicemente Provincia Religiosa] al risarcimento dei danni che gli erano derivati dalle lesioni personali patite al momento della nascita della loro figliola, consistenti nel deficit del bicipite brachiale, dei supinatori dell'avambraccio, dell'estensore del polso e delle dita e del flessore della dita, causati da una paralisi del plesso brachiale a sinistra.

La Provincia Religiosa, contestata la fondatezza della domanda attrice, chiedeva di essere autorizzata a chiamare in causa la C. Assicurazioni S.p.A., al fine di esserne garantita in caso di accoglimento dell'azionata pretesa risarcitoria.

La C. Assicurazioni S.p.A., citata e costituita, eccepiva l'infondatezza e della domanda attrice e della domanda di garanzia, rilevando l'inoperatività della polizza.

Con la sentenza n. 13830/2014, resa il 20 ottobre 2014 e pubblicata il giorno successivo, il Tribunale di Napoli, in accoglimento delle domande degli attori, dichiarava l'esclusiva responsabilità della Provincia Religiosa per l'evento lesivo dedotto in lite e la condannava a pagare la somma di € 416.080,00 a P. W. P. O. A. e la somma di € 26.000,00 a F. P. W. I. ed a P. P. A. L., nonché a rimborsargli le spese di causa ed a sopportare in via definitiva le spese della disposta consulenza

tecnica d'ufficio; condannava altresì la compagnia assicuratrice a tenere indenne la Provincia Religiosa di quanto avrebbe dovuto pagare in forza della sua decisione nonché a rifonderle le spese di causa.

Con citazione notificata il 6 marzo 2015, la C. Assicurazioni S.p.A. s'appellava a questa Corte avverso l'indicata decisione, che assumeva errata nella delibazione sia della domanda di garanzia sia della domanda risarcitoria, e chiedeva: "I) in via principale: respingere la domanda di manleva e garanzia avanzata dalla provincia Religiosa di San Pietro dell'Ordine Ospedaliero di San Giovanni di Dio Fatebenefratelli nei confronti della C. Assicurazioni s.p.a. poiché infondata, inammissibile e/o come meglio esposto nelle premesse, in virtù della clausola di validità temporale della polizza e per la quale il sinistro, accaduto in costanza di contratto ma denunciato dopo la cessazione del contatto assicurativo non può essere considerato in garanzia e, comunque, per i motivi tutti di cui alla parte narrativa del presente atto. Con vittoria di spese, competenze ed onorari; II) in via subordinata: senza rinuncia alla domanda principale, nel non creduto caso di rigetto della stessa, respingere la domanda proposta nei confronti della Provincia Religiosa poiché nulla, inammissibile e comunque infondata in fatto e diritto, non provata e/o come meglio per le ragioni tutte di cui alla parte narrativa del presente atto, con vittoria di spese, competenze ed onorari; III) in ogni caso, pronunciare la non creduta condanna in manleva della C. nei limiti tutti previsti dal contratto di assicurazione e comunque nei limiti del massimale di assicurazione di € 2.500.000,00. Con vittoria di spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio."

La Provincia Religiosa si costituiva con comparsa del 7 maggio 2015 ed eccepiva l'inammissibilità e l'infondatezza del primo motivo di gravame della C. Assicurazioni S.p.A. ed a sua volta, con appello incidentale in parte adesivo, impugnava la sentenza di primo grado nella parte in cui aveva affermato la sua responsabilità risarcitoria e liquidato il danno; essa quindi chiedeva: "1) in via preliminare dichiarare l'inammissibilità dell'appello proposto da C. ex artt. 342, 345 e 348-bis per le ragioni tutte indicate nel presente atto; 2) in subordine, rigettare il primo motivo di appello proposto in quanto infondato in fatto e in diritto; 3) di contro in accoglimento del secondo motivo di appello proposto da C. respingere la domanda nei confronti della Provincia Religiosa poiché nulla, inammissibile infondata in fatto e in diritto e priva di prova per le ragioni indicate nella parte narrativa; 4) di contro in accoglimento del terzo motivo di appello proposto da C., riformando in tal senso la sentenza, limitarsi la condanna all'importo di € 125.000,00 come richiesto dagli attori nel proprio atto introduttivo, richiesta mai modificata nei termini. In subordine voglia la Corte di Appello ridurre gli importi liquidati. Infine, ove nelle more del presente giudizio, il Fatebenefratelli fosse

costretto a versare un qualcosa agli originari attori o ad altra parte del processo in forza della sentenza impugnata, si chiede che la Corte di Appello ordini a questi ultimi la restituzione delle somme che la stessa/gli stessi si sia/siano eventualmente incassata/i, il tutto con vittoria di spese, competenze e rimborso forfettario di entrambi i gradi di giudizio."

Costituendosi con comparsa dell'11 maggio 2015, F. P. W. I. e P. P. A. L., in proprio e quali genitori esercenti la potestà sulla figlia P. W.P.O. A., eccepivano l'infondatezza dell'avverso gravame e ne chiedevano il rigetto, vinte le spese del grado.

Rigettate le istanze degli appellanti di sospensione dell'esecuzione e dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata, all'udienza del 2 ottobre 2018 le parti concludevano riportandosi alle conclusioni rassegnate negli atti introduttivi dell'appello e la Corte riservava la causa in decisione, assegnando i termini per il deposito di scritti difensivi, l'ultimo dei quali scadeva il 24 dicembre 2018.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - È priva di pregio l'eccezione d'inammissibilità dell'appello sollevata dalla difesa dell'appellata Provincia Religiosa.

Secondo l'interpretazione della Suprema Corte di Cassazione, condivisa da questo Collegio, la nuova formulazione dell'art. 342, comma 1, c.p.c., introdotta dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012), non richiede che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, non esige cioè la trascrizione integrale o parziale della sentenza appellata né lo svolgimento di un "progetto alternativo di sentenza", ma solo "impone all'appellante di individuare, in modo chiaro ed inequivoco, il "quantum appellatum", formulando, rispetto alle argomentazioni adottate dal primo giudice, pertinenti ragioni di dissenso che consistono, in caso di censure riguardanti la ricostruzione dei fatti, nell'indicazione delle prove che si assumono trascurate o malamente valutate ovvero, per le doglianze afferenti questioni di diritto, nella specificazione della norma applicabile o dell'interpretazione preferibile, nonché, in relazione a denunciati "errores in procedendo", nella precisazione del fatto processuale e della diversa scelta che si sarebbe dovuta compiere" (così Cass., Sez. 3, ordinanza n. 10916 del 5/5/2017 e nello stesso senso, da ultimo, Cass., Sez. Un., sentenza n. 27199 del 16/11/2017). E l'appello proposto dalla C. (oggi A.) Assicurazioni S.p.A., nella sua chiara, pertinente ed esaustiva esposizione delle ragioni di dissenso, risponde senza dubbio a tali requisiti, posto che consente d'individuare in modo chiaro ed esauriente il *quantum appellatum*, risultando circoscritto il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata, nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono,

e formulate, sotto il profilo qualitativo, diverse e chiare ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, sì da esplicitare la (astratta) idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata.

2. - Col primo motivo di appello, la A. Assicurazioni S.p.A. – nuova denominazione sociale della C. Assicurazioni S.p.A. – censura la decisione di primo grado laddove ha ritenuto la nullità della clausola di cui all'art. 8 del contratto di assicurazione *inter partes*.

Detta norma negoziale, stabilendo che *“L'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel corso del periodo di efficacia dell'assicurazione stessa, a condizione che tali richieste siano conseguenti a fatti colposi posti in essere durante il periodo di validità della garanzia e, anche in data antecedente l'effetto della presente polizza e comunque non prima del 31 dicembre 2000”*, introduce una clausola c.d. *“claims made”*, che il Tribunale ha ritenuto – in astratto legittima ma – vessatoria perché contenente una limitazione temporale alla garanzia dell'assicuratore, e quindi nulla, in assenza della specifica sottoscrizione dell'assicurato richiesta dall'art. 1341 c.c. (v. a pagina 24 e segg. della sentenza).

La decisione, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale della materia, risulta in definitiva errata sicché va riformata. Invero, in passato si affermava che il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola cosiddetto *“a richiesta fatta”* (*“claims made”*) non rientrasse nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisse un contratto atipico, generalmente lecito *ex art.* 1322 c.c. (cfr. Cass., Sez. 3, sentenza n. 5624 del 15/03/2005, laddove si motivava tale conclusione sul presupposto che del suindicato art. 1917 la norma dell'art. 1932 c.c. prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – del terzo e del quarto comma, ma non anche del primo, in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti, o sinistri, accaduti durante il tempo dell'assicurazione di cui il medesimo deve rispondere civilmente, per i quali la connessa richiesta di risarcimento del danno da parte del danneggiato sia fatta in un momento anche successivo al tempo di efficacia del contratto, e non solo nel periodo di *“efficacia cronologica”* del medesimo, tanto desumendosi da un'interpretazione sistematica che tenga conto anche del tenore degli artt. 1917, 1913 e 1914 c.c., i quali individuano l'insorgenza della responsabilità civile nel fatto accaduto; e si aggiungeva che al riguardo non assumeva rilievo l'art. 2952 c.c., recante il riferimento alla richiesta di risarcimento fatta dal danneggiato all'assicurato o alla circostanza che sia stata promossa l'azione, trattandosi di norma con differente oggetto e diversa *“ratio”*, volta solamente a stabilire la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti

dell'assicuratore), spettando al giudice di merito accertare, caso per caso, se la clausola, riducendo l'ambito oggettivo della responsabilità dell'assicuratore, fissato dall'art. 1917 c.c., configurasse una clausola vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c. (nello stesso senso cfr. Cass., Sez. 3, sentenza n. 7273 del 22/03/2013 e n. 22891 del 10/11/2015). Ma la giurisprudenza successiva ha affermato che la clausola in esame sfugge ad un giudizio di vessatorietà ai sensi dell'art. 1341 c.c., trattandosi di contratto atipico che è in linea generale valido e lecito, ed ha poi affidato allo scrutinio del giudice del merito la valutazione circa la meritevolezza dello specifico contratto di assicurazione di cui si discute (cfr. Cass., Sez. Un., sentenza n. 9140 del 06/05/2016, la cui massima così recita: *“Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola “claims made” mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 – per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità quando congruamente motivata.”* Nello stesso senso le successive le ordinanze n. 12488 del 18/05/2017 e n. 13158 del 25/05/2017, entrambe della Terza sezione della Cassazione).

La pronuncia della sentenza n. 10506 del 28/04/2017 – secondo cui la clausola *“claims made”* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera sarebbe un patto atipico immeritevole di tutela *ex art.* 1322, comma 2, c.c., realizzando un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e ponendo l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione – è stata l'occasione per un nuovo intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (sentenza n. 22437 del 24/09/2018), le quali hanno ribadito che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole *“on claims made basis”*, quale deroga convenzionale all'art. 1917, comma 1, c.c., consentita dall'art. 1932 c.c., è riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni e, pertanto, non è soggetto al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., ma alla verifica, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l'ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale; tale indagine riguarda, innanzitutto, la causa concreta del contratto – sotto il profilo della liceità e dell'ade-

guatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti – ma non si arresta al momento della genesi del regolamento negoziale, investendo anche la fase precontrattuale (in cui occorre verificare l'osservanza, da parte dell'impresa assicurativa, degli obblighi di informazione sul contenuto delle "claims made") e quella dell'attuazione del rapporto (come nel caso in cui nel regolamento contrattuale "on claims made basis" vengano inserite clausole abusive), con la conseguenza che la tutela invocabile dall'assicurato può esplicarsi, in termini di effettività, su diversi piani, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili di volta in volta implicati.

La clausola in esame supera il giudizio di merito sollecitato dai massimi giudici, considerata l'assenza di clausole abusive (quali il recesso dell'assicuratore in caso di denunce di sinistro) e di condizioni svantaggiose per l'assicurata, la conservazione dello scopo pratico perseguito dalle parti, l'estensione del periodo di retroattività della garanzia assicurativa – destinata ad operare anche per i sinistri verificatisi dopo il 31 dicembre 2000, quindi cinque anni prima della stipula del contratto, risalente al 31 dicembre 2005, sicché la copertura era estesa a ben 8 anni e mezzo –, l'adeguatezza del premio di polizza rispetto ai rischi assunti dall'assicuratore, il rispetto degli obblighi informativi, che l'assicurato neppure revoca in dubbio, in considerazione delle concrete modalità di negoziazione, svoltesi in condizioni paritetiche – affidate dalla Provincia Religiosa alla società W., broker mondiale – e con piena consapevolezza della suddivisione dei rischi assicurati: il contenuto del contratto consente di affermare che gli interessi delle parti, affatto squilibrati, abbiano trovato un adeguato assetto negoziale, anche alla luce dell'informativa precontrattuale.

3. - Il Tribunale di Napoli rafforza la sua decisione aggiungendo, "Ad ogni buon conto", che dall'appendice di polizza "si evince l'espressa volontà delle parti di escludere l'operatività dell'art. 8 delle condizioni di polizza, tale dovendosi ritenere l'unica interpretazione possibile della volontà delle parti ove espressamente affermano che la doppia sottoscrizione della clausola ai sensi dell'art. 1341 2° comma c.c. deve intendersi come non intervenuta" (così a pagina 28 e 29 della sentenza).

Tale motivazione introdurrebbe, secondo l'appellata Provincia Religiosa, una diversa "ratio decidendi", non specificamente impugnata dalla compagnia assicuratrice, sufficiente di per sé a sostenere la pronuncia di accoglimento della domanda di garanzia.

Va invece richiamato l'orientamento della Suprema Corte secondo cui il giudicato non si determina sul fatto ma su una statuizione minima della sentenza, costituita dalla sequenza fatto, norma ed effetto, suscettibile di acquisire autonoma efficacia decisoria nell'ambito della controversia, sicché l'appello motivato con riguardo ad uno soltanto degli elementi di

quella statuizione riapre la cognizione sull'intera questione che essa identifica, così espandendo nuovamente il potere del giudice di reconsiderarla e riqualificarla anche relativamente agli aspetti che, sebbene ad essa coesenziali, non siano stati singolarmente coinvolti, neppure in via implicita, dal motivo di gravame (cfr. Cass., Sez. L, sentenza n. 2217 del 04/02/2017, Sez. 6 – 3, ordinanza n. 12202 del 16/05/2017 e Sez. 6 – L, ordinanza n. 24783 del 08/10/2018).

L'impugnazione della compagnia assicuratrice, quindi, seppur correlata ad uno soltanto degli elementi di quella statuizione (relativa alla validità della clausola negoziale, oggetto di impugnazione), ha riaperto la cognizione sull'intera questione – della validità ed operatività *inter partes* della clausola negoziale in discussione – che essa identifica, così espandendo nuovamente il potere-dovere del giudice di reconsiderarla e riqualificarla anche rispetto agli aspetti che, sebbene ad essa coesenziali, non siano stati singolarmente coinvolti, neppure in via implicita, dal motivo di gravame (negli stessi termini si sono espresse le Sezioni Unite nella richiamata sentenza n. 22437 del 24/09/2018, respingendo una preliminare eccezione di giudicato interno fondata sulla mancata proposizione di una specifica censura sulla nullità di una clausola contrattuale del tipo di quella qui in esame).

Ciò posto, con l'approvazione dell'Appendice al contratto le parti hanno "revocato" la (sola) specifica sottoscrizione dell'art. 8 del regolamento negoziale, che le parti avevano inizialmente sottoscritto specificamente ai sensi dell'art. 1341, co. 2, c.c.: intenzione delle parti era soltanto porre nel nulla la duplice sottoscrizione – infatti, la proposizione "deve intendersi non sottoscritto", da leggersi in relazione alla precedente frase "Con riferimento a quanto concerne la sottoscrizione delle clausole vessatorie previste a pagina 16 dei documenti di polizza così normato. "Ai sensi dell'art. 1341 del C.C., 2° Comma, il sottoscritto dichiara di approvare espressamente le disposizioni dei seguenti *articoli delle Condizioni di Assicurazione*", non si riferisce all'art. 8 in sé, che, pertanto, riportato a pagina 7 del contratto, era e resta sottoscritto e valido insieme ed al pari delle altre disposizioni contrattuali, bensì alla sua specifica sottoscrizione nella prospettiva del richiamato art. 1341 c.c. – ma non hanno certo inteso trasformare il contenuto e il significato del contratto, sottraendo dal regolamento negoziale la clausola in esame.

4. - Tanto premesso, se il sinistro dedotto in lite – cioè l'evento lesivo patito dagli attori – risale al 3 maggio 2008, la prima richiesta risarcitoria risulta proposta dagli attori il 6 ottobre 2009 (con la notifica della citazione), data successiva alla scadenza del rapporto contrattuale assicurativo – cessato il 31 maggio 2009 – sicché deve affermarsi che esso non è coperto dalla garanzia, con conseguente infondatezza della domanda di manleva spiegata dalla Provincia Religiosa

nei confronti della – C. Assicurazioni S.p.A., oggi – A. Assicurazioni S.p.A.

5. - Restano assorbiti i motivi di gravame pertinenti il merito della pretesa risarcitoria azionata dagli attori.

6. - La Provincia Religiosa, con la comparsa del 7 maggio 2015, ha a sua volta impugnato la sentenza di primo grado.

Essa, invero, anche aderendo all'impugnazione principale della compagnia assicuratrice, ha contestato la responsabilità dei sanitari che assistettero al parto di P. W. P. O. A.

Tuttavia, il gravame è inammissibile nella parte in cui ripropone testualmente (parte del) a comparsa conclusionale depositata il 21 gennaio 2014 in primo grado, in chiara violazione della regola della specificità dei motivi prescritta dall'art. 342 c.p.c. È principio ripetutamente affermato dai giudici di legittimità che il giudizio d'appello non è un "*iudicium novum*", ma una "*revisio prioris instantiae*", sicché il requisito in esame esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante, volte ad incrinare il fondamento logico giuridico, ciò risolvendosi in una valutazione del fatto processuale che impone una verifica in concreto, ispirata ad un principio di simmetria e condotta alla luce del raffronto tra la motivazione del provvedimento appellato e la formulazione dell'atto di gravame; nel senso che quanto più approfondite e dettagliate risultino le argomentazioni del primo, tanto più puntuali devono profilarsi quelle utilizzate nel secondo per confutare l'impianto motivazionale del giudice di prime cure. Ed invero la cognizione del giudice di appello resta circoscritta alle questioni dedotte dall'appellante attraverso specifici motivi, ovverosia con chiare argomentazioni contrapposte a quelle svolte nella sentenza gravata, sicché non è sufficiente che l'atto di appello consenta di individuare le statuizioni concretamente impuginate, ma è altresì necessario che le ragioni sulle quali si fonda il gravame siano esposte con sufficiente grado di specificità da correlare, peraltro, con la motivazione della pronuncia impugnata (cfr. Cass., Sez. 1, sentenza n. 21566 del 18/9/2017 e Sez. 2, sentenza n. 4695 del 23/2/2017). È dunque principio acquisito che la specificità dei motivi di appello debba essere commisurata alla specificità della motivazione: se la manifestazione volitiva dell'appellante dev'essere formulata in modo da consentire d'individuare con chiarezza le statuizioni investite dal gravame e le specifiche critiche indirizzate alla motivazione, e deve quindi contenere l'indicazione, sia pure in forma succinta, degli "*errores*" attribuiti alla sentenza censurata, i quali vanno correlati alla motivazione di quest'ultima, in modo da incrinare il fondamento logico-giuridico, è di conseguenza inammissibile l'individuazione dei motivi operata mediante il generico richiamo alle deduzioni, eccezioni e conclusioni della comparsa depositata in primo grado (cfr. Cass., Sez. 6 - 3, sentenza n. 25308 del 28/11/2014 e

Sez. 1, sentenze n. 21816 dell'11/10/2006 n. 20261 del 19/9/2006), non potendosi tale requisito ravvisare "*laddove l'appellante, nel censurare le statuizioni contenute nella sentenza di primo grado, ometta di indicare, per ciascuna delle ragioni esposte nella sentenza impugnata sul punto oggetto della controversia, le contrarie ragioni di fatto e di diritto che ritenga idonee a giustificare la doglianza*" (cfr. Cass., Sez. 1, sentenza n.1651 del 27/1/2014).

Orbene nel caso in esame nell'atto d'impugnazione, la Provincia Religiosa ha riprodotto (da pagina 18 a pagina 21) pedissequamente – anche nel carattere e nell'uso del corsivo e del grassetto – il testo dello scritto conclusionale depositato in primo grado (da pagina 3 a pagina 5), senza considerare le specifiche ragioni della decisione del Tribunale di Napoli, che quelle argomentazioni difensive hanno confutato, diffusamente svolte, in ordine alla ricostruzione del fatto, alla natura – contrattuale – della responsabilità della struttura sanitaria, all'individuazione degli specifici doveri dei medici. Se, dunque, l'onere della specificazione dei motivi di appello previsto dall'art. 342 c.p.c. assolve alla duplice funzione sia di delimitare l'ambito di esame concesso al giudice di secondo grado, in conformità del principio "*tantum devolutum quantum appellatum*", sia di consentire la puntuale e ragionata valutazione delle critiche mosse alla decisione impugnata, deve concludersi che, limitandosi alla mera ed acritica riproposizione delle argomentazioni e tesi esposte in prime cure, le difese avanzate in appello dalla Provincia Religiosa non si coniugano con l'espressa censura delle ragioni poste a fondamento dell'impugnata sentenza. Il motivo in esame è altresì infondato. Pur a fronte dell'addebito del Tribunale della mancata dimostrazione della diligente esecuzione della prestazione medica, della specifica contestazione della mancata prova di quali tra le manovre ostetriche possibili, in alternativa al cesareo, ed indicate tra quella di McRoberts e quella di Jacquanier fossero state effettivamente eseguite per risolvere la complicità della distocia alla spalla del parto e del se esse fossero state correttamente poste in essere, l'appellante s'è limitata alla contestazione delle conclusioni del consulente tecnico d'ufficio di primo grado; è quindi trascurata la puntuale motivazione del giudice e semplicemente affermato che sarebbero state effettuate "*tutte le manovre previste in tali casi dalle medesime linee guida*" e che "*Erano invece indicate le manovre che furono effettivamente tentate ed attuate*" (così a pagina 20 del gravame), senza neppure allegare quali fossero tra quelle possibili, indicate dal giudice. Se, quindi, la censura dell'appellante avrebbe dovuto rivolgersi alla motivazione della sentenza, non già alle conclusioni dell'ausiliario del giudice (tanto più che nel caso di specie il Tribunale aveva dato atto della lacunosità della perizia, integrandola con autonome, specifiche argomentazioni), va condiviso, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, il

corretto principio affermato dal primo giudice per cui “a fronte di questa pluralità di approcci possibili nella gestione della complicità in oggetto (parto cesareo, manovra di McRoberts, la manovra di Jaquarnier), costituiva espresso onere della convenuta struttura sanitaria allegare e provare che l’approccio prescelto fosse quello concretamente indicato nel caso di specie, tenuto conto di tutte le circostanze emergenti dal quadro clinico, e che tale approccio sia stato eseguito con modalità corrette, rendendo la paralisi del plesso brachiale conseguenza inevitabile e concretamente non prevenibile” (così a pagina 17 della sentenza), alla consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità (cfr. da Ultimo Cass., Sez. 3, ordinanza n. 26700 del 23/10/2018 e sentenza n. 24073 del 13/10/2017) e non inciso dalla disposizione contenuta nell’art. 3 della legge 8 novembre 2012, n. 189 – c.d. “legge Balduzzi” – che, nel prevedere che “l’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”, fermo restando, in tali casi, “l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile”, non esprime alcuna opzione da parte del legislatore per la configurazione della responsabilità civile del sanitario come responsabilità necessariamente extracontrattuale, ma intende solo escludere, in quell’ambito, l’irrilevanza della colpa lieve (v. Cass., Sez. 6 - 3, ordinanze n. 8940 del 17/04/2014 e n. 27391 del 24/12/2014).

7. - Parimenti infondato è il motivo dell’appello incidentale della Provincia Religiosa pertinente la liquidazione del danno, che si assume eccedente quanto richiesto dagli attori, con conseguente denuncia del vizio di ultrapetizione.

È ben vero, infatti, che gli istanti avevano quantificato nell’atto introduttivo del processo il risarcimento dovuto alla minore nella somma di € 73.000,00 e quello dei genitori nella somma di € 25.000,00 ciascuno, ma avevano comunque fatto “salvo una diversa migliorativa intervenuta rivalutazione” e chiesto la condanna della struttura sanitaria “al risarcimento dei danni ... nella misura maggiore o minore” rispetto a quanto indicato e che sarebbe emersa all’esito dell’istruttoria (così il paragrafo 12 e le conclusioni dell’atto di citazione del 6 ottobre 2009). Ma la formula “misura maggiore o minore”, come ogni altra equivalente, che accompagna le conclusioni con cui una parte chiede la condanna al pagamento di un certo importo, non costituisce una clausola meramente di stile quando, come nella specie, vi sia una ragionevole incertezza sull’ammontare del danno effettivamente da liquidarsi, tanto più che gli attori, nella memoria del 10 febbraio 2014, richiamata all’udienza di precisazione delle conclusioni del 20 ottobre 2014, preso atto delle conclusioni del consulente tecnico d’ufficio, avevano quantificato in € 592.202,75 il danno patito dalla minore ed in € 200.000,00 il danno patito da ciascun genitore (v. a pagina 6 e 7), così adeguando il “quantum” della do-

manda come formulata nelle originarie conclusioni ai più favorevoli risultati dell’espletata consulenza.

8. - L’evoluzione, contrastata, della giurisprudenza nella materia controversa delle clausole “claims made” giustifica ampiamente l’integrale compensazione delle spese del giudizio nei rapporti tra l’appellante società assicuratrice e la Provincia Religiosa; si giustifica anche la compensazione delle spese tra l’appellante principale e gli appellati-attori in primo grado, in ragione dell’assorbimento dei motivi di gravame proposti contro costoro.

Nei rapporti tra appellante incidentale e gli appellati danneggiati, invece, la soccombenza della prima ne impone la condanna alla refusione delle spese sostenute dai secondi, spese che vanno distratte e liquidate come in dispositivo, in applicazione dei parametri dettati dai decreti del Ministro della giustizia 10 marzo 2014, n. 55 e 8 marzo 2018, n. 37, tenuto conto della semplicità delle questioni trattate, dell’impegno professionale profuso e del mancato svolgimento in questa fase d’impugnazione di una vera e propria fase istruttoria.

9. - Trova infine applicazione alla Provincia Religiosa il comma 1-*quater* che l’art. 1, co. 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, ha inserito nell’art. 13 del testo unico approvato con il D.P.R. 30 maggio 2001, n. 115, e che prevede che “Quando l’impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l’ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-*bis*”.

P.Q.M.
(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** La clausola *claims made* ed origine del dibattito giurisprudenziale. – **2.** La sentenza a Sezioni Unite del 06 maggio 2016, n. 9140 e le prime pronunce a seguito. – **3.** La successiva pronuncia delle Sezioni Unite n. 22437 del 24 settembre 2018. Tipicità del modello *claims made* e dietrofront sul giudizio di meritevolezza. – **4.** La decisione della Corte d’Appello.

Premessa

Con la sentenza in esame la Corte d’Appello di Napoli, a seguito della sentenza a Sezioni Unite del 24/09/2018 n. 22437, torna ad occuparsi della questione della validità dei contratti con clausola *claims made* aderendo al parziale dietrofront operato dagli Ermellini in relazione al giudizio di meritevolezza dei contratti assicurativi contenenti detta pattuizione.

Il giudizio di primo grado traeva origine dalla richiesta risarcitoria dei danneggiati da presunta *medi-*

cal malpractice nei confronti della struttura sanitaria la quale, a sua volta, chiamava in causa la propria compagnia assicurativa al fine di essere manlevata. Costituitasi in giudizio la compagnia eccepeva l'inoperatività della polizza in ragione proprio della prevista "claims made" (richiesta risarcitoria giunta dopo la scadenza del rapporto contrattuale). Il Tribunale di Napoli accoglieva sia la domanda attorea che la domanda di manleva della struttura sanitaria. Rigettava invece l'eccezione di inoperatività della polizza formulata dalla compagnia assicurativa ritenendo la clausola *claims made* vessatoria. Su tale punto la Compagnia di Assicurazioni proponeva appello.

1. La clausola *claims made* ed origine del dibattito giurisprudenziale

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola "*claims made*" ovvero "a richiesta fatta", condiziona la operatività della polizza alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza o in un delimitato arco temporale. Nella formula "*claims made*", dunque, vengono coperte le conseguenze dannose verificatesi anche precedentemente alla decorrenza della polizza, per le quali tuttavia la denuncia del danno viene formulata all'assicurato durante il periodo di validità della polizza. In sostanza, con tale formula si assume che il sinistro venga attivato dalla richiesta di risarcimento che l'assicurato riceve e, pertanto, le relative garanzie operano dal momento in cui tale richiesta è ricevuta.

La clausola *claims made* si differenzia dalla più classica clausola "*loss occurrence*" con la quale, al contrario, vengono coperte le conseguenze dannose derivanti da un sinistro originatosi durante la validità della polizza, ma evidenziate oltre la validità del contratto assicurativo.

Il contratto assicurativo contenente la clausola *claims made*, dunque, si distanzia dal modello legale indicato dagli artt. 1882 ss. c.c. ed in particolare dall'art. 1917 1° co. c.c. secondo cui «Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi». Proprio tale caratteristica ha creato in passato, in dottrina e giurisprudenza, diversi dibattiti circa la validità o meno di detta clausola.

Una prima contestazione svolta a tale tipologia di contratto si fondava sull'assunto per il quale, l'assicurabilità di fatti generatori di danno verificatisi prima della conclusione del contratto, comporterebbe una sostanziale mancanza dell'alea di rischio richiesta, a pena di nullità, dall'art. 1895 c.c. Si sosteneva, infatti, che il rischio dedotto in contratto deve essere futuro e incerto, pertanto il c.d. rischio putativo non poteva trovare copertura. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza

ebbe già a chiarire che «Nei contratti di assicurazione della responsabilità civile l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto (cosiddetta clausola "*claims made*") non fa venire meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento della stipula le parti (e, in specie, l'assicurato) ignoravano l'esistenza di questi fatti, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente ex artt. 1892 e 1893 cod. civ. per le dichiarazioni inesatte o reticenti»¹. Altra parte della dottrina riteneva che lo sviamento dalla struttura (codicistica) del contratto di assicurazione comporterebbe ipso facto l'invalidità dei contratti con clausola "a richiesta fatta". Ebbene, anche su tale censura la Corte di Cassazione aveva più volte ribadito che il contratto assicurativo con clausola *claims made*, pur non rientrando nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., costituisce un contratto atipico, generalmente lecito ex art. 1322 c.c. Nello specifico si riteneva che, del suindicato art. 1917, l'art. 1932 c.c. prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – solo del terzo e del quarto comma, ma non anche del primo, ovvero del comma in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) accaduti durante il tempo dell'assicurazione. In definitiva per tale giurisprudenza, essendo derogabile dall'autonomia contrattuale delle parti il primo comma dell'art. 1917 c.c., il contratto con clausola *claims made* costituisce un contratto atipico ex art. 1322 c.c. e pertanto valido ed efficace, mentre spetta al giudice stabilire, caso per caso, se quella clausola abbia eventualmente natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.².

Tale è stato l'orientamento pressoché costante della giurisprudenza³ il quale, tuttavia, fu in parte messo in discussione dalla sentenza n. 3662 del 2014 emessa sempre dalla terza sezione civile della Corte di Cassazione. Con tale pronuncia la Suprema Corte, dopo aver premesso che «il problema dell'efficacia della clausola *claims made* viene qui esaminato e deciso con esclusivo riferimento al caso oggetto di esame, cioè al caso in cui la copertura assicurativa sia estesa ai comportamenti anteriori alla stipulazione del contratto» e dopo aver concluso per l'efficacia della clausola stessa, hanno, poi, lasciato intendere di nutrire dubbi con riferimento ai diversi casi in cui la domanda risarcitoria sia stata per la prima volta proposta dopo lo scioglimento del contratto medesimo. I giudici affermano che «in questo secondo caso la clausola potrebbe effettivamente porre problemi di validità, venendo a mancare, in

¹ Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622

² Cass. civ., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624; Trib. Milano, 18 marzo 2010; Trib. Bari, 12 luglio 2012; Cass. civ. Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7273; Cass. civ. Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872

³ cfr. Cass. civ., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891.

danno dell'assicurato, il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo, per il solo fatto che la domanda risarcitoria viene proposta dopo lo scioglimento del contratto»⁴.

Tale contrasto ha giustificato la prima rimessione della questione alle Sezioni Unite.

2. La sentenza a Sezioni Unite del 06 maggio 2016, n. 9140 e le prime pronunce a seguito

Le Sezioni Unite, chiamate a dirimere il contrasto, in parte confermarono il precedente orientamento maggioritario, in parte lo innovarono. La Corte, riprendendo la giurisprudenza precedente, ribadì la validità in astratto della clausola, da un lato per il non venir meno dell'alea di rischio quale elemento essenziale; dall'altro per non essere escluso dalla normativa codicistica la possibilità per i contraenti di derogare all'art. 1917 1° comma c.p.c. realizzando un contratto atipico ex art. 1322 c.c. del pari valido ed efficace.

A questo punto però, le Sezioni Unite si distinsero rispetto alle precedenti pronunce. Difatti i giudici di legittimità ritennero che assumere una diversa e distante posizione dal modello codicistico introdotto dalla clausola *claims made* impura, mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, rientri «nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto», entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. Ebbene, poiché l'assicurazione della responsabilità civile risulta ontologicamente compatibile con tale disposizione, il patto *claims made* è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità. Pertanto la clausola *claims made*, oltre ad essere astrattamente valida risulta altresì non essere mai vessatoria in quanto non limitativa della responsabilità dell'assicuratore.

Con tale pronuncia la Suprema Corte sembrava poter risolvere i conflitti giurisprudenziali sottraendo ai giudici di merito la valutazione (discrezionale) sulla vessatorietà della clausola: in realtà ha creato le basi per successivi contrasti.

Difatti, sempre secondo le Sezioni Unite, se è vero che il contratto con *claims made* è da ritenersi un contratto tipico con all'interno un patto atipico tutelato ai sensi del 1322 c.c. secondo comma, lo stesso soggiace al giudizio di meritevolezza degli interessi cui è diretto a realizzare. Nello specifico le Sezioni Unite espressero il seguente principio di diritto: «Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia

del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati (cd. clausola «*claims made*» mista o impura), non è vessatoria, ma, in presenza di determinate condizioni, può essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero – ove applicabile la disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 – per il fatto di determinare a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali; la relativa valutazione va effettuata dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità quando congruamente motivata». In definitiva, se è pur vero che venne esclusa la vessatorietà della pattuizione, sono tuttavia residue le incertezze in relazione alla validità.

La conferma dell'effetto «vaso di Pandora» della suddetta pronuncia, si è avuta quasi nell'immediato con due antitetiche sentenze di due diversi giudici di merito, una del Tribunale di Milano ed una del Tribunale di Napoli. Entrambe le sentenze, pur traendo le mosse dai principi enunciati dalla Suprema Corte, giunsero alla fine a conclusioni leggermente differenti tenuto conto delle circostanze del caso concreto. Il giudice meneghino ritenne immeritevole e, dunque, invalida quella parte della pattuizione che, invece che coprire i rischi verificatisi nei dieci anni precedenti alla stipulazione della polizza (tenuto conto della prescrizione in ambito della responsabilità contrattuale), limitava la garanzia ai rischi di un preciso periodo temporale (non era prevista retroattività). In questo caso, secondo il Tribunale di Milano, l'inefficacia non si poteva estendere alla parte in cui si delimita l'oggetto del contratto e che prevede che l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di validità dell'assicurazione. La garanzia, pertanto, nel caso esaminato, fu ritenuta operante dal momento della denuncia del sinistro da parte del professionista (nel caso un architetto), ma non furono applicati i previsti limiti alla retroattività⁵.

Il giudice partenopeo, al contrario, fu chiamato a decidere sulla validità di un contratto con *claims made* siglato da una struttura ospedaliera. In tal caso l'assicurato chiedeva l'accertamento dell'inefficacia della pattuizione così da farsi rientrare nella copertura assicurativa un sinistro denunciato dopo la cessazione della polizza, ma relativo a fatti avvenuti in vigenza di polizza. In tal caso, tuttavia, il Tribunale rigettò la domanda di manleva sul presupposto che, attesa la continuità di prestazioni mediche offerte dall'assicurato quale struttura ospedaliera, lo stesso aveva interesse a vedersi tutelato per eventi verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della polizza e, pertanto, l'inserimento della clausola *claims made* realizzava, nel caso di specie, una sufficiente meritevolezza⁶.

⁵ Trib. Milano, sez. I civ., sent., 17 giugno 2016, n. 7149.

⁶ Trib. Napoli, sez. II civ., sent., 20 giugno 2016, n. 7807.

⁴ Cass. civ., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3662.

3. La successiva pronuncia delle Sezioni Unite n. 22437 del 24 settembre 2018. Tipicità del modello *claims made* e dietrofront sul giudizio di meritevolezza

Successivo punto di svolta nel lungo iter giurisprudenziale della *claims made* è costituito dall'ordinanza interlocutoria n. 1465 dell'8 gennaio 2018 della III sezione civile della Corte di Cassazione con la quale, della questione, sono state nuovamente investite le Sezioni Unite. Con detta ordinanza interlocutoria, difatti, la terza sezione civile ha posto nuovi dubbi sulla validità della clausola sino a sostenere che le polizze con clausole *claims made* debbano ritenersi sempre immeritevoli di tutela.

Alle Sezioni Unite, nello specifico, furono poste due questioni:

- a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.;
- b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca il diritto, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.

Con la sentenza n. 22437 del 24/09/2018, le Sezioni Unite hanno effettuato quello che gl'osservatori della materia hanno definito un vero e proprio "dietrofront" rispetto alla loro precedente pronuncia del 2016. Preliminarmente v'è da precisare che successivamente alla sentenza del maggio 2016, il Legislatore ha emanato due normative con le quali sono stati espressamente previsti i contratti assicurativi con pattuizioni *claims made on basis*: la L. 08 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli/Bianco) ed in particolare l'art. 10 concernente l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera ed il successivo art. 11. Tale articolo stabilisce, anzitutto, che la "garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza". La norma prevede, poi, che, in caso di "cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa", la garanzia debba contemplare "un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura". È evidente – come sostengono le stesse Sezioni Unite – che il meccanismo

presupposto dall'art. 11 in esame non sia quello legato al "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" di cui all'art. 1917 c.c., comma 1 non avendo altrimenti ragion d'essere la previsione, al tempo stesso, di un periodo di retroattività e uno di ultrattività della copertura.

La seconda normativa è rappresentata dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 26 che ha novellato l'art. 3, comma 5, lett. e) del D.L. 13 agosto 2011, n. 138. Con tale disposizione non solo è stato previsto l'obbligo di assicurazione per gl'esercenti una libera professione, ma è stato disposto il contenuto minimo di tali polizze prevedendo un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. Il meccanismo prefigurato è quello di una clausola *claims made* su cui si viene ad innestare una *sunset clause*.

Partendo proprio da tali normative, che in realtà hanno solo recepito gl'usi oramai consolidatisi nel settore assicurativo, le Sezioni Unite affermano che il modello *claims made* si è oramai inserito nell'area della tipicità legale, ed è un modello pacificamente praticato «per la copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza».

La Corte poi ribadisce che le *claims made* delimitano l'oggetto del contratto e non sono limitative della responsabilità talché le stesse non possono mai considerarsi vessatorie. Il modello contrattuale basato sulle *claims made* rientra nell'assicurazione della responsabilità civile e rappresenta una deroga pattizia all'art. 1917 c. 1 c.c. consentita dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1932 c.c. e confermata dalle recenti scelte legislative sopra mentovate.

Per tutto quanto sopra le Sezioni Unite concludono ritenendo che le polizze basate sul modello *claims made* siano oramai tipizzate e non debbano più considerarsi pattuizioni atipiche ai sensi dell'art. 1322, 2° co. c.c., non soggiacciono al giudizio di meritevolezza da parte del giudicante, ma al controllo sul regolamento per non vedere violati i limiti imposti dalla legge così come imposto dall'art. 1322 1° co. c.c.. In definitiva, secondo gl'Ermellini si rende opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma che investa anche il momento precedente alla sua conclusione (avendo riguardo al corretto adempimento degl'obblighi informativi in sede precontrattuale) e quello relativo all'attuazione del rapporto (giudizio sull'adeguatezza del regolamento in relazione agl'interessi dei contraenti – assenza di clausole abusive). Le Sezioni Unite, pertanto, affermano il seguente principio di diritto «Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", che è volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sem-

pre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita all'art. 1917 c.c., comma 1 non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)⁷.

4. La decisione della Corte d'Appello

La Corte d'Appello di Napoli, con l'annotata sentenza, dimostra di aver da subito recepito il principio della Suprema Corte a Sezioni Unite, da un lato ritenendo errata la sentenza di primo grado nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di inoperatività della polizza per la vessatorietà della clausola *claims made*, dall'altro provvedendo essa stessa ad una indagine ad ampio spettro del contratto assicurativo così come indicato dagli Ermellini.

Nello specifico la Corte Partenopea così ha deciso «La clausola in esame supera il giudizio di merito sollecitato dai massimi giudici, considerata l'assenza di clausole abusive (quali il recesso dell'assicuratore in caso di denunce di sinistro) e di condizioni svantaggiose per l'assicurata, la conservazione dello scopo pratico perseguito dalle parti, l'estensione del periodo di retroattività della garanzia assicurativa – destinata ad operare anche per i sinistri verificatisi dopo il 31 dicembre 2000, quindi cinque anni prima della stipula del contratto, risalente al 31 dicembre 2005, sicché la copertura era estesa a ben 8 anni e mezzo –, l'adeguatezza del premio di polizza rispetto ai rischi assunti dall'assicuratore, il rispetto degli obblighi informativi, che l'assicurato neppure revoca in dubbio, in considerazione delle concrete modalità di negoziazione, svoltesi in condizioni paritetiche – affidate dalla Provincia Religiosa alla società W., broker mondiale – e con piena consapevolezza della suddivisione dei rischi assicurati: il contenuto del contratto consente di affermare

che gli interessi delle parti, affatto squilibrati, abbiano trovato un adeguato assetto negoziale, anche alla luce dell'informativa precontrattuale».

In definitiva la Corte d'Appello, nel caso di specie, lungi dall'effettuare un giudizio di meritevolezza, ha deciso per la validità della pattuizione *claims made* sottoposta al proprio vaglio sulla base di un ampio giudizio che ha condotto, in estrema sintesi, alle seguenti conclusioni: – il premio pagato era adeguato al rischio garantito; – l'informativa precontrattuale era stata corretta; – ha evidenziato l'assenza di clausole abusive.

⁷ Cass. Civ., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437.

Ylenia Zaira Alfano

Avvocato e Dottore di ricerca in Istituzioni e Politiche tributarie, finanziarie, previdenziali e dell'ambiente presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Sufficiente la contestazione disciplinare all'avvocato anche senza l'indicazione della norma deontologica violata.

Nota a Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8313

abstract

On the subject of the application of the art. 30 of the professional law, does not detect the failure to indicate the paragraph that is allegedly infringed or the failure to specify the abstract case, since it is necessary (and sufficient) to contest the facts capable of justifying the provision adopted.

keywords

Professional law – Contest – Facts.

abstract

In tema di applicazione dell'art. 30 della legge professionale, non rileva la mancata indicazione del comma che si assume violato né la mancata specificazione della fattispecie astratta, essendo necessaria (e sufficiente) la contestazione dei fatti idonei a giustificare il provvedimento adottato.

parole chiave

Legge professionale – Contestazione – Fatti.

Al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa all'avvocato incolpato in sede disciplinare, è necessario che gli venga contestato il comportamento ascritto come integrante la violazione deontologica e non già il *nomen iuris* o la rubrica della ritenuta infrazione: il giudice disciplinare è libero d'individuare l'esatta configurazione della violazione tanto in clausole generali, quanto in diverse norme deontologiche o finanche di ravvisare un fatto disciplinarmente rilevante in condotte atipiche non previste da dette norme.

Cass. civ., sez. un., 25 marzo 2019, n. 8313,

Est. Angelina-Maria Perrino.

(*Omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Si legge nella narrativa della sentenza impugnata che, in esito al subentro all'avv. C. di altro professionista quale delegato dal giudice dell'esecuzione in una vendita, emersero numerose operazioni di prelievo dai libretti non giustificate, in diverse procedure esecutive. Fu quindi svolta una preistruttoria, fino alla sospensione del procedimento disciplinare, per la contemporanea pendenza di quello penale per gli stessi fatti.

Il procedimento disciplinare fu ripreso nel 2016 e tenne conto della sentenza 24 gennaio/19 aprile 2017, n. 18886, con la quale questa Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'avv. C. contro la sentenza che l'aveva condannato alla pena sospesa di due anni di reclusione per i fatti in questione, qualificati di peculato.

Il Consiglio distrettuale di disciplina di Campobasso inflisse quindi all'odierno ricorrente la sanzione della radiazione dall'albo, in base all'esito del processo penale, nonché alle dichiarazioni dei professionisti che avevano sostituito l'incolpato.

Il Consiglio nazionale forense ha rigettato il successivo appello proposto dall'avv. C. Al riguardo ha anzitutto ritenuto che il mutamento del capo d'incolpazione operato dal Consiglio distrettuale avesse riguardato la sola qualificazione dei fatti contestati.

Nel merito, ha sottolineato che il passaggio in giudicato della sentenza penale delimitava il perimetro del giudizio alla sola valutazione della rilevanza deontologica dei fatti già accertati; sicché ha reputato adeguata la sanzione applicata rispetto alla gravità dei fatti, anche in considerazione del precedente disciplinare per fatti analoghi.

Contro questa sentenza propone ricorso l'avv. C.L. per ottenerne la cassazione, che ha articolato in cinque motivi e corredato d'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza, cui non v'è replica.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Infondato è il primo motivo di ricorso, col quale il ricorrente denuncia la violazione di legge o l'eccesso di potere in relazione alla L. n. 247 del 2012, art. 59, lett. d), n. 2, e dell'art. 21, comma 2, lett. b), del regolamento n. 2 del 21 febbraio 2014 adottato dal Consiglio nazionale forense, sostenendo che si sia violato il principio fondamentale di correlazione tra i fatti contestati e la decisione adottata. Ciò perché egli è stato incolpato per la violazione dell'art. 30, comma 4, poi espunto, ma, lamenta, gli è stata inflitta la sanzione in base a una generica violazione dell'art. 30, senza specificazione alcuna del comma rilevante.

Lo stesso ricorrente riconosce, tuttavia, che il Consiglio distrettuale di disciplina, pur espungendo dai capi d'incolpazione il riferimento all'art. 30, comma 4, del nuovo codice deontologico, ha "tenuto ferma la descrizione dei fatti contestati" (pag. 10, secondo capoverso del ricorso).

Nessuna menomazione del suo diritto di difesa si può quindi riscontrare.

1.1. - Le previsioni del codice deontologico forense hanno difatti natura di fonte meramente integrativa dei precetti normativi e si possono legittimamente ispirare a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività. Ne consegue che, al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa all'avvocato incolpato in sede disciplinare, è necessario che gli venga contestato il comportamento ascritto come integrante la violazione deontologica e non già il *nomen iuris* o la rubrica della ritenuta infrazione: il giudice disciplinare è libero d'individuare l'esatta configurazione della violazione tanto in clausole generali, quanto in diverse norme deontologiche o finanche di ravvisare un fatto disciplinarmente rilevante in condotte atipiche non previste da dette norme (Cass., sez. un., 7 luglio 2009, n. 15852; 17 gennaio 2012, n. 529; 17 marzo 2017, n. 6967).

2. - Parimenti infondato è il secondo motivo di ricorso, col quale l'avv. C. si duole della violazione di legge o dell'eccesso di potere in relazione all'applicazione dell'art. 30, del nuovo codice deontologico forense, per la mancata indicazione del comma che si assume violato dall'incolpato.

Ciò perché l'omessa indicazione del comma è del tutto irrilevante ai fini della specificità dell'incolpazione, a fronte della compiuta descrizione dei fatti, della quale si dà atto anche in ricorso (si legge a pag. 16 del ricorso che "...l'eliminazione dalla contestazione dell'indicazione dell'art. 30 Codice Deontologico, comma 4... non ha modificato... il fatto costitutivo della condotta illecita addebitata all'avv. C., individuata con chiarezza e precisione...").

3. - Inammissibile è poi il terzo motivo di ricorso, col quale l'avv. C. lamenta la violazione di legge o l'eccesso di potere in relazione all'applicazione dell'art. 30, comma 5, del nuovo codice deontologico forense,

con specifico riferimento all'erronea irrogazione della sanzione della radiazione. Secondo il ricorrente, in particolare, la nullità della sentenza deriverebbe dall'omessa indicazione dell'esatta norma deontologica violata, giacché il nuovo codice deontologico ha provveduto non soltanto a tipizzare le condotte costituenti illecito disciplinare, ma anche a prevedere per ogni singola condotta una determinata sanzione, indicata nel minimo e nel massimo.

Di là dalla formulazione come deduzione di violazione di legge, difatti, col motivo il ricorrente censura l'apprezzamento della gravità dell'infrazione compiuta dal giudice disciplinare.

Di contro, il potere di applicare la sanzione, adeguata alla gravità e alla natura dell'offesa arrecata al prestigio dell'ordine professionale, è riservato agli organi disciplinari; pertanto, la determinazione della sanzione inflitta all'incolpato dal consiglio nazionale forense non è censurabile in sede di giudizio di legittimità (vedi, tra varie, Cass., sez. un., 31 luglio 2018, n. 20344).

3.1. - La sanzione inflitta è d'altronde coerente con l'art. 22, comma 1, lett. d), del nuovo codice deontologico forense, che, a proposito della radiazione, la definisce come "...esclusione definitiva dall'albo, elenco o registro e impedisce l'iscrizione a qualsiasi altro albo, elenco o registro, fatto salvo quanto previsto dalla legge" e stabilisce che essa "è inflitta per violazioni molto gravi che rendono incompatibile la permanenza dell'incolpato nell'albo, elenco o registro".

E il Consiglio nazionale forense ha fatto appunto leva sulla complessiva gravità dei fatti, sulla reiterazione di essi e sul precedente disciplinare per fatti analoghi per giustificare la legittimità dell'applicazione della sanzione in questione.

4. - Infondato è altresì il quarto motivo di ricorso, col quale l'avv. C. denuncia la motivazione apparente della sentenza impugnata, basata a suo avviso su affermazioni inconciliabili.

I fatti indicati nell'incolpazione (consistenti nell'aver effettuato prelievi su libretti senza autorizzazione), anziché inconciliabili, sono corrispondenti alle "plurime appropriazioni di somme di danaro" su cui si fa leva in sentenza; laddove la censura della motivazione concernente la legittimità della sanzione, adeguatamente giustificata in base alle considerazioni che precedono, finisce col risolversi in una denuncia d'insufficiente motivazione, inibita dalla novella dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, applicabile *ratione temporis* anche nel giudizio in questione (vedi Cass., sez. un., 29 novembre 2018, n. 30868).

5. - Col quinto motivo di ricorso si eccepisce la prescrizione dell'azione disciplinare in relazione ad almeno tre capi d'incolpazione.

Si fa leva, in particolare, sulla disciplina della prescrizione introdotta dalla L. 31 dicembre 2012, n. 247, art. 56.

L'eccezione, benché nuova, è ammissibile, in quanto non importa indagini fattuali (Cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5038; 9 ottobre 2013, n. 22956).

Essa, tuttavia, è infondata.

5.1. - Anzitutto, all'ipotesi in esame non è applicabile la L. n. 247 del 2012, art. 56, che è entrata in vigore successivamente alla commissione dei fatti dei quali si discute: e ciò perché il potere disciplinare sanzionatorio in esame resta insensibile al diritto sopravvenuto più favorevole, per la sua natura amministrativa (Cass., sez. un., 18 aprile 2018, n. 9558).

5.2. - Senz'altro, poi, nel caso in esame il termine di prescrizione non era inutilmente decorso quando l'azione disciplinare è stata promossa; anzi, l'azione è stata iniziata addirittura prima che il termine di prescrizione avesse cominciato a decorrere.

Agli effetti della prescrizione dell'azione disciplinare regolata dal R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 51, occorre infatti distinguere il caso, previsto dall'art. 38, in cui il procedimento disciplinare tragga origine da fatti punibili solo in tale sede, in quanto violino esclusivamente i doveri di probità, correttezza e dirittura professionale, dal caso, previsto dall'art. 44, che ricorre nella fattispecie, in cui il procedimento disciplinare abbia luogo per fatti costituenti anche reato e per i quali sia stata iniziata l'azione penale.

5.2.1. - Nel primo caso, in cui l'azione disciplinare è collegata a ipotesi generiche e a fatti anche atipici, il termine prescrizione comincia a decorrere dalla commissione del fatto; nel secondo, invece, l'azione disciplinare è collegata al fatto storico di una pronuncia penale che non sia di proscioglimento perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso, ha come oggetto lo stesso fatto per il quale è stata formulata una imputazione, ha natura obbligatoria e non può essere iniziata prima che se ne sia verificato il presupposto.

Ne consegue che la prescrizione decorre dal momento in cui il diritto di punire può essere esercitato, e cioè dal passaggio in giudicato della sentenza penale, costituente un fatto esterno alla condotta (Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10071; 31 maggio 2016, n. 11367).

Il motivo va quindi respinto, poiché, a fronte della sentenza di questa Corte n. 18886/17, l'azione disciplinare proposta nei confronti dell'avv. C. è pienamente tempestiva.

6. - Il ricorso va in conclusione rigettato; il che determina l'assorbimento dell'istanza di sospensione che lo correda.

Nulla per le spese, in mancanza di attività difensiva. Sussistono i presupposti per l'applicazione del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-*quater*. PQM

(*Omissis*)

*** *Nota a sentenza*

sommario

1. Il caso. – 2. Procedimento disciplinare e contestazione degli addebiti. – 3. Sanzioni disciplinari e disciplina transitoria. – 4. Sanzioni disciplinari e prescrizione.

1. Il caso

Il caso di specie riguarda le contestazioni mosse dal ricorrente incolpato avverso una pronuncia di radiazione dall'albo emessa dal Consiglio nazionale forense. In particolare, era venuta in rilievo la condotta di un avvocato che, in qualità di delegato dal giudice dell'esecuzione in una vendita, aveva effettuato, senza giustificazione alcuna, numerose operazioni di prelievo dai libretti delle procedure esecutive. Il Consiglio distrettuale di disciplina di Campobasso – all'esito della sentenza di condanna emessa nel processo penale avviatosi per i medesimi fatti, qualificati di peculato – infliggeva la sanzione della radiazione dall'albo: in particolare, sulla base dell'accertamento compiuto in sede penale, si contestava al legale l'illecito deontologico di cui all'art. 30 del codice deontologico, senza espressa indicazione di quale dei doveri deontologici ivi contemplati fosse stato violato.

Il Consiglio Nazionale Forense confermava la sanzione, specificando che doveva ritenersi adeguata la sanzione applicata rispetto alla gravità dei fatti.

Il legale, ricorrendo in Cassazione, denunciava violazione di legge e l'eccesso di potere, per essergli stata inflitta una sanzione in base a una generica violazione dell'art. 30 del nuovo codice deontologico forense, senza specificazione alcuna del comma rilevante. In particolare l'uomo si doleva perché né il Consiglio distrettuale di disciplina né il CNF avevano indicato quale comma dell'art. 30 fosse stato violato: il citato articolo 30, infatti, indica come il legale deve gestire il denaro altrui (fattispecie di cui ai commi 1-4), con espressa indicazione, al comma 5, delle (diverse) sanzioni da irrogare in caso di violazione di uno dei differenti doveri indicati nei commi precedenti. Proprio in relazione alla previsione di una eterogeneità di sanzioni – che il nuovo codice deontologico espressamente indica, sia nel minimo che nel massimo, per ciascuna condotta tipizzata – il ricorrente eccepiva anche l'eccesso di potere in relazione all'applicazione dell'art. 30, comma 5, con specifico riferimento all'erronea irrogazione della radiazione: l'omessa indicazione della norma deontologica violata impediva, infatti, di individuare la sanzione corrispondente. Le Sezioni Unite, tuttavia, non condividono le tesi difensive del ricorrente, per le motivazioni che si vengono ad illustrare.

2. Procedimento disciplinare e contestazione degli addebiti

La Cassazione, preliminarmente, affronta la delicata questione del rapporto tra illecito disciplinare e contestazione mossa, giungendo ad una soluzione parzialmente difforme rispetto a quella adottata in sede penale.

Nel procedimento disciplinare a carico degli esercenti la professione forense, ai fini della contestazione, infatti, si deve aver riguardo alla specificazione del fatto più che all'indicazione della norma violata, sicché, ove il primo sia descritto in modo puntuale, neppure la mancata individuazione degli articoli di legge violati determina una nullità degli addebiti mossi all'incolpato. In un caso, infatti, le Sezioni Unite, alla stregua del principio enunciato, hanno rigettato il ricorso proposto da un avvocato colpito dalla sanzione dell'avvertimento, sul presupposto della legittimità del procedimento disciplinare espletato, fondato su un'incolpazione riconducibile all'uso di espressioni sconvenienti ed offensive nei riguardi di un collega, prevista dall'art. 20 del c.d. codice deontologico, sulla scorta della quale non era rimasto impedito in capo al giudice disciplinare di ravvisare la più generale ipotesi contemplata dall'art. 22, comma 1, dello stesso codice, poiché la condotta contestata integrava indiscutibilmente gli estremi di un contegno contrario a correttezza e lealtà verso il collega.

Del resto, in più occasioni il S.C. ha ribadito che il comportamento illecito del professionista perseguibile con il procedimento disciplinare non consiste esclusivamente in condotte contrarie a prescrizioni di legge civile o penale, e neppure si esaurisce nelle ipotesi individuate dal codice deontologico approvato, potendo essere sanzionati disciplinarmente, in quanto contrari alla deontologia professionale, anche comportamenti atipici, quali quelli che integrano ad esempio – un abuso degli strumenti che l'avvocato deve esercitare nell'interesse dei propri assistiti, contrastante con l'esigenza generale di evitare il moltiplicarsi delle controversie qualora queste non corrispondano agli interessi sostanziali degli assistiti.

Con specifico riferimento al caso di specie, le Sezioni Unite, dunque, hanno rilevato come l'omessa indicazione del comma dell'art. 30 è del tutto irrilevante ai fini della specificità dell'incolpazione: il giudice disciplinare è, difatti, libero d'individuare l'esatta configurazione della violazione tanto in clausole generali, quanto in diverse norme deontologiche, ovvero, finanche, di ravvisare un fatto disciplinarmente rilevante in condotte atipiche non previste da dette norme.

In relazione alla doglianza avanzata per l'erronea irrogazione della sanzione della radiazione, la sentenza in commento premette che gli organi disciplinari hanno piena discrezionalità, non censurabile in sede di legittimità, in merito alla sanzione da applicare, con l'unico limite che, in ogni caso, la sanzione deve esse-

re adeguata alla gravità e alla natura dell'offesa arrecata al prestigio dell'ordine professionale. Pertanto, sempre con specifico riferimento al caso di specie, la sanzione inflitta è coerente con l'art. 22, comma 1, lett. d), del nuovo codice deontologico forense, posto che la radiazione – inflitta per violazioni molto gravi che rendono incompatibile la permanenza dell'incolpato nell'albo, elenco o registro – è adeguata al caso concreto, tenuto conto della complessiva gravità dei fatti, della reiterazione di essi e del precedente disciplinare per fatti analoghi.

3. Sanzioni disciplinari e disciplina transitoria

Ulteriore profilo di interesse della pronuncia in commento riguarda il tema della natura delle sanzioni previste dal codice deontologico ed il conseguente regime prescrizione applicabile relativamente alla disciplina transitoria. Il S.C., al riguardo, precisa che le sanzioni disciplinari contenute nel codice deontologico forense hanno natura amministrativa con la conseguenza che, con riferimento al regime giuridico della prescrizione, non è applicabile lo "*jus superveniens*", ove più favorevole all'incolpato, quando la contestazione dell'addebito sia avvenuta anteriormente all'entrata in vigore della nuova disciplina normativa.

4. Sanzioni disciplinari e prescrizione

Da ultimo, per completezza espositiva, può essere opportuno formulare taluni chiarimenti in merito all'istituto della prescrizione. Ebbene, ai sensi dell'art. 65, comma 5, l. n. 247/2012, resta sempre e comunque operante il criterio generale dell'irretroattività delle norme in tema di sanzioni amministrative. Difatti, quando il citato art. 65 detta la disciplina transitoria in base al principio del "*favor rei*", stabilendo che si applicano le norme più favorevoli per l'incolpato anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, in tale la norma appena menzionata si riferisce solamente alle norme del nuovo codice deontologico. Laddove si tratti, invece, di atto d'impugnazione, la norma applicabile, con riferimento ai relativi termini, è quella vigente al momento della sua proposizione, in base al principio "*tempus regit actum*".

Qualora il procedimento disciplinare a carico dell'avvocato riguardi un fatto costituente reato per il quale sia stata esercitata l'azione penale, come nel caso di specie, la prescrizione dell'azione disciplinare decorre soltanto dal passaggio in giudicato della sentenza penale, anche se il giudizio disciplinare non sia stato nel frattempo sospeso, ciò potendo incidere sulla validità dei suoi atti, ma non sul termine iniziale della prescrizione.

Con riferimento alla prescrizione dell'azione disciplinare, che notoriamente avviene nel termine di cinque anni decorrenti dal giorno di realizzazione dell'illecito oppure, quando questi consiste in una condotta protratta nel tempo dalla data di cessazio-

ne della condotta stessa, la Suprema Corte in più occasioni ha avuto modo di sottolineare che la norma deontologica contestata all'inculpato non può essere interpretata nel senso della irrilevanza del successivo indebito trattenimento del denaro incassato. In conclusione, il professionista che abbia tenuto una condotta illecita ripetuta e continuata nel tempo, di fatto, ha continuato a violare ripetutamente la norma deontologica e la sua condotta ha assunto, conseguentemente, natura di illecito permanente.

In conclusione, ogni qual volta si debba escludere il carattere istantaneo della condotta addebitata al professionista, è necessario – in mancanza dei relativi presupposti – rigettare l'eccezione di prescrizione, non sussistendo il carattere istantaneo della violazione.

Sul valore probatorio del verbale della C.M.O. nei giudizi per il risarcimento dei danni da emotrasfusioni.

Nota a Corte d'App. Napoli, sez. IV bis civile, 9 aprile 2019, n. 1962

abstract

The Court of Appeal of Naples confirms the superior probative value of CMO's report in relation to the proof of the transfusion-hepatopathy causal link.

keywords

Hospital Medical Commission – Causal link recognition – Value in civil judgment.

abstract

La Corte d'Appello di Napoli conferma il superiore valore probatorio del verbale di CMO in relazione alla prova del nesso causale trasfusioni-epatopatia.

parole chiave

Commissione Medica Ospedaliera – Riconoscimento nesso causale – Valore nel giudizio civile.

Danni da emotrasfusioni – verbale della C.M.O. – riconoscimento del nesso causale – giudizio civile – preclusione probatoria per il convenuto Ministero

In materia di danni da emotrasfusioni, qualora la Commissione Medica di cui all'articolo 4 L. n. 210 del 1992 riconosca la riconducibilità del contagio ad una emotrasfusione, l'esistenza del nesso causale contagio/trasfusione non può essere rimesso in discussione dal convenuto ministero nel giudizio civile promosso per il risarcimento dei danni.

Corte App. Napoli, sez. IV bis civile, 9 aprile 2019,
Pres. Di Mauro, Rel. Montefusco

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 863/2014, resa il 20 gennaio 2014, il Tribunale di Napoli accoglieva la domanda che S.M. aveva proposto – con atto di citazione notificato il 13 luglio 2009 – nei confronti del Ministero della Salute al fine di ottenerne la condanna a risarcir-

gli tutti i danni che erano conseguiti alla lesioni personali a lei derivate dal contagio da HCV in occasione della trasfusione di sangue ricevuta nel corso del ricovero dall'11 ottobre 1975 al 31 ottobre 1975, presso l'Ospedale Santobono di Napoli.

Con citazione notificata il 7 febbraio 2014, il Ministero della Salute s'appellava a questa Corte avverso l'indicata decisione, lamentando: 1.1 L'“errata individuazione del *dies a quod* al quale fare decorrere la prescrizione del diritto al risarcimento del danno”; 2. L'“assoluta mancanza di colpa del Ministero della Salute”. Chiedeva, pertanto, di riformare integralmente la sentenza appellata, con rigetto della originaria domanda e vittoria delle spese di entrambi i gradi di giudizio, in subordine “Previo rinnovo della CTU, ridurre il risarcimento al giusto e al dovuto” (cfr. 14-15 dell'atto di appello).

Il M., costituendosi con comparsa di risposta all'appello del 16 maggio 2014, eccepiva l'infondatezza dell'appello e ne chiedeva il rigetto.

Rigettata l'istanza di sospensione della esecutività della sentenza (giusta ordinanza del 19 giugno 2014), dopo vari rinvii d'ufficio, all'udienza del 19 gennaio 2016, la causa era riservata in decisione e successivamente rimessa sul ruolo con ordinanza del 26 maggio 2016 con la quale la Corte disponeva svolgersi una consulenza tecnica di ufficio medico legale, affidando l'incarico alla dr.ssa R.V. Poiché il consulente nominato non compariva all'udienza all'uopo fissata, per il conferimento dell'incarico, senza addurre idonea giustificazione, la Corte revocava la sua nomina e nominava in sostituzione, il dr. G.S. Espletata la disposta CTU, dopo vari rinvii d'ufficio, all'udienza del 30 novembre 2018, le parti precisavano le conclusioni, riportandosi ai rispettivi atti introduttivi, e la Corte riservava la causa in decisione, con assegnazione dei termini per il deposito degli scritti difensionali conclusivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il Tribunale di Napoli, con la gravata decisione – dopo avere premesso che “il termine prescrizione non può essere ritenuto validamente decorso” (atteso che “parte attrice ha saputo di essere affetto da epatite cronica da HCV correlata cirrogena solo in data 22/02/2007”) (cfr. pag. 2 della sentenza) – ha accolto la domanda di danno avanzata da S. M. nei confronti del Ministero della Salute, osservando che “nel caso caso di specie (...) alla stregua delle risultanze della commissione medica ospedaliera di cui alla L. n. 210/92 e della espletata consulenza tecnica ufficio, appare probabile, in assenza di fattori alternativi che la malattia di cui è affetto l'attore sia derivata dalle trasfusioni allo stesso praticate in occasione del ricovero presso l'Ospedale Santobono di Napoli” (cfr. pag. 3 della sentenza).

2. Con il primo motivo di gravame – rubricato “errata individuazione del *dies a quod* al quale decorre la prescrizione del diritto al risarcimento del danno” – il Ministero della Salute assume l'erroneità della sentenza appellata laddove “secondo il giudice di prime cure l'inizio della prescrizione decorrerebbe dal momento in cui la malattia viene percepita, e quindi a partire dal 22.02.2007” (cfr. pag. 3 dell'atto di appello).

All'opposto, esso sostiene che “avendo il termine di prescrizione cominciato a decorrere nel 1975, esso è ampiamente decorso alla data degli accertamenti sanitari (20.02.2007) nonché alla data di richiesta (23.03.2007) di visita medico-legale che avrebbe costituito il presupposto per il godimento dell'indennizzo previsto dalla L. n. 210/1992” (cfr. pag. 8 dell'atto di appello).

Il motivo è infondato.

2.1. Preliminarmente si rammenta che la responsabilità del Ministero della Salute per i danni conseguenti ad infezioni da virus HBV, HIV e HCV contratte da soggetti emotrasfusi è ritenuta, dalla consolidata giurisprudenza, di natura extracontrattuale, né sono ipotizzabili, al riguardo, figure di reato tali da innalzare i termini di prescrizione, quali quella di epidemia colposa o di lesioni colpose plurime (cfr. per tutte Cass. civ., Sez. Un. sentenza n. 581 del 11/1/2008 e, tra le ultime Cass. civ., sez. 3, sentenza n. 28464 del 19/12/2013).

In linea alla giurisprudenza della Suprema Corte, richiamata anche dall'appellante, il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da parte di chi assume di aver contratto per contagio da emotrasfusioni una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre dal giorno in cui tale malattia venga percepita – o possa essere percepita usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche – quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto che la dichiarazione anamnestica della paziente, resa in occasione della diagnosi di epatite C, di essersi sottoposta a trasfusione durante il parto e

di non aver mai fatto uso di alcool e di stupefacenti, fosse idonea ad attestare la conoscenza o, comunque, la conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, della conducibilità causale della patologia alla trasfusione).

In altre parole, il termine di prescrizione decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, primo comma, c.c., non dal giorno in cui il danneggiante determina la modificazione causativa del pregiudizio o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza, parametrata alle condizioni del danneggiato, e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche (in tale senso cfr. anche Cass. n. 18521/2018): tale data è da ritenersi ordinariamente, ma non necessariamente, coincidente – non con la comunicazione del responso della Commissione medica ospedaliera di cui all'art. 4 della legge 25 febbraio 1992, n. 210, ma con la proposizione della relativa domanda amministrativa, che attesta l'esistenza, in capo all'interessato, di una sufficiente ed adeguata percezione della malattia (cfr. Cass. Sez. 3, sentenza n. 28464 del 19/12/2013).

2.2. Orbene, facendo applicazione di tale principio di diritto alla fattispecie in esame, ben può ritenersi che il diritto azionato S. M. non fosse affatto prescritto alla data di notifica dell'atto di citazione in primo grado (il 13 luglio 2009), assumendo quale *dies a quo*, per il suo computo non già la data della trasfusione, avvenuta in occasione della nascita dell'attore, il 19 settembre 1975, ovvero nei primi mesi di vita a seguito del ricovero tra l'11 ottobre 1975 ed il 31 ottobre 1975, presso l'Ospedale Santobono di Napoli – come erroneamente argomenta il Ministero – bensì la data in cui venne a conoscenza, a seguito di accertamenti sanitari effettuati presso l'Università di Napoli (S.U.N.) – divisione di Medicina Interna ed Epatologia, di essere affetto da epatite cronica da HCV correlata in evoluzione cirrogena (11 20 gennaio 2007).

Se dunque la prescrizione (quinquennale) del diritto risarcitorio dell'attore, al tempo del primo atto interruttivo, identificabile con la domanda giudiziale, non era già maturata, ad avviso di questa Corte, purtuttavia, la relativa pretesa risarcitoria non era (e non è) comunque meritevole di trovare accoglimento per le ragioni di seguito esposte.

3. Con un distinto motivo di appello, il Ministero della Salute critica la sentenza impugnata per avergli attribuito “la colpa di non aver posto in essere i controlli tesi ad evitare la generazione della malattia” senza considerare, invece, che il virus dell'epatite C fu conosciuto dalla comunità scientifica solo a partire dal 1989 (...) prima di detta epoca inoltre i test diagnostici a disposizione della comunità scientifica (...) erano quelli che permettevano l'identificazione unicamente dei virus dell'epatite A e B” (cfr. pag. 9 dell'atto di appello). Sicché, a dire dell'appellante, non essendo

noto il virus dell'epatite C e nemmeno identificabile con le strumentazioni tecniche esistenti, all'epoca delle somministrate trasfusioni, "Non è riscontrabile (...) il nesso di causalità tra la condotta omissiva del Ministero della Salute e l'evento del contagio" (cfr. pag. 10 dell'atto di appello).

Anche l'esposta doglianza va respinta.

3.1. Innanzitutto, quanto al profilo relativo alla prova del nesso di derivazione causale della patologia epatica in questione dalla terapia trasfusionale somministrata al M., si segnala il recente arresto della Suprema Corte – dal quale questo Collegio non ha ragione di discostarsi – a mente del quale "In tema di danni da emotrasfusioni, nel giudizio promosso dal danneggiato contro il Ministero della Salute, l'accertamento della riconducibilità del contagio ad una emotrasfusione, compiuto dalla Commissione di cui all'art. 4 della L. n. 210 del 1992, in base alquale è stato riconosciuto l'Indennizzo ai sensi di detta legge, non può essere messo in discussione dal Ministero, quanto alla riconducibilità del contagio alla trasfusione o alle trasfusioni individuate come causative di esso, ed il giudice deve ritenere detto fatto indiscutibile e non bisogno di prova, in quanto, essendo la Commissione organo dello Stato, l'accertamento è da ritenere imputabile allo stesso Ministero" (cfr. Cass. n. 15734/2018).

Ebbene, nella fattispecie in esame, risulta versato in atti il verbale della Commissione Medico Ospedaliera – Dipartimento Medicina Legale di Caserta del 21 dicembre 2007 relativo a S. M., nel quale quanto al giudizio diagnostico del paziente è riportato "epatopatia cronica HCV correlata in evoluzione cirrogena", quanto, invece, al giudizio medico-legale è scritto che "Vista la storia clinica, considerato che all'epoca degli eventi trasfusivi non vigeva l'obbligo di testare gli emocomponenti per il virus HC V, riscontrata l'impossibilità di rintracciare i donatori di sangue si è del parere che nel caso di specie, ancorché in via presuntiva, il nesso di causalità sia ammissibile, tenuto conto che la via elettiva di trasmissione del virus HCV è quella parenterale ematica attraverso trasfusioni".

Sicché – contrariamente a quanto opinato dal Ministero – non può revocarsi in discussione l'esistenza del "nesso di causalità tra la condotta omissiva del Ministero della Salute e l'evento del contagio".

Nessun pregio, dunque, può essere riconosciuto alle conclusioni cui è approdato il consulente tecnico di ufficio, il dr. G. S. (nominato da questa Corte prima del recente arresto giurisprudenziale innanzi menzionato), il quale (peraltro) si è espresso in termini meramente dubitativi in ordine alla (pretesa) sussistenza del nesso causale tra l'epatopatia contratta dal M. (evidenziatasi 30 anni dopo la somministrazione della trasfusione) e la terapia trasfusionale cui fu sottoposto nei primi mesi di vita. Nello specifico ha così argomentato: "il non incorrere del periziando, come dimostrabile e dimostrato in altri fattori di rischio

della malattia come omosessualità o attività lavorative a rischio o nella vita pregressa nel periodo successivo all'intervento chirurgico in cui si è resa necessaria una emotrasfusione, rende ragione del fatto che una delle fonti di contagio più probabili sia quella della trasfusione ricevuta nel 1975, ma non esclude altre cause iatrogene, legate cioè ad interventi o procedure interventistiche successive alle emotrasfusioni stesse" (cfr. pag. 4 della relazione di consulenza tecnica del 1° settembre 2017).

In definitiva, la decisione impugnata anche sul punto va confermata.

3.2. Quanto all'ulteriore e distinto profilo della colpa ascritta al Ministero per "non aver posto in essere i controlli tesi ad evitare la generazione della malattia" su cui pure fonda il giudizio di responsabilità del Tribunale, osserva la Corte che le ragioni esposte dal primo Giudice appaiono conformi alla più recente giurisprudenza di legittimità formatasi in materia.

Ed invero, la Cassazione ha ritenuto sussistente, ancor prima dell'entrata in vigore della L. n. 107/1990, contenente la disciplina delle attività trasfusionali e della produzione di emoderivati, la responsabilità del Ministero della Salute "per deficit di vigilanza" fondata sulla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., per i danni da emotrasfusione sulla scorta della normativa all'epoca vigente, analiticamente riportata anche nella sentenza impugnata, che pone in capo al detto Ministero un obbligo di vigilanza nella materia in esame (cfr. Cass. S.U. n. 576/08; Cass. S.U. n. 584/08).

Secondo la Cassazione, l'obbligo di vigilanza del Ministero della Salute si desume da diverse disposizioni, segnatamente l'art. 1 della legge n. 296 del 1958, che attribuisce al Ministero il compito di provvedere alla tutela della salute pubblica, di sovrintendere ai servizi sanitari svolti dalle amministrazioni autonome dello Stato e dagli enti pubblici, provvedendo anche al relativo coordinamento, nonché ad emanare, per la tutela della salute pubblica, istruzioni obbligatorie per tutte le amministrazioni pubbliche che provvedono a servizi sanitari; l'art. 1 della legge n. 592 del 1967 che attribuisce al Ministero le direttive tecniche per l'organizzazione, il funzionamento ed il coordinamento dei servizi inerenti la raccolta, la preparazione, la conservazione, la distribuzione del sangue umano per uso trasfusionale, nonché la preparazione dei suoi derivati, e per l'esercizio della relativa vigilanza; l'art. 20 della legge n. 592 del 1967 che attribuisce al Ministero il compito di proporre l'emanazione di norme relative all'organizzazione, al funzionamento dei servizi trasfusionali, alla raccolta, alla conservazione e all'impiego dei derivati, alla determinazione dei requisiti e dei controlli cui debbono essere sottoposti; l'art. 21 della medesima legge che attribuisce al Ministero il compito di autorizzare l'importazione e l'esportazione di sangue umano e dei suoi derivati per uso terapeutico; l'art. 22 della legge citata che attribuisce, altresì, al Ministero il

potere di autorizzare l'autorità sanitaria a disporre la chiusura del centro, del laboratorio o dell'officina autorizzati; il d.p.r. n. 1256\1971, recante il regolamento di attuazione della legge n. 592\1967, che contiene norme concernenti i poteri di controllo e vigilanza in materia del Ministero, e nell'art. 44 prevede l'obbligo di controllare se il donatore di sangue sia affetto da epatite virale, vietando in tal caso la trasfusione; il DM Sanità 7.2.1972, che contiene norme regolanti l'attività del Centro Nazionale per la trasfusione del sangue, nonché la previsione che il Ministero della Sanità (oggi della Salute) sia costantemente informato delle attività del Centro; il DM Sanità 15.9.1972 che disciplina l'importazione ed esportazione del sangue e derivati, prevedendo l'autorizzazione ministeriale (almeno nel caso di provenienza da paesi non in grado di garantire requisiti minimi di sicurezza) agli ospedali ed ai centri gestori per la produzione di emoderivati ed alle officine farmaceutiche che siano risultati idonei ad eseguire i controlli sui prodotti importati, previo accertamento dell'Istituto superiore di sanità; la legge n. 519\1973, che attribuisce all'Istituto superiore di sanità compiti attivi a tutela della salute pubblica; la legge n. 833\1978, istitutiva del SSN, che mantiene in capo al Ministero della Sanità importanti funzioni in materia di produzione, sperimentazione e commercio dei prodotti farmaceutici e degli emoderivati e conferma che la raccolta, il frazionamento e la distribuzione del sangue umano costituiscono materia di interesse nazionale; il DL n. 443\1987 che attribuisce al Ministero della Sanità il potere di stabilire le modalità di esecuzione del monitoraggio sui farmaci a rischio e di emettere provvedimenti cautelari relativamente ai prodotti in commercio; la L. n. 107\1990 che attribuisce all'Istituto Superiore di Sanità il compito di provvedere alla prevenzione delle malattie trasmissibili, di ispezionare e controllare le aziende di produzione di emoderivati e le specialità farmaceutiche emoderivate, nonché di vigilare sulla qualità dei plasma derivati prodotti in centri individuati ed autorizzati dal ministero e al Ministero della Sanità il potere di autorizzare l'importazione di emoderivati pronti per l'impiego; la L. n. 178\1991 che disciplina le modalità di rilascio e revoca dell'autorizzazione ministeriale alla produzione, importazione ed immissione in commercio delle specialità medicinali, con incisivi poteri ispettivi e di vigilanza del Ministero; il DM Sanità 12.6.1991 che disciplina l'autorizzazione ministeriale all'importazione di sangue e plasma derivati; il d.lgs. n. 502\1992 che ha riordinato la materia in materia sanitaria conservando al Ministero della Sanità poteri di ingerenza e sostitutivi, mentre il d.lgs n. 266\1993 che ha riservato al Ministero compiti e poteri di vigilanza in materia di sanità pubblica; il d.lgs n. 267\1993 che ha attribuito poteri di controllo e di vigilanza all'Istituto Superiore di Sanità a tutela della salute pubblica; il d.lgs n. 44\1997 che ha attribuito al Ministero

poteri in tema di farmacovigilanza, mentre il d.lgs n. 449\1997 ha attribuito al Ministero la vigilanza sull'attuazione del Piano sanitario nazionale; infine, il d.lgs n. 112\1998 che, pur conferendo alle Regioni la generalità di attribuzioni in materia di salute umana, ha lasciato invariato il riparto di competenza in materia di sangue umano e suoi componenti. Sulla scorta di tali norme, la giurisprudenza ha più volte messo in luce come già dalla fine degli anni '60, inizio degli anni '70 del secolo scorso, fosse noto il rischio di trasmissione di epatite virale, tanto che erano esclusi dalla possibilità di donare il sangue coloro che presentavano i valori alterati delle transaminasi e delle GPT, indicatori della funzionalità epatica (cfr. Cass. n. 6241\1987; Cass. n. 8069\1993; Cass. n. 9315\10). Secondo la giurisprudenza di legittimità, l'accertamento del nesso di causalità tra l'omissione di una condotta giuridicamente dovuta e l'evento danno è soggetto alle regole racchiuse negli artt. 40 e 41 c.p., a tenore dei quali il nesso ricorre nei casi in cui possa ritenersi che la condotta colposamente omessa, ove fosse stata tenuta, avrebbe impedito l'evento, ma nel processo penale il nesso di causalità sussiste qualora vi sia la prova che la condotta omessa "avrebbe impedito l'evento al di là di ogni ragionevole dubbio (vale a dire con quasi assoluta certezza), nel processo civile la paritaria posizione dei litiganti consente di ritenere sussistente il nesso di causale tra l'omissione e l'evento di danno in tutti i casi in cui la condotta omessa avrebbe impedito quest'ultimo con ragionevole probabilità, vale a dire con una probabilità superiore al 50 per cento, che va desunta non solo dalle statistiche eventualmente esistenti, ma da tutte le circostanze del caso concreto" (cfr. Cass. S.U. già citata). A ciò consegue che, laddove ricorra l'omessa vigilanza da parte del Ministero della Salute in materia di impiego di sangue per uso terapeutico, "...il giudice, accertata l'omissione di tali attività, accertata, altresì, con riferimento all'epoca di preparazione del preparato, la conoscenza oggettiva ai più alti livelli scientifici della possibile veicolazione di virus attraverso sangue infetto ed accertata – infine – l'esistenza di una patologia da virus HIV o HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assunto di emoderivati, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'insorgenza della malattia, e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verifica dell'evento" (cfr. Cass. S.U. citata).

Il punto nodale e controverso della questione risiedeva nello stabilire se e come potesse affermarsi la responsabilità del Ministero della Salute in ordine ad eventi risalenti ad epoca anteriore alla scoperta del virus dell'epatite B, HIV e HCV. La Cassazione, contrariamente a quanto ritenuto in precedenza (si allude a Cass. n. 11609\05, che aveva reputato insussistente il nesso causale predetto in epoca anteriore all'identificazione da parte della scienza medica dei virus HBV, ri-

levato ufficialmente nel 1978, HIV, rilevato nel 1985, HCV, rilevato nel 1989, quest'ultimo precedentemente conosciuto ed indicato semplicemente come virus "non-A non-B") ha affermato che, a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B, che spetta al giudice individuare nel caso concreto, sussiste la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, trattandosi di un unico evento lesivo", costituito dalla lesione dell'integrità fisica (sostanzialmente del fegato), con un unico nesso causale (cfr. Cass. S.U. citata). Su tale ultimo punto, alcune pronunce di legittimità (cfr. ad es. Cass. n. 17685\11 e Cass. n. 2232\16, entrambe espressamente richiamate nella sentenza impugnata) hanno affermato la responsabilità del Ministero anche per trasfusioni anteriori al 1978 per omesso controllo sulla raccolta e distribuzione del sangue, mentre altra giurisprudenza ha reputato necessario accertare non solo l'omissione da parte del Ministero dell'attività di controllo, di direttiva e di vigilanza, l'esistenza della patologia e l'assenza di altri fattori causali alternativi, ma anche, in riferimento all'epoca di produzione del preparato, il livello di conoscenza scientifica della possibile veicolazione del virus attraverso sangue infetto, secondo un giudizio ipotetico, che a partire dall'anno 1978 si ritiene certamente raggiunto, mentre con riferimento agli anni 1970\1974, comunque precedenti l'anno 1978, necessita di un accertamento specifico (cfr. Cass. n. 10291\15; Cass. n. 1136\15; Cass. n. 5954\14).

Tale ultimo orientamento, tuttavia, è stato disatteso da successive pronunce della Cassazione, che hanno ritenuto di dare continuità a quanto affermato nelle già citate sentenze delle Sezioni Unite, chiarendo anche la portata del principio di diritto in esse racchiuso (cfr. Cass. n. 17084\17; Cass. n. 7810\18; Cass. n. 18520\18; da ultimo, Cass. n.2790\19). In particolare, secondo la Cassazione da ultimo citata "... in caso di patologie contratte a seguito di emotrasfusioni o di somministrazioni di emoderivati, il rapporto eziologico tra la somministrazione del sangue infetto in ambiente sanitario e la specifica patologia insorta viene apprezzato sulla base delle cognizioni scientifiche acquisite al tempo della decisione, le quali hanno consentito di indentificare e nominare le malattie tipiche (HBV, HIV e HCV), ma ciò che rileva ai fini del giudizio sul nesso causale è l'evento obiettivo dell'infezione e la sua derivazione probabilistica dalla trasfusione, a prescindere dalla specificazione della prima in termini di malattia tipica". Ed inoltre, "...i principi affermati dalle Sezioni Unite relativamente all'unicità dell'evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (generalmente, nel caso di specie, la menomazione del fegato) a causa dell'assunzione di sangue infetto richiedono di valutare rispetto a tale evento il dovere di vigilanza che grava sul Ministero che comprende il dovere di adoperarsi per evitare o ridurre un rischio che è antico quanto la necessità della trasfusione" (cfr. Cass. n.

2790\19 già citata). In altri termini, spiega la Cassazione, il collegamento probabilistico, vale a dire il nesso causale, tra la somministrazione del sangue infetto e la patologia insorta, deve essere valutato non sulla base delle conoscenze scientifiche del momento in cui è stata effettuata la trasfusione, attraverso una valutazione *ex ante*, che attiene al profilo soggettivo della colpa, ma *ex post* sulla base di quelle acquisite al tempo dell'osservazione, che hanno conAttiene, invece, all'elemento soggettivo dell'illecito "...l'incauta somministrazione in assenza di doverosi controlli, che comprendono il "dovere di adoperarsi per evitare o ridurre un rischio che è antico quanto la necessità della trasfusione", sicché "una volta acquisita al processo l'incauta somministrazione in violazione di specifiche regole, diventa onere della struttura sanitaria dimostrare, sempre sul piano soggettivo dell'illecito, di avere utilizzato sacche di sangue opportunamente controllate secondo tutti i canoni normativi" (cfr. Cass. n. 17084\17).

La sentenza impugnata, dunque, conforme come detto ai principi delineati dall'orientamento, allo stato dominante, della Cassazione, al quale questa Corte ritiene di doversi uniformare, deve essere anche in merito confermata.

4. Sussistono giusti motivi, in considerazione della natura delle questioni trattate e della evoluzione giurisprudenziale in materia, per dichiarare interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di appello.

Infine, giova rammentare che, nel caso, trattandosi di processo in cui è parte l'amministrazione pubblica, non trova applicazione l'art. 13 comma 1-*quater* del dpr n. 115\02, introdotto dall'art. 1 comma 17 della legge n. 228\12 (cfr. Cass. S.U. n. 9938\14; Cass. n. 5955\14).

Vanno, invece, poste in via definitiva a carico del Ministero della Salute, in quanto definitivamente soccombente, le spese della consulenza tecnica di ufficio espletata nel presente grado di giudizio.

P.Q.M.

(*Omissis*)

*** *Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – **1.** La responsabilità del Ministero della Salute in ipotesi di danni da emotrasfusioni. – **2.** L'accertamento del nesso causale emotrasfusioni/contagio. – **3.** La decisione.

Premessa

Con l'annotata sentenza la Corte d'Appello di Napoli ha affrontato la questione della rilevanza probatoria, nel giudizio civile per il risarcimento del danno, del verbale della Commissione Medica Ospedaliera cui il caso è sottoposto in sede di domanda ammini-

strativa per i benefici ex L. 210/1992.

La Legge 210 del 1992 ha ad oggetto l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati (trasfusione sangue infetto). L'indennizzo consiste in una somma di denaro concessa dallo Stato a titolo di solidarietà sociale in favore delle vittime, per testimoniare l'interesse della comunità alla tutela della salute individuale (art. 32 Cost.).

A seguito di domanda presentata dai soggetti danneggiati, l'ufficio Legge 210/92 del Dipartimento di Prevenzione provvede a trasmettere la richiesta e tutta la documentazione sanitaria allegata alla CMO (Commissione Medica Ospedaliera del Dipartimento Militare Medicina Legale). Spetta quindi alla CMO riconoscere il nesso di causalità tra la trasfusione o la vaccinazione e l'infermità, nonché ascrivere la patologia alla categoria di cui alla Tab. A allegata al DPR 834/1981 (che prevede una scala di gravità della patologia da 1 a 8). A seguito del riconoscimento tra patologia presentata e nesso di causalità, e della classificazione della patologia, l'Ufficio legge 210/92 provvede, previa deliberazione, a corrispondere bimestralmente al beneficiario la rendita vitalizia prevista dalle Tabelle Ministeriali.

1. La responsabilità del Ministero della Salute e della struttura sanitaria in ipotesi di danni da emotrasfusioni

Oltre ad ottenere l'indennizzo – di natura assistenziale – ex L. 210/92, i danneggiati possono agire in sede civile al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti. Da anni oramai la Suprema Corte di Cassazione ha specificato che il Ministero della Salute rimane legittimato passivo per le richieste di risarcimento da sangue infetto, ed è quindi responsabile dell'evento dannoso con riferimento al suo comportamento omissivo per colposa inosservanza dei suoi doveri istituzionali (oltre che di programmazione, indirizzo e coordinamento) di sorveglianza e vigilanza in materia sanitaria e, in particolare, nella produzione, commercializzazione e distribuzione del sangue e dei suoi derivati, a prescindere da ulteriori eventuali responsabilità di altri soggetti nell'attività di effettiva distribuzione e somministrazione. Unico nodo da risolvere, così come indicato anche dalla Corte d'Appello di Napoli, è quello della decorrenza della responsabilità del Ministero, ovvero se possa ritenersi responsabile dei danni da contrazione del virus HCV anche per le trasfusioni avvenute negli anni precedenti all'individuazione di tale virus da parte della comunità scientifica (1988).

Ebbene sulla questione, con la Sentenza n. 581/08 le Sezioni Unite della Suprema Corte, nel riformare il vecchio orientamento giurisprudenziale, così statuirono: «Premesso che sul Ministero gravava un obbligo di controllo, direttive e vigilanza in materia di impiego

di sangue umano per uso terapeutico (emotrasfusioni o preparazione di emoderivati) anche strumentale alle funzioni di programmazione e coordinamento in materia sanitaria, affinché fosse utilizzato sangue non infetto e proveniente da donatori conformi agli standard di esclusione di rischi, il giudice, accertata l'omissione di tali attività, accertata, altresì, con riferimento all'epoca di produzione del preparato, la conoscenza oggettiva ai più alti livelli scientifici della possibile veicolazione di virus attraverso sangue infetto ed accertata – infine – l'esistenza di una patologia da virus HIV o HBV o HCV in soggetto emotrasfuso o assunto di emoderivati, può ritenere, in assenza di altri fattori alternativi, che tale omissione sia stata causa dell'insorgenza della malattia, e che, per converso, la condotta doverosa del Ministero, se fosse stata tenuta, avrebbe impedito la verificazione dell'evento. 9.1. Dal principio sopra esposto in tema di nesso causale da comportamento omissivo, emerge anche il criterio per la delimitazione temporale della responsabilità del Ministero. Questa Corte, con sentenza 31/05/2005, n. 11609, osservava che, finché non erano conosciuti dalla scienza medica mondiale, i virus della HIV, HBC ed HCV, proprio perché l'evento infettivo da detti virus era già astrattamente inverosimile, in quanto addirittura anche astrattamente sconosciuto, mancava il nesso causale tra la condotta omissiva del Ministero e l'evento lesivo, in quanto all'interno delle serie causali non poteva darsi rilievo che a quelle soltanto che, nel momento in cui si produsse l'omissione causante e non successivamente, non apparivano del tutto inverosimili, tenuto conto della norma comportamentale o giuridica, che imponeva l'attività omessa. La Corte di legittimità, quindi, riteneva esente da vizi logici la sentenza della Corte di appello, che aveva ritenuto di delimitare la responsabilità del Ministero a decorrere dal 1978 per l'HBC (epatite B), dal 1985 per l'HIV e dal 1988 per l'HCV (epatite C), poiché solo in tali rispettive date erano stati conosciuti dalla scienza mondiale rispettivamente i virus ed i tests di identificazione. Ritengono, invece, queste S.U. (in conformità a quanto ritenuto da una parte della giurisprudenza di merito e della dottrina) che non sussistono tre eventi lesivi, come se si trattasse di tre serie causali autonome ed indipendenti, ma di un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto – contagio infettivo – lesione dell'integrità. Pertanto già a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B (la cui individuazione, costituendo un accertamento fattuale, rientra nell'esclusiva competenza del giudice di merito) sussiste la responsabilità del Ministero anche per il contagio degli altri due virus, che non costituiscono eventi autonomi e diversi, ma solo forme di manifestazioni patologiche dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto, che il Ministero non aveva controlla-

to, come pure era obbligato per legge. Di fronte ad obblighi di prevenzione, programmazione, vigilanza e controllo imposti dalla legge, deve inoltre sottolinearsi che si arresta la discrezionalità amministrativa, ove invocata per giustificare le scelte operate nel peculiare settore della plasmateresi. Il dovere del Ministero di vigilare attentamente sulla preparazione ed utilizzazione del sangue e degli emoderivati postula un dovere particolarmente pregnante di diligenza nell'impiego delle misure necessarie a verificarne la sicurezza, che comprende il dovere di adoperarsi per evitare o ridurre un rischio che è antico quanto la necessità della trasfusione»¹.

Tale conclusione è stata poi più volte ribadita dagli stessi Ermellini precisando ulteriormente che il Ministero della Salute è obbligato da una pluralità di fonti normative ad esercitare una attività di controllo e vigilanza, anche in ordine alla pratica terapeutica della trasfusione del sangue e dell'uso di emoderivati, rispondendo per omessa vigilanza dei danni conseguenti a infezioni da virus contratte da soggetti trasfusi. Ebbene, proprio da tali fonti normative, si evince che, sin dalla fine degli anni sessanta/inizi anni settanta, era noto il rischio di trasmissione di epatite virale, essendo possibile la rilevazione indiretta del virus mediante la rilevazione di valori alti di funzionalità epatica (transaminasi). Sin dalla metà degli anni sessanta infatti, erano esclusi dalla possibilità di donare il sangue coloro che avevano valori di funzionalità epatica alterati rispetto ai limiti prescritti².

Nello specifico il Ministero, a conoscenza del fenomeno, con circolari del 1971 e del 1972, dispose la ricerca sistematica dell'antigene "Australia", cui successivamente fu dato il nome di antigene di superficie del virus dell'epatite B «Perciò, considerato inoltre che il pericolo di contagio attraverso la trasfusione del sangue era avvertito dal Ministero della Sanità già a metà degli anni 60, avendo con apposita circolare escluso dalla possibilità di donare il sangue coloro i cui valori delle transaminasi e delle GPT indicatori della funzionalità epatica – erano alterati rispetto ai ranges prescritti; che con circolari n. 1188 del 30.6.1971, 17 febbraio e 15 settembre 1972 lo stesso Ministero ha disposto la ricerca sistematica dell'antigene Australia (cui fu dato poi il nome di antigene di superficie del virus dell'epatite B) ... è da ribadire la responsabilità del Ministero per qualsiasi contagio virale da emotrasfusione se ha omesso di sorvegliare che fosse accertata dalle strutture sanitarie addette al servizio di emotrasfusione la presenza dell'epatite B a decorrere dalla data di conoscenza del metodo per rilevarla»³.

In ragione della richiamata giurisprudenza, il Ministero doveva ritenersi tenuto, già anteriormente al 1978, a controllare che il sangue per le trasfusioni o

per gli emoderivati fosse esente dai virus *de quibus* e che i donatori non presentassero alterazioni delle transaminasi. L'omissione di tali attività, funzionali alla tutela della salute pubblica, espone il Ministero a responsabilità extracontrattuale quando dalla violazione del dovere di vigilanza derivi la violazione di interessi giuridicamente rilevanti dei cittadini. In caso di concretizzazione del rischio, che la regola violata tende a prevenire, non può prescindersi dal comportamento dovuto e dalla condotta nel singolo caso tenuta e i danni conseguenti a quest'ultima, costituendone il risultato, rendono presuntivamente provato il nesso di causalità.

Accanto alla responsabilità del Ministero della Salute è possibile identificare una responsabilità in via solidale anche della struttura ospedaliera ove le trasfusioni sono avvenute. Invero, costituisce oramai *iusreceptum* l'insegnamento della Corte di Cassazione, Sez. Un. n. 577/2008, secondo cui tra paziente e struttura ospedaliera si configura un rapporto contrattuale autonomo e atipico (c.d. di speditività), in forza del quale "la struttura deve quindi fornire al paziente una prestazione assai articolata, definita genericamente di "assistenza sanitaria", che ingloba al suo interno, oltre alla prestazione principale medica, anche una serie di obblighi c.d. di protezione ed accessori" (così il citato precedente del 2008, in motivazione). In questo solco, avuto riguardo allo specifico tema della responsabilità da trasfusioni di sangue infetto, è stato quindi affermato che la responsabilità extracontrattuale del Ministero, in ordine ai sopraindicati compiti di controllo, direzione e vigilanza, non esclude affatto quella (eventualmente) a carico della struttura e dei medici, a carattere, invece, contrattuale ex artt. 1218 e 1228 c.c., quanto meno in relazione al c.d. contatto sociale che viene a instaurarsi tra paziente, strutture sanitarie e medici, anche in caso di emotrasfusioni. Pertanto la legittimazione passiva in ordine alle domande risarcitorie sussiste sia nei confronti del Ministero ex art. 2043 c.c., che nei confronti della struttura del personale sanitario ex artt. 1218 e 1228 c.c.⁴.

2. L'accertamento del nesso causale emotrasfusioni/contagio

Individuati i legittimati passivi, occorre precisare quale sia l'onere probatorio spettante al danneggiato. Ebbene sia che si agisca per la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria che per quella extracontrattuale del Ministero della Salute, l'istante ha l'onere di provare non solo il ricovero e l'aver subito delle emotrasfusioni, ma anche il nesso causale tra le stesse ed il contagio. Difatti, come più volte ribadito dalla Corte di Cassazione, nei giudizi di risarcimento del danno derivante da inadempimento contrattuale sia in quelli di risarcimento del danno da fatto illecito, la

¹ Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 581.

² Cass. civ., sez. III, 29 agosto 2011, n. 17685.

³ Cass. civ., 28 settembre 2009, n. 20765.

⁴ Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2018, n. 3685.

condotta colposa del responsabile ed il nesso di causa tra questa ed il danno, costituiscono l'oggetto di due accertamenti concettualmente distinti; la sussistenza della prima non dimostra, di per sè, anche la sussistenza del secondo, e viceversa. Anche nelle ipotesi responsabilità contrattuale, difatti, l'art. 1218 c.c. solleva il creditore della obbligazione che si afferma non adempiuta dall'onere di provare la colpa del debitore inadempiente, ma non dall'onere di provare il nesso di causa tra la condotta del debitore ed il danno di cui domanda il risarcimento⁵.

La peculiarità dei giudizi per il risarcimento dei danni da sangue infetto, tuttavia, è rappresentata proprio dall'essere preceduti, nella gran parte dei casi, dalla presentazione dell'istanza per i benefici ex art. 210/92 e, nello specifico, da una valutazione ad opera di una commissione medica ospedaliera proprio sull'esistenza di suddetto nesso causale.

Orbene la giurisprudenza si è divisa proprio in relazione al valore probatorio da riconoscere al verbale della C.M.O. all'interno del giudizio civile. Per molto tempo è prevalsa nelle varie Corti di merito la prassi di nominare, anche nelle ipotesi di verbali di CMO riconoscenti il nesso causale, un consulente tecnico d'ufficio a cui rimettere nuovamente tutte le questioni medico-legali tra le quali, ovviamente, un giudizio sull'esistenza del nesso eziologico trasfusione/danni. In particolare veniva evidenziata la natura "amministrativa" del procedimento per l'indennizzo e la differenza tra il diritto allo stesso e diritto al risarcimento (la ratio costituzionale dell'indennizzo risiede nell'esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario. È l'interesse pubblico alla salute la ragione determinante il diritto all'indennizzo).

Tuttavia la Corte di Cassazione, con due sentenze del 2018, ha imposto un netto cambio di rotta. Con una prima pronuncia del 20 marzo gl'Ermellini hanno stabilito infatti che «il verbale, con esito favorevole, della commissione medico-ospedaliera di cui all'art. 4 della legge 25 febbraio 1992, n. 210 – istituita ai fini dell'indennizzo in favore di soggetti danneggiati da complicanze irreversibili a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni di sangue e somministrazione di emoderivati – costituisce, nel giudizio risarcitorio, un elemento presuntivo sulla sussistenza del nesso causale tra le trasfusioni e la patologia sicché il giudice che intenda disattenderlo ha l'obbligo di indicare nella motivazione le ragioni di tale scelta»⁶. Con la successiva sentenza del 15 giugno – richiamata anche dalla corte partenopea – si sono spinti addirittura oltre. Al verbale di CMO viene difatti riconosciuto valore probatorio assoluto ed una efficacia diretta nel giudizio civile al punto tale da precludere al convenuto Mini-

stero la possibilità di revocare in discussione l'esistenza stessa del nesso causale «In tema di giudizio relativo al risarcimento del danno da emotrasfusioni, promosso dal danneggiato contro il Ministero della Salute, l'accertamento della riconducibilità del contagio ad una emotrasfusione compiuto dalla Commissione di cui al D.Lgs. n. 210 del 1992, art. 4 ed in base al quale è stato riconosciuto l'indennizzo ai sensi di detta legge, non può essere messo in discussione dal Ministero quanto alla riconducibilità del contagio alla trasfusione o alle trasfusioni individuate come causative del contagio ed il giudice deve ritenere detto fatto indiscutibile e non bisognoso di prova, in quanto, essendo la Commissione organo dello Stato, l'accertamento è da ritenere imputabile allo stesso Ministero»⁷.

3. La decisione

Con l'annotata decisione la Corte d'Appello di Napoli dimostra di aver subito integralmente recepito le su esposte indicazioni della Suprema Corte. Il *casus decisis* riguardava, difatti, la richiesta risarcitoria di un soggetto che ebbe a contrarre l'HCV a seguito di trasfusioni di sangue infetto e che aveva già ottenuto in sede amministrativa i benefici ex L. 210/1992 a seguito del riconoscimento del nesso causale emotrasfusioni/contagio da parte della C.M.O. Il Tribunale di Napoli, in primo grado, accoglieva la domanda attorea condannando il Ministero della Salute al risarcimento dei danni. Il Ministero decideva di impugnare la sentenza indicando, tra gl'altri motivi, l'assenza di nesso causale tra il comportamento omissivo dello stesso e la contrazione del virus.

Ebbene la Corte d'Appello, nell'aderire alla recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha rigettato tale motivo di gravame così concludendo «3.1. Innanzitutto, quanto al profilo relativo alla prova del nesso di derivazione causale della patologia epatica in questione dalla terapia trasfusionale somministrata al M., si segnala il recente arresto della Suprema Corte – dal quale questo Collegio non ha ragione di discostarsi – a mente del quale «In tema di danni da emotrasfusioni, nel giudizio promosso dal danneggiato contro il Ministero della salute, l'accertamento della riconducibilità del contagio ad una emotrasfusione, compiuto dalla Commissione di cui all'art. 4 della l. n. 210 del 1992, in base al quale è stato riconosciuto l'Indennizzo ai sensi di detta legge, non può essere messo in discussione dal Ministero, quanto alla riconducibilità del contagio alla trasfusione o alle trasfusioni individuate come causative di esso, ed il giudice deve ritenere detto fatto indiscutibile e non bisognoso di prova, in quanto, essendo la Commissione organo dello Stato, l'accertamento è da ritenere imputabile allo stesso Ministero» (cfr. Cass. n. 15734/2018). Ebbene, nella fattispecie in esame, risulta versato in atti il verbale della

⁵ Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2018, n. 3704.

⁶ Cass. civ. sez. III, 20 marzo 2018, n. 6843.

⁷ Cass. civ. sez. III, 15 giugno 2018, n. 15734.

Commissione Medico Ospedaliera – Dipartimento Medicina Legale di Caserta del 21 dicembre 2007 relativo a S. M., nel quale quanto al giudizio diagnostico del paziente è riportato “epatopatia cronica HCV correlata in evoluzione cirrogena”, quanto, invece, al giudizio medico-legale è scritto che “Vista la storia clinica, considerato che all’epoca degli eventi trasfusivi non vigeva l’obbligo di testare gli emocomponenti per il virus HCV, riscontrata l’impossibilità di rintracciare i donatori di sangue si è del parere che nel caso di specie, ancorché in via presuntiva, il nesso di causalità sia ammissibile, tenuto conto che la via elettiva di trasmissione del virus HCV è quella parenterale ematica attraverso trasfusioni”. Sicché – contrariamente a quanto opinato dal Ministero – non può revocarsi in discussione l’esistenza del “nesso di causalità tra la condotta omissiva del Ministero della Salute e l’evento del contagio».

Carlo Tarrow

Notaio in attesa di nomina

La natura della nullità dei contratti aventi ad oggetto beni immobili per violazione delle norme in materia urbanistica.

Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230/2019

abstract

The United Sections of the Court of Cassation, called to settle the contrast created in jurisprudence in relation to the nature of the nullity for violation of the rules in urban planning and construction, ruled on March 22, 2019 with the sentence n. 8230/2019, assuming an intermediate position among the theories of "formal nullity" and of "substantial nullity".

keywords

Contract – Urbanistic mention – Nature of nullity – Illegal building.

abstract

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, chiamata a dirimere il contrasto creatosi in giurisprudenza in relazione alla natura della nullità per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia, si è pronunciata il 22 marzo 2019 con la sentenza n. 8230/2019, assumendo una posizione intermedia tra le teorie della "nullità formale" e della "nullità sostanziale".

parole chiave

Contratto – Menzione urbanistica – Natura della nullità – Abusivismo edilizio.

Contratti traslativi – Diritti reali su edifici o porzioni di essi – Menzioni urbanistiche prescritte – Natura della nullità comminata per violazione della disciplina urbanistica.

La nullità comminata dall'art. 46 del D.P.R. n. 380 del 2001 e dagli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985 va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità «testuale», con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che,

tuttavia, deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'immobile. In presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato.

Corte Cass., sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, Pres. Vivaldi, Rel. Sambito

(*Omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato nelle date 27.7.2005 e 9.9.2005, S.A., premettendo che:

- con atto in notar A.S. del 23.10.2001, aveva acquistato due distinti appezzamenti di terreno, intestandone fittiziamente la nuda proprietà alla moglie A.D.M. e l'usufrutto alla suocera R.A., ed aveva, poi, curato la ristrutturazione totale del fatiscente fabbricato rurale insistente su uno di detti fondi, sostenendo, da solo, l'intera spesa;
- andato in crisi il matrimonio ed in pendenza di giudizio di separazione personale, aveva agito nei confronti della M. e della A. per ottenere, tra l'altro, la declaratoria della simulazione dei suddetti acquisti, ed aveva appreso, in sede di trascrizione di tale domanda, che le convenute avevano venduto i predetti immobili a D.C. e G.S., per atto in notar S. dell'1.6.2005;
- conveniva in giudizio innanzi davanti al Tribunale di Nola venditrici, compratori e notaio rogante per sentir dichiarare che l'atto di compravendita dell'1.6.2005 era nullo, perché il fabbricato ceduto era stato interessato da vari e consistenti lavori, non regolarmente assentiti, ovvero inefficace nei suoi confronti, ai sensi dell'art. 2901 c.c., in quanto compiuto in pregiudizio delle sue ragioni creditorie.

Il Tribunale adito rigettava ogni domanda e la decisione veniva integralmente confermata, con sentenza n. 3253 del 2013, dalla Corte di appello di Napoli,

che, ribadita l'infondatezza dell'azione revocatoria, escludeva, per quanto ancora interessa, la dedotta nullità del contratto impugnato, nonostante la difformità del fabbricato rispetto al progetto assentito, e ciò in quanto gli estremi della concessione edilizia risultavano menzionati nel contratto stesso, avendo ivi le venditrici reso le dichiarazioni previste dalla L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40. Tali articoli, rilevava la Corte distrettuale, non riguardavano, infatti, la regolarità urbanistica sostanziale dell'immobile dedotto in contratto (ossia l'effettiva conformità dell'opera edilizia allo strumento concessorio menzionato nell'atto di trasferimento), ma sanzionavano la sola violazione dell'obbligo, di natura meramente formale, di indicare nel contratto gli estremi della concessione o della domanda di sanatoria, al fine di disincentivare l'abusivismo e di tutelare l'affidamento della parte acquirente.

Per la cassazione di tale sentenza, S.A. ha proposto ricorso sulla base di due motivi, con cui ha dedotto la violazione di legge (artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985) ed il vizio di omesso esame del fatto decisivo per il giudizio relativo all'abusività degli immobili oggetto del contratto di compravendita.

Il notaio S. ed coniugi C. - S. hanno resistito con controricorso, gli ultimi due proponendo, a loro volta, ricorso incidentale con tre motivi concernenti, rispettivamente, l'omessa pronuncia sul motivo dell'appello incidentale con cui avevano dedotto la carenza di interesse ad agire dell'Aurimedia, che non aveva dimostrato la pendenza o l'esito della lite relativa alla domanda di simulazione dell'atto di acquisto delle loro danti causa, o, nel caso in cui si fosse ritenuta implicita una statuizione di rigetto di tale motivo, la violazione di legge (artt. 81 e 100 c.p.c., e art. 1421 c.c.) e l'omesso esame di un fatto decisivo.

A.D.M. e R.A. non hanno spiegato attività difensiva in questa sede. All'esito della discussione avvenuta alla pubblica udienza del 9.1.18, in vista della quale il ricorrente ha depositato una memoria illustrativa, la Seconda Sezione di questa Corte ha emesso un'ordinanza interlocutoria, con la quale, dopo aver rilevato che il ricorso incidentale era stato espressamente qualificato condizionato, sicché i relativi motivi, pur attenendo a questione preliminare di rito dovevano essere esaminati all'esito dell'accoglimento del ricorso principale anche perché riguardavano una questione implicitamente decisa col rigetto nel merito, ha ravvisato un contrasto nella giurisprudenza della Sezione in relazione alla natura formale (in quanto derivante dalla mera assenza nel contratto delle dichiarazioni del venditore) o sostanziale (in quanto riferita alla difformità tra bene venduto e progetto assentito) della comminata nullità, ed ha disposto trasmettersi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni unite civili, auspicando, anche, un chiarimento sulla portata della nozione di irregolarità urbanistica, e sulla possibilità di applicare, in tema di validità degli atti traslativi, la

distinzione – elaborata in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre – tra variazione essenziale e variazione non essenziale dell'immobile dedotto in contratto rispetto al progetto approvato dall'autorità amministrativa. (*Omissis*)

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il contrasto nella giurisprudenza della seconda Sezione di questa Corte, che queste Sezioni Unite sono chiamate a dirimere, riguarda l'interpretazione della sanzione di nullità prevista dagli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985 e 46 del TU n. 380 del 2001 entrato in vigore il 30.6.2003 (l'originaria data del 30.6.2001, disposta dall'art. 138 del TU, è stata prorogata di un anno dall'art. 5-bis, co 1, del D.L. 411 del 2001, convertito con modificazioni dalla L. n. 463 del 2001, e di un ulteriore anno dall'art. 2, c. 1, del D.L. n. 122 del 2002, convertito con modificazioni dalla L. n. 185 del 2002). Va precisato che il caso in esame è disciplinato dall'art. 46 del TU del 2001, dato che la nullità riguarda, in tesi, la vendita immobiliare in data 1.6.2005, ai rogiti S., da potere di A.D.M. e di R.A., per i rispettivi diritti, in favore di D.C. e G.S.; mentre l'abuso edilizio, che il ricorrente afferma aver compiuto nei beni oggetto di tale negozio, ricade nella disciplina della L. n. 47 del 1985 essendo intervenuto dopo l'acquisto, asseritamente simulato, delle venditrici avvenuto il 23.10.2001 ed a seguito della concessione edilizia n. 98 del 17.12.2001, titolo che, com'è incontrovertito, è stato menzionato nell'atto impugnato. Per il resto, la precisazione è priva di rilevanza, come pure sottolinea il PG, trattandosi di disposizioni sostanzialmente analoghe.

2. La disciplina urbanistica.

2.1. La questione sottoposta impone, per le sue sfaccettature, di premettere sinteticamente quanto segue. L'esercizio dello *jus aedificandi*, pur atteggiandosi come una concreta e peculiare manifestazione del diritto di proprietà fondiaria, soggiace all'osservanza di molteplici limitazioni e prescrizioni connesse a determinazioni della pubblica autorità, previste già in nuce negli artt. 86-92 della L. n. 2359 del 1865, e poi codificate, in via generale, dalla legge 17 agosto 1942, n. 1150 – legge urbanistica – che, all'art. 31, ha, appunto, imposto di richiedere apposita licenza per l'esecuzione di nuove costruzioni, l'ampliamento di quelle esistenti, la modifica di struttura o dell'aspetto dei centri abitati ed in presenza di piano regolatore comunale, anche nelle zone di espansione.

2.2. La legge 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. legge Ponte) art. 10, nel sostituire il menzionato art. 31 della Legge Urbanistica, ha esteso l'obbligo della licenza edilizia a tutto il territorio comunale (nel centro abitato e fuori).

2.3. La successiva legge 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi) ha posto il principio secondo cui ogni attività comportante trasformazione urbanistica

ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa relativi e la relativa esecuzione è subordinata a concessione da parte del sindaco (art. 1). La sostituzione della licenza con la concessione edilizia (cfr. art. 21) non ha, peraltro, comportato modifiche sostanziali dal punto di vista giuridico, in quanto la nuova concessione a edificare non ha attribuito nuovi diritti, ma ha svolto una funzione sostanzialmente analoga all'antica licenza: accertare la ricorrenza delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio dello jus aedificandi (cfr. Corte Cost. n. 5 del 1980).

2.4. Col testo unico dell'edilizia di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, sono stati definiti i tipi d'intervento edilizio (art. 3), è stato previsto uno specifico titolo abilitativo per ciascuna tipologia di intervento, ed individuati casi di attività completamente libere. In particolare, la concessione è stata sostituita dal permesso di costruire (art. 10), sono stati indicati gli interventi realizzabili mediante la segnalazione certificata di inizio di attività (già denuncia di inizio attività) (art. 22) anche in sostituzione del permesso (art. 23, quale modificato dall'art. 3, c. 1 lett. g), del D.lgs. n. 222 del 2016), sono stati codificati i lavori che si reputano eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali (art. 31), enunciate le condizioni in presenza delle quali ricorre "l'essenzialità" della variazione al progetto approvato, che deve essere stabilita dalle Regioni (art. 32).

3. La comminatoria della nullità.

3.1. L'inosservanza dei precetti posti dalla normativa urbanistica, da sempre variamente sanzionata sotto un profilo amministrativo, con la distruzione, o la sospensione dei lavori, o la demolizione del manufatto contrario al PRG o al titolo abilitativo o con l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale (artt. 90 L. n. 2359 del 1865; 26 Legge Urbanistica; 6 L. n. 765 del 1967; 15 L. n. 10 del 1977; 7 L. n. 47 del 1985 e 40 d.P.R. n. 380 del 2001) e penale, con fattispecie contravvenzionali (artt. 41 Legge Urbanistica; 13 L. n. 765 del 1967; 17 L. n. 10 del 1977; 20 L. n. 47 del 1985; 44 d.P.R. n. 380 del 2001), ha avuto la sua prima disciplina in riferimento alla sorte degli atti tra privati aventi ad oggetto diritti reali su fabbricati irregolari sotto il profilo urbanistico con la L. n. 10 del 1977, il cui art. 15, co 7, ha previsto, per quanto interessa in questa sede, che: "Gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione sono nulli ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione", disposizione che era stata preceduta dalla L. n. 765 del 1967, art. 10, che, nel modificare l'art. 31 della Legge Urbanistica, aveva disposto la nullità delle compravendite di terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale nel medesimo caso in cui "da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza" di una lottizzazione autorizzata.

3.2. La legge 28 febbraio 1985 n. 47, denominata

"Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie" ed emanata appunto al duplice scopo di reprimere il fenomeno dell'abusivismo e di sanare il progresso, ha rimodulato la sanzione di nullità, disponendo all'art. 17, co 1, che: "gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo l'entrata in vigore della presente legge, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria rilasciata ai sensi dell'articolo 13. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù". Analogamente ha disposto il successivo art. 40, co 2, che, in relazione agli atti aventi per oggetto diritti reali (esclusi diritti di garanzia e servitù) riferiti a costruzioni realizzate prima dell'entrata in vigore della legge stessa, ha previsto quali titoli abilitativi oggetto di dichiarazione dell'alienante la licenza e la concessione in sanatoria (che la legge introduceva), la domanda di concessione corredata dalla prova del versamento delle prime due rate dell'oblazione o la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante che l'opera era stata iniziata prima del 2 settembre 1967.

Entrambe tali disposizioni hanno previsto (artt. 17, c. 4, e 40, c. 3) la possibilità della "conferma" delle comminate nullità, nel caso in cui la mancata indicazione della concessione edilizia, ovvero la mancanza di dichiarazione o il mancato deposito di documenti, non fossero dipesi dall'inesistenza, al tempo della stipula, della concessione, o della domanda di concessione in sanatoria, o, ancora dal fatto che la costruzione sia stata iniziata dopo il 2 settembre 1967: in tal caso, è stata prevista la possibilità della conferma degli atti, anche da una sola delle parti, mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, contenente la menzione omessa o al quale siano allegata la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda di concessione in sanatoria.

3.3. Il menzionato art. 17 della L. n. 47 del 1985 è stato abrogato (l'art. 40 è invece rimasto in vigore) dall'art. 136 del d.P.R. n. 380 del 2001 a far data dalla sua entrata in vigore, ma è stato sostanzialmente riprodotto dall'art. 46 del medesimo d.P.R. n. 380, intitolato "Nullità degli atti giuridici relativi ad edifici la cui costruzione abusiva sia iniziata dopo il 17 marzo 1985 (legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 17; decreto-legge 23 aprile 1985, n. 146, art. 8)" secondo cui: "Gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione

dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria. Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù". Il comma 4 della norma in esame prevede, anch'esso, la possibilità di conferma nell'ipotesi in cui la mancata indicazione nell'atto degli estremi del titolo non sia dipesa dall'inesistenza del titolo stesso.

3.4. Va aggiunto che il discrimen temporale tra la legge n. 47 del 1985 ed il TU sull'edilizia (costruzioni realizzate prima e dopo il 17.3.1985) è stato superato per effetto di due successivi condoni, introdotti con L. n. 724 del 1994 (art. 39) e col DL n. 269 del 2003, convertito dalla L. n. 326 del 2003 (art. 32, co 25) per alcune tipologie di fabbricati ed irregolarità edilizie in riferimento ad abusi, rispettivamente, commessi fino al 31 dicembre 1993 e fino al 31 marzo 2003.

(Omissis)

5. La giurisprudenza sulla L. n. 47 del 1985 e sul TU n. 380 del 2001.

Teoria c.d. formale.

5.1. In riferimento alle disposizioni degli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985, la giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 8685 del 1999) nel rimarcare la differenza col pregresso regime, ha sottolineato che dette norme mirano a reprimere e a scoraggiare gli abusi edilizi e, derivando dalla mancata indicazione nell'atto, da parte dell'alienante, degli estremi della concessione (ad edificare o in sanatoria), non hanno alcun riguardo allo stato di buona o mala fede dell'acquirente. La nuova sanzione, da esse prevista, costituisce un'ipotesi di nullità assoluta, come tale suscettibile di esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse, rilevabile d'ufficio dal giudice ex art. 1421 c.c., e riconducibile all'ultimo comma dell'art. 1418 c.c., quale ipotesi di nullità formale e non virtuale, conclusione che non è smentita dalla possibilità di successiva conferma degli atti viziati mediante la redazione di altro atto, reputato un semplice rimedio convalidante, "consentito soltanto nel caso che le carenze della precedente stipulazione siano meramente formali e non siano dipese, quindi, dall'insussistenza, all'epoca di essa, dei requisiti sostanziali per la commerciabilità del bene".

La natura formale della nullità è stata confermata da Cass. n. 8147 del 2000, che, dopo averne posto in evidenza il duplice obiettivo di soddisfare l'esigenza di tutela dell'affidamento dell'acquirente e l'esigenza di prevenzione degli abusi, ha osservato che le prescritte dichiarazioni costituiscono requisito formale del contratto, sicché è la loro assenza "che di per sé comporta la nullità dell'atto, a prescindere cioè dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto", in altri termini: "l'irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto. Simmetricamente, la regolarità del bene sotto il profilo urbanistico non rileva in sé, ma solo in quanto consente la conferma dell'atto". In tale arresto, è stata,

in particolare, esclusa la fondatezza della tesi, secondo cui accanto a tale nullità avrebbe dovuto ravvisarsi una nullità sostanziale (per la difformità della costruzione rispetto al titolo abilitativo), sul rilievo che ove "il legislatore avesse voluto attribuire diretta rilevanza alla non conformità dei beni alla normativa urbanistica, con o senza il "filtro" della prescrizione di forma, si dovrebbe finire per considerare valido, al di là delle indicazioni, l'atto che riguardi beni comunque in regola con le norme urbanistiche", evidenziando che, in tal modo, si sarebbe svuotata la portata precettiva della previsione della conferma degli atti e così vanificato "l'apprezzabile tentativo operato dal legislatore di trovare una soluzione che non solo costituisca uno strumento di lotta contro l'abusivismo, ma che soddisfi anche l'interesse dell'acquirente alla (esatta) conoscenza delle condizioni del bene oggetto del contratto".

5.2. Tale ricostruzione sistematica è stata poi seguita dalla giurisprudenza successiva, tra le altre: la sentenza n. 5068 del 2001 (rigettando il motivo di ricorso avverso una sentenza emessa ex art. 2932 c.c.) ha riaffermato il principio della natura formale delle nullità in esame; la sentenza n. 5898 del 2004, ne ha ribadito la riconducibilità all'art. 1418, ult. co., c.c. e la sua configurabilità nella mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, confermando che la sanzione non prende in considerazione l'ipotesi della conformità o meno dell'edificio rispetto al titolo urbanistico, e che la nullità del contratto di compravendita è prevista a prescindere dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto; la sentenza n. 26970 del 2005 ha aggiunto che tale conclusione consegue alla rigidità della previsione normativa; la sentenza n. 7534 del 2004 ha sottolineato il principio secondo cui le norme che sanciscono la nullità degli atti sia in base all'art. 15 della L. n. 10 del 1977 che in base all'art. 40 della L. n. 47 del 85, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono applicate ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste; la sentenza n. 16876 del 2013, pur ritenendo interessante la tesi della c.d. nullità sostanziale, ha confermato che i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola, e che i casi di nullità previsti dalla norma di cui all'art. 40 – mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967 – sono tassativi e non estensibili per analogia.

(Omissis)

Teoria c.d. sostanziale

5.4. Il primo segnale del diverso orientamento, richiamato nell'ordinanza di rimessione, va individuato nella sentenza n. 20258 del 2009, che, nel valutare la fondatezza di una domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, pur richiamando

do il precedente consolidato indirizzo, non ha mancato di precisare che la strumentazione prevista dalla L. n. 47 del 1985 ha lo scopo di garantire che il “bene nasca e si trasmetta nella contrattazione soltanto se privo di determinati caratteri di abusivismo”, aggiungendo che il prescritto obbligo di dichiarazione in seno all’atto degli estremi della licenza o della concessione edilizia (ovvero della concessione in sanatoria) presuppone che detta documentazione vi sia effettivamente e riguardi la costruzione in concreto realizzata.

5.5. Il diverso indirizzo si è, però, concretizzato con la sentenza n. 23591 del 2013. Con tale decisione, si è, appunto, affermato che il contratto avente ad oggetto un bene irregolare dal punto di vista edilizio è affetto da nullità sostanziale. Ciò è stato ritenuto, anzitutto, sulla base dello scopo perseguito dalla norma, che è stato individuato in quello di rendere incommerciabili gli immobili non in regola dal punto di vista urbanistico; inoltre, è stata posta in evidenza l’incongruità di un sistema che sanziona con la nullità per motivi meramente formali atti di trasferimento di immobili regolari dal punto di vista urbanistico, o in corso di regolarizzazione, e consente, invece, il valido trasferimento di immobili non regolari, lasciando alle parti interessate la possibilità di assumere l’iniziativa di risolverli sul piano dell’inadempimento contrattuale, o, addirittura, di eludere consensualmente lo scopo perseguito dal legislatore, stipulando il contratto ed immediatamente dopo concludendo una transazione con la quale il compratore rinunziasse al diritto a far valere l’inadempimento della controparte. Si è sottolineato, ancora, che il maggior rigore voluto dal legislatore, con L. 47 del 1985 rispetto a quello previsto dalla legge Ponte – che prevedeva la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, ove da essi non risultasse che l’acquirente era a conoscenza della mancata concessione – resterebbe vanificato se, per gli atti in questione, si riconoscesse all’acquirente la sola tutela prevista per l’inadempimento. La sentenza in esame ha poi evidenziato che, nonostante la sua “non perfetta formulazione”, la lettera dell’art. 40 della L. n. 47 del 1985 consente di desumere “l’affermazione del principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi”. Conclusione avvalorata dal comma 3 del medesimo articolo, che consente la conferma dell’atto, con conseguente salvezza dalla nullità, solo, nel caso in cui la mancanza delle dichiarazioni o il deposito dei documenti non siano dipesi dall’insussistenza della licenza o della concessione o dall’inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati; conferma che

non avrebbe senso se tali atti fossero ab origine validi, e ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore.

5.6. Tale decisione è stata recepita nella sentenza n. 28194 del 2013, adottata in pari data, di analogo tenore, ed è stata seguita dalle sentenze n. 25811 del 2014 e n. 18261 del 2015, prive in parte qua di specifiche argomentazioni.

6. La natura della nullità.

6.1. Come si è detto in narrativa, l’ordinanza di rimessione invita queste Sezioni Unite a riconsiderare l’indirizzo più recente, non mancando di sottolineare come la tesi della nullità virtuale da esso propugnato: a) non trova un solido riscontro nella lettera della legge; b) può risultare foriera di notevoli complicazioni nella prassi applicativa, con conseguente rischio per la parte acquirente, esposta alla declaratoria di nullità pur in situazioni in cui aveva fatto incolpevole affidamento sulla validità dell’atto; c) impone, in tal caso, di precisare la nozione di irregolarità urbanistica che dà luogo alla nullità, ed eventualmente di chiarire se sia applicabile alla materia degli atti ad effetti reali, la nozione tra variazione essenziale e non essenziale elaborata in tema di esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto.

6.2. Il contrasto, che non è solo diacronico, constatando esser stata di recente ribadita la tesi della nullità formale (sentenza n. 14804 del 2017, che richiama la n. 8147 del 2000, sopra citata al § 5.1.), attiene invero alla possibilità di ravvisare accanto alla nullità formale dovuta alla mancata inclusione nell’atto della dichiarazione dell’alienante, che è unanimemente riconosciuta, anche, l’esistenza di una nullità sostanziale dell’atto ad effetti reali per l’irregolarità urbanistica della costruzione, affermata dalla giurisprudenza più recente ed in precedenza negata.

6.3. A fronte del sostanziale distacco mostrato in passato rispetto al tema della rispondenza del bene al titolo abilitativo, la cui nunciazione in seno all’atto è stata nei fatti considerata un mero requisito formale e l’esigenza di prevenzione degli abusi concorrente, se non secondaria, rispetto alla tutela dell’affidamento dell’acquirente, gli argomenti a sostegno dell’interpretazione c.d. rigorista sopra riassunti, sono, per contro, mossi dal chiaro intento di supportare, anche da un punto di vista schiettamente civilistico, il disvalore espresso dall’ordinamento rispetto al diffuso fenomeno dell’abusivismo edilizio.

Tale disvalore, in effetti, si coglie non solo in riferimento alle sanzioni penali ed amministrative variamente graduate che reprimono direttamente la commissione di abusi edilizi (di cui si è già detto e su cui infra), ma, in generale, in relazione alla percezione negativa di ciò che circonda il bene abusivo. Tanto si desume dalla giurisprudenza che ritiene nulli per illiceità dell’oggetto i contratti d’appalto aventi ad oggetto la costruzione di un immobile senza titolo abilitati-

vo (Cass. n. 7961 del 2016; n. 13969 del 2011 e cfr., pure, n. 3913 del 2009; n. 2187 del 2011; n. 30703 del 2018), o non suscettibili di indennizzo espropriativo gli edifici costruiti abusivamente (a meno che, alla data dell'esproprio, sia stata avanzata domanda di sanatoria, pur non ancora scrutinata dalla P.A., ma con favorevole valutazione prognostica, art. 38, co. 2-*bis*, del d.P.R. n. 327 del 2001, Cass. n. 18694 del 2016; n. 10458 del 2017; n. 645 del 2018), ed, in assoluto, in relazione al valore conformativo della proprietà riconosciuto alla disciplina urbanistica (Cass. SU n. 183 del 2001 e successive conformi). Inoltre, l'importanza della veridicità delle dichiarazioni dell'alienante, affermata dalla menzionata sentenza n. 20258 del 2009, ha trovato seguito nella successiva giurisprudenza in tema di contratto preliminare (Cass. n. 52 del 2010; n. 8081 del 2014).

L'esegesi propugnata dalla teoria c.d. sostanziale, pur mossa da un intento commendevole, non può tuttavia prescindere dagli specifici dati normativi di riferimento, ed al cui esame non può essere qui avallata.

6.4. L'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 dichiara, infatti, invalidi quegli atti da cui non constino (ove da essi non risultino) gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria, ovvero gli estremi della segnalazione certificata di inizio attività, con la precisazione che tali elementi devono risultare per dichiarazione dell'alienante. Nella disposizione di cui all'art. 17 della L. n. 47 del 1985, la dichiarazione deve avere ad oggetto, coerentemente alla disciplina abilitativa allora vigente, gli estremi della concessione ad edificare o della concessione in sanatoria, laddove l'art. 40 della menzionata L. n. 47, consente di stipulare validamente, oltre che con l'indicazione degli estremi della licenza o della concessione in sanatoria, anche con l'allegazione della relativa domanda e versamento delle prime rate di oblazione, o con la dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante l'inizio della costruzione in epoca anteriore al 2 settembre 1967.

Nell'ipotesi qui in rilievo di compravendita di edifici o parte di essi (ed a parte le allegazioni di cui all'art. 40), le norme pongono, dunque, un medesimo, specifico, precetto: che nell'atto si dia conto della dichiarazione dell'alienante contenente gli elementi identificativi dei menzionati titoli, mentre la sanzione di nullità e l'impossibilità della stipula sono direttamente connesse all'assenza di siffatta dichiarazione (o allegazione, per le ipotesi di cui all'art. 40). Null'altro.

6.5. Pare, dunque, che il principio generale di nullità riferita agli immobili non in regola urbanisticamente che la giurisprudenza c.d. sostanzialista ritiene di poter desumere da tale contesto normativo, sottolineando l'intenzione del legislatore di renderli tout court incommerciabili, costituisca un'opzione esegetica che ne trascende il significato letterale e che non è, dunque, ossequiosa del fondamentale canone di cui all'art. 12, co. 1, delle Preleggi, che impone all'inter-

prete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione. La lettera della norma costituisce, infatti, un limite invalicabile dell'interpretazione, che è uno strumento percettivo e recettivo e non anche correttivo o sostitutivo della voluntas legis (cfr. Cass. n. 12144 del 2016), tanto che, in tema di eccesso di potere giurisdizionale riferito all'attività legislativa, queste Sezioni Unite hanno affermato che l'attività interpretativa è, appunto, segnata dal limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale (cfr. Cass. S.U. n. 15144 del 2011; n. 27341 del 2014).

La tesi della nullità generalizzata non è neppure in linea col criterio di interpretazione teleologica, di cui all'ultima parte del primo comma dell'art. 12 citato, che non consente all'interprete di modificare il significato tecnico giuridico proprio delle espressioni che la compongono, ove ritenga che l'effetto che ne deriva sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa (cfr. Cass. n. 3495 del 1996; n. 9700 del 2004 e giurisprudenza ivi citata) e ciò in quanto la finalità di una norma va, proprio al contrario, individuata in esito all'esegesi del testo oggetto di esame e non già, o al più in via complementare, in funzione dalle finalità ispiratrici del più ampio complesso normativo in cui quel testo è inserito (cfr. Cass. n. 24165 del 2018).

Inoltre, come ricordato dal PG nella sua requisitoria, la lettera della norma costituisce il limite cui deve arrestarsi, anche, l'interpretazione costituzionalmente orientata dovendo, infatti, esser sollevato l'incidente di costituzionalità ogni qual volta l'opzione ermeneutica supposta conforme a costituzione sia incongrua rispetto al tenore letterale della norma stessa (Corte Cost. sentenze n. 78 del 2012; n. 49 del 2015; n. 36 del 2016 e n. 82 del 2017).

Del resto, lo scarto dialettico della tesi si coglie, anche, dalla prospettiva delle decisioni che la hanno sostenuta, laddove hanno ritenuto "imperfetta" la formulazione della norma.

6.6. In base a tali principi, e specie al lume della consolidata ed univoca interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni in tema di ricadute civilistiche relative ad atti aventi ad oggetto immobili abusivi e nonostante la relativa edificazione, come si è ricordato, fosse sanzionata penalmente, l'ipotizzato scopo avrebbe potuto esser agevolmente perseguito mediante una semplice previsione di nullità degli atti aventi ad oggetto siffatti immobili o d'incomerciabilità degli stessi. Il che non è stato fatto. Al contrario, la nullità risulta comminata per specifici atti ad effetti reali inter vivos, sicché ne restano fuori non solo quelli mortis causa, e gli atti ad effetti obbligatori, ma ne sono espressamente esclusi i diritti reali di garanzia e le servitù, ed inoltre, gli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali, ai quali le nullità, appunto, non si applicano (artt. 46, c. 5, TU n. 380 del 2001; 17, c. 5 e 40, c. 5, della L. n. 47 del 1985).

6.7. Da tanto, consegue che la nullità comminata dalle disposizioni in esame non può esser sussunta nell'orbita della nullità c.d. virtuale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c., che presupporrebbe l'esistenza di una norma imperativa ed il generale divieto di stipulazione di atti aventi ad oggetto immobili abusivi al fine di renderli giuridicamente non utilizzabili, e tale divieto, proprio come registra l'ordinanza di rimessione, non trova riscontro in seno allo jus positum, che, piuttosto, enuncia specifiche ipotesi di nullità. Né la conclusione può fondarsi nella previsione della conferma degli atti nulli, mediante la redazione di un atto aggiuntivo, contemplata per l'ipotesi in cui la mancata indicazione dei prescritti elementi non sia dipesa dalla insussistenza del permesso di costruire al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati (di cui si è detto ai §§ 3.2. e 3.3.), in quanto tale conferma e l'atto aggiuntivo che la contiene presuppongono, bensì, che il titolo e la documentazione sussistano (cfr. infra), ma, di per sé, non implicano che l'edificio oggetto del negozio ne rispecchi fedelmente il contenuto.

6.8. Per completezza d'indagine, ancorché la giurisprudenza qui esaminata non ne tratti, va aggiunto che la tesi sostanzialista non può fondarsi sul disposto di cui al comma secondo dell'art. 1418 c.c. La consentita disposizione testamentaria in ordine ad immobili non regolari urbanisticamente, e comunque la possibilità del loro trasferimento per successione mortis causa, la loro attitudine a costituire garanzie reali, la loro idoneità, inoltre, ad esser contemplati in seno agli atti inter vivos (valga per tutti la locazione) ed in seno ad atti costituenti diritti reali di servitù escludono che il loro modo di atteggiarsi possa di per sé solo valere ad integrare le vietate ipotesi d'illiceità o d'impossibilità dell'oggetto, o, ancora d'illiceità della prestazione (che, in tesi, dovrebbero colpire tutti gli atti e, dunque, anche quelli esentati) o della causa per contrarietà a norme imperative o al buon costume, dovendo, peraltro, confermarsi l'esattezza della giurisprudenza richiamata al § 4.1. (Cass. n. 6466 del 1990; n. 2631 del 1984) che per l'ipotesi qui in esame (e che peraltro è quella più rilevante nella pratica) evidenzia che l'oggetto della compravendita, secondo la definizione data dall'art. 1470 c.c., è il trasferimento della proprietà della res, che, in sé, non è suscettibile di valutazione in termini di liceità o illiceità, attenendo l'illecito all'attività della sua produzione, e, considerato che la regolarità urbanistica del bene è estranea alla causa della compravendita, tradizionalmente definita nello scambio – cosa contro prezzo – che ne costituisce la sua funzione economica e sociale, ed altresì il suo effetto essenziale.

7. La composizione del contrasto. La nullità testuale.

7.1. Muovendo doverosamente dal dato normativo, secondo quanto si è sopra esposto, ritiene il Collegio di dover, anzitutto, affermare al lume delle considerazioni sopra svolte ai §§ 6.7. e 6.8., che si è in

presenza di una nullità che va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., secondo quanto ritenuto dalla teoria c.d. formale, con la precisazione essa ne costituisce una specifica declinazione, e va definita «testuale» (secondo una qualificazione pure datane in qualche decisione), essendo volta a colpire gli atti in essa menzionati.

Procedendo, poi, all'analisi congiunta dei commi primo e quarto dell'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 (ma il discorso vale in riferimento alle analoghe disposizioni dell'art. 17, c. 1 e 4, della L. n. 47 del 1985 nonché mutatis mutandis dei commi 2, e 3 dell'art. 40 della medesima L. n. 47 del 1985), emerge che, a fronte del primo comma che sanziona con la nullità specifici atti carenti della dovuta dichiarazione, il quarto comma ne prevede, come si è detto, la possibilità di “conferma”, id est di convalida, nella sola ipotesi in cui la mancata indicazione dei prescritti elementi non sia dipesa dalla insussistenza del titolo abilitativo.

Il dettato normativo indica, quindi, che il titolo deve realmente esistere e, quale corollario a valle, che l'informazione che lo riguarda, oggetto della dichiarazione, deve esser veritiera: ipotizzare, infatti, la validità del contratto in presenza di una dichiarazione dell'alienante che fosse mendace, e cioè attestasse la presenza di un titolo abilitativo invece inesistente, svuoterebbe di significato i termini in cui è ammessa la previsione di conferma e finirebbe col tenere in non cale la finalità di limite delle transazioni aventi ad oggetto gli immobili abusivi che la norma, pur senza ritenerli tout court incommerciabili, senz'altro persegue, mediante la comminatoria di nullità di alcuni atti che li riguardano.

Se ciò è vero, ne consegue che la dichiarazione mendace va assimilata alla mancanza di dichiarazione, e che l'indicazione degli estremi dei titoli abilitativi in seno agli atti dispositivi previsti dalla norma non ne costituisce un requisito meramente formale, secondo quanto ritenuto da parte della giurisprudenza sopra richiamata ai §§ 5.1 e 5.2. che va in parte qua superata, essa rileva piuttosto, come pure affermato in altre decisioni adesive alla teoria formale e sottolineato da un'accorta dottrina, quale veicolo per la comunicazione di notizie e per la conoscenza di documenti, o in altri termini, essa ha valenza essenzialmente informativa nei confronti della parte acquirente, e, poiché la presenza o la mancanza del titolo abilitativo non possono essere affermate in astratto, ma devono esserlo in relazione al bene che costituisce l'immobile contemplato nell'atto (cfr. Cass. 20258 del 2009 cit.), la dichiarazione oltre che vera, deve esser riferibile, proprio, a detto immobile. In costanza di una dichiarazione reale e riferibile all'immobile, il contratto sarà in conclusione valido, e tanto a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo in esso menzionato, e ciò per la decisiva ragione che tale profilo esula dal perimetro della

nullità, in quanto, come si è esposto al § 6.5., non è previsto dalle disposizioni che la comminano, e tenuto conto del condivisibile principio generale, affermato nei richiamati, precedenti, arresti della Corte, secondo cui le norme che, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, sanciscono la nullità degli atti debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono essere applicate, estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste.

7.2. La distinzione in termini di variazioni essenziali e non essenziali, elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte in tema di contratto preliminare ed alla quale si riferisce l'ordinanza di rimessione, non è pertanto utile al fine di definire l'ambito della nullità del contratto, tenuto conto, peraltro, che la moltiplicazione dei titoli abilitativi, cui si è sopra accennato al § 2.4., previsti in riferimento all'attività edilizia da eseguire (minuziosamente indicata), comporterebbe, come correttamente rilevato dal PG nelle sue conclusioni, un sistema sostanzialmente indeterminato, affidato a graduazioni di irregolarità urbanistica di concreta difficile identificazione ed, in definitiva, inammissibilmente affidato all'arbitrio dell'interprete. Il che mal si concilia con le esigenze di salvaguardia della sicurezza e della certezza del traffico giuridico e spiega la cautela dalla prevalente giurisprudenza di questa Corte, da ultimo ricordata da Cass. n. 111659 del 2018, all'uso dello strumento civilistico della nullità quale indiretta forma di controllo amministrativo sulla regolarità urbanistica degli immobili.

7.3. La tesi qui adottata non è, peraltro, dissonante rispetto alla finalità di contrasto al fenomeno dell'abusivismo edilizio, cui pure tende la disposizione in esame, e che è meritevole di massima considerazione. Pare infatti che la ricostruzione nei termini di cui si è detto della nullità concorra a perseguirlo, costituendo uno dei mezzi predisposti dal legislatore per osteggiare il traffico degli immobili abusivi: per effetto della prescritta informazione, l'acquirente, utilizzando la diligenza dovuta in rebus suis, è, infatti, posto in grado di svolgere le indagini ritenute più opportune per appurare la regolarità urbanistica del bene, e così valutare la convenienza dell'affare, anche, in riferimento ad eventuale mancata rispondenza della costruzione al titolo dichiarato.

In tale valutazione, potrà, ben a ragione, incidere la sanzione della demolizione che l'art. 31, c. 2 e 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede nei confronti sia del costruttore che del proprietario in caso d'interventi edilizi eseguiti non solo in assenza di permesso, ma anche in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32. Tale sanzione, come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (Ad Plenaria Cons. Stato n. 9 del 2017), ha, infatti, carattere reale e non incontra limiti per il decorso del tempo e ciò in quanto l'abuso co-

stituisce un illecito permanente, e l'eventuale inerzia dell'Amministrazione non è idonea né a sanarlo o ad ingenerare aspettative giuridicamente qualificate, né a privarla del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurandosi, anzi, la responsabilità (art. 31 cit., c. 4-bis) in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di siffatto atto, che resta, appunto, doveroso, nonostante il decorso del tempo.

7.4. In conclusione, mentre la nullità del contratto è comminata per il solo caso della mancata inclusione degli estremi del titolo abilitativo, che abbia le connotazioni di cui si è detto, l'interesse superindividuale ad un ordinato assetto di territorio resta salvaguardato dalle sanzioni di cui si è dato conto al § 3.1. e, nel caso degli abusi più gravi, dal provvedimento ripristinatorio della demolizione.

Tale approdo ermeneutico, che ha il pregio di render chiaro il confine normativo dell'area della non negoziabilità degli immobili, a tutela dell'interesse alla certezza ed alla sicurezza della loro circolazione, appare, quindi, al Collegio quello che meglio rappresenta la sintesi tra le esigenze di tutela dell'acquirente e quelle di contrasto all'abusivismo: in ipotesi di difformità sostanziale tra titolo abilitativo enunciato nell'atto e costruzione, l'acquirente non sarà esposto all'azione di nullità, con conseguente perdita di proprietà dell'immobile ed onere di provvedere al recupero di quanto pagato, ma, ricorrendone i presupposti, potrà soggiacere alle sanzioni previste a tutela dell'interesse generale connesso alle prescrizioni della disciplina urbanistica.

7.5. A soluzione del contrasto, vanno, pertanto, affermati i seguenti principi di diritto:

“La nullità comminata dall'art. 46 del d.P.R. n. 380 del 2001 e dagli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985 va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., di cui costituisce una specifica declinazione, e deve qualificarsi come nullità «testuale», con tale espressione dovendo intendersi, in stretta adesione al dato normativo, un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che, tuttavia, deve esistere realmente e deve esser riferibile, proprio, a quell'immobile.”

“In presenza nell'atto della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo urbanistico, reale e riferibile all'immobile, il contratto è valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo menzionato”.

8. Lo scrutinio dei motivi.

8.1. Valutato al lume dei principi appena esposti, il primo motivo, con cui si denuncia la violazione degli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985, è dunque insussistente. Premesso che nella specie è applicabile, come si è esposto al § 1.1., la disposizione di cui all'art. 46

del d.P.R. n. 380 del 2001, avente analogo contenuto, e rilevato che l'esatta indicazione della norma violata non costituisce un requisito autonomo del ricorso, il motivo richiama, infatti, apertamente la tesi che ricollegherà l'invalidità del contratto al profilo sostanziale della conformità del bene allo strumento concessorio menzionato nell'atto di trasferimento, ossia si fonda sulla giurisprudenza c.d. sostanzialista, propugnata dalle sentenze Cass. n. 2359 del 2013; n. 25811 del 2014 e n. 18261 del 2015, che è stata qui sconfessata.

8.2. La Corte territoriale ha, per converso, errato nel ritenere, in adesione alla teoria c.d. formale, che ai fini della validità del contratto fosse sufficiente la menzione della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo abilitativo, e che fosse invece irrilevante l'indagine circa la sua "reale esistenza", che invece deve essere compiuta, nei sensi di cui si è detto.

Tale errore non ha, tuttavia, inciso sull'esito della decisione, avendo i giudici del merito accertato che l'atto in Notar Scarnecchia dell'1.6.2005, impugnato dall'odierno ricorrente, conteneva le prescritte dichiarazioni delle venditrici, e concluso per la validità dell'atto, a prescindere dalla conformità delle opere realizzate rispetto a quelle assentite. L'esistenza del titolo abilitativo riferibile all'immobile – che è appunto, ciò che rileva – è rimasta, in tal modo, accertata.

8.3. Il secondo motivo, con cui si lamenta l'omesso esame del fatto decisivo relativo alla difformità dei lavori rispetto a quelli contemplati in seno alla concessione edilizia in data 12.9.2001 n. 98, rilasciata dal Comune di Pomigliano D'Arco, è infondato, in quanto l'apprezzamento del dato fattuale della dedotta difformità non è stato omesso, ma, piuttosto, è stato, correttamente, ritenuto irrilevante.

8.4. Il ricorso dell'A., va, in conclusione, rigettato, previa correzione ed integrazione della motivazione della sentenza, nei sensi esposti, ex art. 384, ult. c., c.p.c.

9. Il rigetto del ricorso principale comporta l'assorbimento di quello incidentale proposto dai compratori. Esso, infatti, pur se involgente profili attinenti all'interesse ad agire, è stato espressamente qualificato condizionato.

10. La complessità delle questioni e le alterne soluzioni datane dalla giurisprudenza, che hanno reso necessaria la presente pronuncia, giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

1. Il caso. – 2. La disciplina urbanistica vigente. – 3. La teoria della c.d. "nullità formale". – 4. La teoria della c.d. "nullità sostanziale". – 5. La pronuncia delle

Sezioni Unite. – 6. Conclusioni.

1. Il caso

La questione di diritto trae origine dall'azione esperita dal sig. S.A., il quale chiedeva che venisse dichiarata la nullità del contratto di vendita stipulato tra le signore A.D.M. e R.A. e signori D.C. e G.S., tutti convenuti in giudizio insieme al notaio rogante, per violazione degli artt. 17, comma 1, e 40, comma 2, L. n. 47/1985 (e attualmente dell'art. 46, comma 1, D.P.R. n. 380/2001). Il signor S.S. mirava a far valere la natura simulata dell'atto con cui aveva acquistato due terreni intestandone fittiziamente la nuda proprietà alla moglie A.D.M. e l'usufrutto alla suocera R.A.. Avendo le signore A.D.M. e R.A. trasferito la proprietà di detti beni ai signori D.C. e G.S., il signor S.A. adduceva la nullità urbanistica del relativo contratto, per aver effettuato egli stesso un intervento di ristrutturazione del fabbricato insistente su uno di detti terreni, in difformità dalla richiesta concessione edilizia.

I giudici di merito, in primo e in secondo grado, rigettavano la domanda attorea, asserendo la piena conformità a legge del contratto impugnato, giusta la puntuale menzione degli estremi del titolo abilitativo, unico requisito imposto dalla legislazione urbanistica, a nulla rilevando l'assenza di corrispondenza sostanziale tra quanto autorizzato e quanto venduto.

A seguito di ricorso per la cassazione della sentenza proposto dal signor S.A., al quale hanno resistito con controricorso i signori D.C. e G.S. ed il notaio rogante S., la Seconda Sezione della Corte di Cassazione ha emesso un'ordinanza interlocutoria (n. 20061/2018) con la quale ha ravvisato un contrasto nella giurisprudenza della Sezione in relazione alla natura formale (derivante cioè dalla mera assenza nel contratto delle dichiarazioni del venditore) o sostanziale (riferita alla difformità tra bene venduto e progetto assentito) della comminata nullità, ed ha disposto la trasmissione degli atti alle Sezioni Unite civili, auspicando, anche, un chiarimento sulla portata della nozione di irregolarità urbanistica e sulla distinzione tra variazione essenziale e variazione non essenziale dell'immobile dedotto in contratto rispetto al progetto approvato dall'autorità amministrativa.

Per il Collegio, l'opportunità di un intervento sul tema da parte delle Sezioni Unite è stata dettata dalla necessità di trovare un bilanciamento tra l'esigenza di contrasto all'abusivismo edilizio con quella di tutela dell'acquirente nel caso di difformità dell'immobile dal titolo concessorio menzionato in atto.

Rimettendo alle Sezioni Unite la questione sulla natura giuridica della nullità dei contratti traslativi di immobili difformi dal titolo edilizio abilitativo, la Suprema Corte ha evidenziato come l'ipotizzata conformità materiale tra quanto venduto e quanto *ab origine* autorizzato dall'amministrazione preposta, potrebbe

rendere discutibile l'ambito applicativo dell'invalidità comminata dalla legislazione urbanistica. Incertezza acuita, inoltre, dall'opacità del *discrimen* tra i concetti di abuso "primario" e "secondario" su cui l'ordinanza di rimessione ha prospettato un chiarimento delle Sezioni Unite.

2. La disciplina urbanistica vigente

Il legislatore sin dagli anni sessanta ha inteso contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio e l'ha fatto da un lato disciplinando sempre più dettagliatamente le modalità con le quali costruire sul territorio e dall'altro imponendo rigide sanzioni, sia sul piano penale che sul piano amministrativo, a carico di chi commette abusi.

Per cogliere la *questio iuris* sottoposta al sindacato delle Sezioni Unite, è necessario, preliminarmente, individuare il quadro normativo in cui si innesta il concetto di "nullità urbanistica".

L'esercizio dello *jus aedificandi* soggiace all'osservanza di molteplici limitazioni e prescrizioni connesse a determinazioni della pubblica autorità. Inizialmente, la L. 17 agosto 1942, n. 1150 aveva previsto la "licenza edilizia" quale provvedimento abilitativo all'esercizio di attività edificatoria. Successivamente, la L. 28 gennaio 1977, n. 10 (c.d. legge Bucalossi) ha sostituito la licenza con la "concessione edilizia". Oggi, il Testo Unico dell'edilizia di cui al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 prevede il "permesso di costruire" al posto della concessione edilizia.

La legislazione susseguitasi nel tempo, per arginare un abusivismo edilizio dilagante, si è orientata non solo su un'attività di controllo e di repressione demandata agli organi istituzionalmente preposti a detti compiti, ma ha predisposto una serie di misure che indirettamente scoraggiassero o rendessero meno conveniente la realizzazione di opere abusive. Con riferimento a quest'ultimo obiettivo, oggi, all'esito di un iter di riforme legislative che ha avuto inizio con la L. n. 765/1967, l'art. 40 della L. n. 47/1985 (per i immobili edificati prima del 17 marzo 1985) e l'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001 (per gli immobili edificati successivamente al 17 marzo 1985) sanciscono la nullità degli atti tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici o loro parti, ove da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del titolo urbanistico. L'obbligo di menzione a pena di nullità è riferito alla licenza edilizia, alla concessione edilizia, al permesso di costruire, alla c.d. super-DIA (ovvero alla DIA presentata per alcune opere ex art. 22 comma 3 del D.P.R. n. 380/2001 in alternativa al permesso di costruire, comma abrogato dal D.lgs. 25 novembre 2016, n. 222), alla c.d. super-SCIA. (nei casi di cui all'art. 23, c. 1, del D.P.R. 380/2001), alla concessione in sanatoria (art. 31 della L. n. 47/1985) e al permesso in sanatoria (art. 36 del

D.P.R. n. 380/2001). Qualora per l'immobile negoziato si sia fatto ricorso allo strumento del condono edilizio (il primo condono fu previsto con la L. n. 47/1985, a cui fecero seguito quelli previsti dalla L. n. 724/1994 e dal D.L. n. 269/2003) e non sia stata rilasciata la concessione in sanatoria, l'art. 2, comma 58, della L. n. 662/1996 prescrive l'indicazione in atto a pena di nullità degli estremi della domanda di condono, delle ricevute di pagamento dell'oblazione e del contributo concessorio (quest'ultimo soltanto per i condoni ex L. n. 724/1994 ed ex D.L. n. 269/2003, non essendo previsto dalla L. n. 47/1985), e l'attestazione dell'avvenuta richiesta di parere dell'autorità preposta in caso di vincolo di cui all'art. 32, comma 3, della L. n. 47/1985 (vincolo urbanistico-culturale, vincolo ambientale, vincolo da parco e vincolo idrogeologico). Se a seguito della presentazione dell'istanza di condono non sia stata rilasciata la concessione in sanatoria e si sia formato il c.d. silenzio-assenso a causa dell'inerzia dell'autorità amministrativa, la seconda parte dell'art. 2, comma 58, della L. n. 662/1996 richiede, in aggiunta alle sopraccitate menzioni, anche la dichiarazione con cui la parte dia atto che il Comune non ha provveduto ad emettere il provvedimento di sanatoria nei termini di legge.

Tali disposizioni non si applicano agli atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia o di servitù, nonché agli atti derivanti da procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. Le ragioni giustificative di tali esclusioni sono da rinvenire, per gli atti inerenti ai diritti reali di garanzia e servitù, nell'assenza della *ratio legis* alla base di tali prescrizioni normative. Manca, infatti, in tali fattispecie negoziali alcun pericolo di abusivismo edilizio. Quanto ai trasferimenti coattivi, la ragione di tale esclusione viene rintracciata nella loro natura di atti non volontari.

Inoltre, rimangono esclusi dall'applicazione della disciplina de qua gli atti con effetti meramente obbligatori. Invece, per le opere iniziate anteriormente al 1° settembre 1967, in luogo degli estremi della licenza edilizia, può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio rilasciata dal proprietario o altro avente titolo, attestante che l'opera risulti iniziata prima di detta data.

La nullità in argomento è considerata, pressoché pacificamente, una nullità assoluta, posto che la normativa urbanistica ha lo scopo di scoraggiare e reprimere gli abusi edilizi, non avendo rilievo alcuno lo stato di buona o mala fede dell'acquirente. La nullità è rilevabile d'ufficio e la corrispondente azione è imprescrittibile, in piena adesione al dato di diritto comune (artt. 1421 e 1422 c.c.).

Qualora manchi in atto la dichiarazione prescritta, l'art. 40, comma 3, della L. n. 47/1985 e l'art. 46, comma 4, del D.P.R. n. 380/2001 consentono di sanare il vizio mediante un c.d. "atto di conferma", con cui anche una sola delle parti contraenti può apportare

la dovuta integrazione del precedente titolo di provenienza. Ciò è ammesso soltanto se la mancata indicazione nell'atto dei documenti necessari ai fini della validità del negozio non è dovuta all'effettiva inesistenza della documentazione richiesta. Quindi, se i documenti esistevano, ma nell'atto non sono stati dichiarati, l'atto nullo può essere confermato mediante un atto successivo che abbia la stessa forma del precedente e contenga l'omessa documentazione, a cura anche di una sola delle parti contraenti. Sarebbe più esatto definire l'atto di conferma con il termine "convalida", sul presupposto che la fattispecie in esame rientra nel disposto dell'articolo 1423 c.c., per il quale la convalida dell'atto nullo è possibile soltanto nei casi previsti dalla legge; pertanto, le norme in esame rappresentano una delle ipotesi eccezionali di sanatoria del contratto nullo.

Dalla disciplina esposta in tema di circolazione dei beni immobili, si può evincere come il legislatore non richieda alcuna attività diretta a rendere certa la conformità o il grado di difformità del fabbricato alla normativa urbanistica ed edilizia, né richieda alcuna attività di indagine o di accertamento in questo senso da parte del notaio, ma si limita a disporre che nell'atto sia data menzione di determinati fatti, atti o provvedimenti su dichiarazione delle parti (o di una parte negoziale) ovvero, per talune fattispecie particolari, prescrive che all'atto siano allegati alcuni documenti idonei a comprovare l'esistenza di determinate circostanze (si pensi all'allegazione, attualmente prevista dal secondo comma dell'art. 46 T.U. Edilizia, della prova dell'integrale pagamento della sanzione prevista dall'art. 38 del medesimo T.U.).

I motivi che hanno indotto il legislatore a questa scelta sono intuibili e condivisibili: condizionare la libera circolazione dei beni immobili ad attività di natura tecnica, in alcuni casi sicuramente complessa ed onerosa, avrebbe frenato il mercato immobiliare in modo eccessivamente penalizzante rispetto ai benefici che il legislatore può e deve ottenere anche con altri mezzi. Così come non era possibile demandare determinati accertamenti ed indagini al notaio, il quale può dare certezza della provenienza delle dichiarazioni delle parti, può acquisire e verificare dati e documenti, ma non è nel possesso delle cognizioni tecniche necessarie per effettuare direttamente indagini tecniche dirette ad accertare la conformità urbanistica di un immobile. La regolarità urbanistica dell'immobile è dichiarata dal venditore sotto sua responsabilità penale. Il notaio si limita a certificare la dichiarazione del venditore, senza però avere l'obbligo di verificarne la veridicità.

3. La teoria della c.d. "nullità formale"

La natura della nullità prevista dalla legge per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia (art. 46 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e art. 40 Legge 28 febbraio 1985, n. 47) è al centro di un decenna-

le dibattito che ha riacquisito particolare interesse a seguito di alcune pronunce della Corte di legittimità (da ultimo la Cass. n. 23591 del 17 ottobre 2013) che hanno mutato la posizione tradizionalmente assunta dalla giurisprudenza, offrendo un'interpretazione maggiormente rigorosa delle disposizioni urbanistiche.

La classica tesi, sostenuta da parte della giurisprudenza (si vedano Cass. n. 8147 del 2000, Cass. n. 5068 del 2001, Cass. n. 5898 del 2004, Cass. n. 26970 del 2005, Cass. n. 16876 del 2013) e della dottrina, ha sostenuto la natura giuridica "formale" della nullità prevista dall'art. 40 della L. n. 45/1987 e dall'art. 46 del D.P.R. n. 380/2001. La nullità in argomento andrebbe inquadrata nell'ambito di quelle nullità testuali, citate dall'art. 1418, comma 3, c.c. e le fattispecie in esse sussumibili sarebbero esclusivamente quelle dettate dal legislatore, peraltro, insuscettibili di applicazione analogica.

Seguendo la tesi formalistica, la validità dell'atto è collegata alla semplice menzione degli estremi del titolo urbanistico o dell'avvenuta costruzione anteriormente al 1° settembre 1967. Ciò costituisce l'unico requisito per la validità dell'atto, mentre sono irrilevanti, ai fini della sua efficacia, le altre circostanze concernenti la conformità dell'opera rispetto al provvedimento urbanistico o la realizzazione di interventi abusivi successivi rispetto all'autorizzazione urbanistica. Risulta irrilevante se il provvedimento citato non esista o se l'edificio sia stato costruito in assenza di provvedimento autorizzativo. A questa ipotesi, viene equiparato il caso in cui la dichiarazione ci sia, ma risulti falsa perché gli estremi indicati dal venditore non esistono o riguardano un fabbricato diverso da quello oggetto dell'atto. In questi casi, l'alienazione di un immobile con irregolarità urbanistiche, sanabili e non, rivelerà solo sul piano dell'inadempimento contrattuale, comportando l'obbligo di risarcimento del danno a carico dell'alienante e, nei casi più gravi, la risoluzione del negozio.

La *ratio* delle prescrizioni in questione non sarebbe quella di attestare la piena corrispondenza tra il "costruito" e il "concesso", bensì quella di tutelare la parte acquirente, mettendola in condizione di conoscere in base a quali titoli l'immobile sia stato realizzato e se, dunque, sia stato commesso o meno un abuso edilizio. In sostanza, l'atto è valido per il solo fatto che vi siano menzionati un provvedimento autorizzativo o l'avvenuta costruzione anteriormente al 1° settembre 1967, anche se si tratta di dichiarazione falsa ed anche se il provvedimento citato non esista, ovvero quando l'edificio sia stato costruito in difformità dal titolo abilitativo.

I sostenitori della tesi formalistica contestano la natura sostanziale della nullità in argomento, ritenendo che essa venga esclusa dal tenore letterale delle disposizioni di cui agli artt. 40 della L. n. 45/1987 e 46 del D.P.R. n. 380/2001. A dimostrazione della prevalen-

za del profilo formale su quello sostanziale vengono richiamati i canoni normativi in tema di interpretazione della legge, che non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola il testo stesso, e che i casi di nullità previsti dalla norma sono tassativi e non estensibili per analogia.

Per la giurisprudenza, pertanto, la nullità prevista dalla L. n. 47/1985 e dal D.P.R. 380/2001 assolve esclusivamente una funzione di tutela dell'affidamento, sanzionando la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile nella condizione di conoscere le condizioni dell'immobile acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla sua regolarità edilizia; al contrario, nessuna invalidità al contratto può derivare dalla concreta difformità della costruzione dai titoli edilizi e, in generale, dal difetto di conformità del bene rispetto alle norme urbanistiche.

4. La teoria della c.d. "nullità sostanziale"

Altra parte della dottrina si è opposta alla teoria formale della nullità urbanistica prevista dagli artt. 40 della L. n. 45/1987 e 46 del D.P.R. n. 380/2001, rilevando come l'interprete non debba fermarsi alla lettura del testo di legge ma debba chiedersi quale sia effettivamente l'interesse protetto dalla norma. L'interesse tutelato sarebbe funzionale all'ampliamento dell'ambito applicativo della norma, sino a comprendere l'ipotesi di un atto contenente una dichiarazione formalmente legittima ma non veritiera. Lo scopo sotteso alla normativa urbanistica in esame di contrastare la commerciabilità di immobili abusivi è una delle argomentazioni poste a fondamento della cd. tesi "sostanziale". Questo diverso indirizzo della dottrina ha trovato poi riscontro nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (sentenze n. 23591/2013, n. 28194/2013, n. 25811/2014 e n. 18261/2015).

Tra le altre ragioni poste a sostegno della teoria sostanzialistica, vi è il maggior presunto rigore voluto dal legislatore con la legge n. 47 del 1985, rispetto alla precedente L. n. 10 del 28/01/1977 (abrogata dall'art. 2 L. n. 47/1985); quest'ultima, nel regolare gli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessioni, stabiliva (all'art. 15, c. 7) che l'invalidità del contratto dipendeva esclusivamente dall'inesistenza in atto della dichiarazione dell'acquirente circa la conoscenza della situazione antiggiuridica del bene. La norma, dunque, aveva finalità esclusivamente di tutela della parte acquirente, ed era del tutto inidonea a costituire una argine all'abusivismo ed alla speculazione edilizia.

Una lettura formale degli artt. 40 della L. n. 47/1985 e 46 del D.P.R. n. 380/2001, oltre a vanificare la finalità di dare maggior pregnanza alla sanzione della nullità, crea un paradosso: sarebbe nullo il contratto privo del requisito formale anche quando

abbia ad oggetto immobili regolari dal punto di vista urbanistico; mentre sarebbe valido il trasferimento di immobili abusivi qualora sia stato indicato nel contratto un provvedimento inesistente o non conforme alla situazione reale. Tale interpretazione lascerebbe ai contraenti la possibilità di eludere le disposizioni dei sopracitati articoli attraverso la stipula di un contratto contenente menzioni non veritiere. Legittimando simili elusioni, si sposterebbe il punto di incidenza della sanzione giuridica da quello dell'invalidità a quello dell'inadempimento contrattuale, lasciando alla discrezione della parte interessata l'assunzione o meno della relativa iniziativa in giudizio (cfr. Cass. n. 16876/2013).

I fautori della teoria sostanziale ritengono che mediante gli artt. 40 della L. n. 45/1987 e 46 del D.P.R. n. 380/2001, il legislatore abbia regolato due differenti ipotesi di nullità: una generale (di carattere sostanziale), che travolge tutti gli atti di trasferimento aventi ad oggetto immobili non in regola con la normativa urbanistica, e l'altra di carattere formale che si applica agli atti privi dell'elemento testuale ma di fatto in regola con la normativa urbanistica.

A conforto di detta lettura viene richiamato l'istituto della conferma previsto dagli artt. 40, comma 3, della L. n. 47/1985 e 46, comma 4, del D.P.R. n. 380/2001, con il quale è possibile sanare l'invalidità del contratto solo se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti contemplati non sia dipesa dall'insussistenza del titolo urbanistico al tempo in cui il contratto medesimo fu stipulato.

Dall'interpretazione sostanzialistica della nullità prevista dagli artt. 40 della L. n. 47/1985 e 46 del D.P.R. n. 380/2001, emergono una serie di perplessità che sono state evidenziate, da ultimo, dalla Seconda Sezione Civile della Cassazione con l'ordinanza di rimessione n. 20061/18 del 9 gennaio 2018. Con detta ordinanza, la Seconda Sezione Civile della Cassazione ha osservato come la teoria della nullità sostanziale, inaugurata dalle sentenze nn. 23591/13 e 28194/13, meriterebbe una riconsiderazione da parte delle Sezioni Unite in quanto la citata tesi (da ricondurre nell'ambito delle nullità virtuali ex art. 1418 c.c.), oltre a non trovare riscontro nella lettera della legge (con la quale si sanziona con la nullità l'assenza di una dichiarazione negoziale dell'alienante avente ad oggetto gli estremi dei provvedimenti concessori senza alcun riferimento alla necessità che la consistenza reale di tale immobile sia conforme a quella risultante dai progetti approvati con detti provvedimenti), potrebbe risultare foriera di notevoli complicazioni nella prassi applicativa pregiudicando in maniera significativa gli interessi della parte acquirente; quest'ultima, infatti, con la dichiarazione di nullità dell'atto di trasferimento, si vede esposta alla perdita dell'immobile (con la conseguente necessità di procedere al recupero del prezzo versato) pure in situazioni nelle quali ha fatto incolpevole affidamento

sulla validità dell'atto. Inoltre, si finirebbe con il far dipendere la validità del contratto da valutazioni, quali quelle legate alla diversa portata dell'irregolarità edilizia, che sul piano teorico possono considerarsi nitide, ma che sul piano operativo possono implicare non pochi margini di opinabilità, considerando che la verifica in concreto della gravità dell'irregolarità urbanistica è demandata, per legge, alle amministrazioni municipali (le cui normative ed i cui orientamenti interpretativi non sempre forniscono criteri di valutazione idonei ad orientare con chiarezza e certezza le valutazioni dei tecnici e dello stesso Notaio rogante) oltre che, in secondo battuta, al giudice amministrativo. Infatti, la nozione di irregolarità urbanistica è nozione assai ampia, che presenta un esteso ventaglio di articolazioni: dall'immobile edificato in assenza di titolo, all'immobile edificato in totale difformità dal titolo, dall'immobile che presenta una variazione essenziale rispetto al titolo, a quello che presenta una parziale difformità da quest'ultimo.

Con l'accoglimento della teoria della nullità sostanziale si aprirebbe, così, il fronte ad una ulteriore problematica di non facile soluzione: quella della rilevanza delle irregolarità edilizie ai fini della commerciabilità degli immobili. Questione che le precedenti sentenze non hanno chiarito, non avendo fatto distinzione tra le ipotesi di difformità totale, variazione essenziale o variazione parziale non essenziale.

5. La pronuncia delle Sezioni Unite

La SS.UU. della Cassazione, chiamata a dirimere il contrasto creatosi nella giurisprudenza in relazione alla natura della nullità per violazione delle norme in materia urbanistica ed edilizia, si è pronunciata il 22 marzo 2019 con la sentenza n. 8230/2019, ed ha assunto una posizione intermedia tra le teorie della c.d. "nullità formale" e della c.d. "nullità sostanziale".

Muovendo dal dato normativo, le SS.UU. affermano che si è in presenza di una nullità che va ricondotta nell'ambito del comma 3 dell'art. 1418 c.c., nullità da definirsi "testuale", essendo volta a colpire gli atti espressamente previsti nelle norme che la contemplano. Con tale espressione dove intendersi un'unica fattispecie di nullità che colpisce gli atti tra vivi ad effetti reali elencati nelle norme che la prevedono, volta a sanzionare la mancata inclusione in detti atti degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile, titolo che deve esistere realmente e deve esser riferibile all'immobile oggetto del contratto. La nullità comminata dalle disposizioni in esame non può essere sussunta nell'orbita della nullità c.d. virtuale di cui all'art. 1418 c.c., comma 1, che presupporrebbe l'esistenza di una norma imperativa di generale divieto alla stipulazione di atti aventi ad oggetto immobili abusivi al fine di renderli giuridicamente non utilizzabili, divieto che non trova riscontro in seno allo *jus positum* che, invece, enuncia specifiche ipotesi di nullità; né può fondarsi sul dispo-

sto di cui all'art. 1418, comma 2, c.c.. La consentita disposizione testamentaria in ordine ad immobili non regolari urbanisticamente, e comunque la possibilità del loro trasferimento per successione mortis causa, la loro attitudine a costituire garanzie reali, la loro idoneità, inoltre, ad essere contemplati in seno agli atti inter vivos ed in seno ad atti costituenti diritti reali di servitù, escludono che il loro modo di atteggiarsi possa di per sé solo valere ad integrare le vietate ipotesi di illiceità e d'impossibilità dell'oggetto, o d'illiceità della prestazione o della causa per contrarietà a norme imperative o al buon costume.

Dalla possibilità di conferma dell'atto nullo prevista dagli artt. 40, comma 3, della L. n. 47/1985 e 46, comma 4, del D.P.R. n. 380/2001 nella sola ipotesi in cui la mancata indicazione dei prescritti elementi non sia dipesa dalla insussistenza del titolo abilitativo, si desume che il titolo deve realmente esistere e che l'informazione che lo riguarda deve essere veritiera: ipotizzare la validità del contratto in presenza di una dichiarazione mendace, svuoterebbe di significato i termini in cui è ammessa la previsione di conferma e finirebbe col non rispettare la finalità della norma.

L'indicazione degli estremi dei titoli abilitativi nel corpo degli atti previsti dalla normativa de quo rileva quale veicolo per la comunicazione di notizie e per la conoscenza di documenti. In altri termini, essa ha valenza essenzialmente informativa nei confronti della parte acquirente. Pertanto, le SS.UU. ritengono che per effetto delle corrette informazioni prescritte, l'acquirente sia in grado di svolgere le indagini ritenute opportune per appurare la regolarità urbanistica del bene, e così valutare la convenienza dell'affare, anche in riferimento ad un'eventuale mancata rispondenza della costruzione al titolo dichiarato.

In presenza della menzione degli estremi del titolo edilizio reale e riferibile all'immobile, il contratto sarà in conclusione valido a prescindere dal profilo della conformità o della difformità della costruzione realizzata al titolo in esso menzionato. Ciò deriva dalla decisiva ragione che tali profili esulano dal perimetro della nullità, non essendo previsti dalle disposizioni che la comminano, e tenuto conto del condivisibile principio generale secondo cui le norme che sanciscono la nullità degli atti, ponendo limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni, debbono ritenersi di stretta interpretazione, sicché esse non possono essere applicate estensivamente o per analogia ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste.

Alla luce della sentenza della Cassazione in commento, devono ritenersi nulli solo gli atti nei quali manchino totalmente, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del titolo edilizio del fabbricato oggetto dell'atto, mentre sono pienamente validi tutti gli atti nei quali siano riportati tali estremi anche se si dovesse scoprire in seguito che il fabbricato sia stato costruito in totale o parziale difformità dal titolo abilitativo.

A nulla rileva quindi la distinzione tra variazioni essenziali e non essenziali rispetto al permesso di costruire portata avanti fino ad oggi da parte della dottrina e della giurisprudenza per marcare la linea di confine tra immobili commerciabili o meno.

Le Sezioni Unite hanno posto al centro della sentenza un rilevante problema, quello del bilanciamento tra contrasto all'abusivismo edilizio e sicurezza dei traffici giuridici, alla luce del quale hanno ritenuto di distinguere nettamente tra il profilo di validità dell'atto, il quale richiede unicamente che esista il titolo abilitativo edilizio, dal profilo delle sanzioni amministrative e penali. In quest'ottica, la difformità totale o parziale dal titolo abilitativo non può che rilevare esclusivamente riguardo al profilo sanzionatorio. Mai agli effetti della validità degli atti, neanche se si tratta di difformità totale. Diversamente, sarebbe pregiudicata la sicurezza dei traffici giuridici.

In conclusione, per le SS.UU. mentre la nullità del contratto è comminata per il solo caso della mancata dichiarazione degli estremi del titolo abilitativo (dichiarazione che, peraltro, deve essere reale, veritiera e riferibile all'immobile negoziato, al fine di assicurare all'acquirente le informazioni corrette per le indagini sulla regolarità urbanistica), l'interesse pubblico ad un ordinato assetto del territorio resta salvaguardato dalle sanzioni amministrative e nel caso degli abusi più gravi, dal provvedimento ripristinatorio della demolizione.

6. Conclusioni

Le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno disposto che la Corte territoriale ha errato nel ritenere, in adesione alla teoria c.d. formale, che ai fini della validità del contratto fosse sufficiente la menzione della dichiarazione dell'alienante degli estremi del titolo abilitativo, e che fosse invece irrilevante l'indagine circa la sua "reale esistenza", che invece deve essere compiuta nel limite dell'accertamento dell'esistenza e della riferibilità all'immobile oggetto del contratto. Tale errore non ha, tuttavia, inciso sull'esito della decisione, avendo i giudici del merito accertato che l'atto impugnato conteneva le prescritte dichiarazioni della parte venditrice, e concluso per la validità dell'atto, a prescindere dalla conformità delle opere realizzate rispetto a quelle assentite. L'esistenza del titolo abilitativo riferibile all'immobile è stata accertata, e ciò è sufficiente ai fini della validità del contratto.

Sintetizzando il pensiero fatto proprio dalle SS.UU. della Cassazione nella succitata sentenza n. 8230 del 22 marzo 2019, si possono enucleare le seguenti conclusioni: i fabbricati totalmente abusivi, ossia i fabbricati costruiti in assenza di un titolo abilitativo ovvero in totale difformità dal titolo rilasciato, possono essere oggetto di trasferimento per successione mortis causa, di contratti ad effetti obbligatori, di contratti costitutivi di diritti reali di garanzia o di servitù, e

possono essere trasferiti mediante procedure esecutive immobiliari, individuali o concorsuali. Non possono invece essere oggetto dei contratti cui si riferiscono le disposizioni dell'art. 46 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (T.U. in materia edilizia) e dell'art. 40 Legge 28 febbraio 1985, n.47 (gli atti traslativi e divisionali), in quanto per questi atti non è possibile rispettare il requisito formale prescritto, non sussistendo un titolo edilizio effettivamente rilasciato e riferibile all'edificio negoziato e non potendo, pertanto, rendere in atto la relativa dichiarazione.

Invece, i fabbricati costruiti in forza di un titolo abilitativo realmente rilasciato e riferibile all'immobile negoziato, anche qualora sugli stessi siano stati eseguiti interventi edilizi in parziale difformità dal titolo edilizio suddetto, sono soggetti ad un regime che possiamo definire di "commerciabilità piena". Con riguardo a questi edifici, potranno essere validamente stipulati anche gli atti traslativi e divisionali di cui all'art. 46 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'art. 40 Legge 28 febbraio 1985, n. 47, essendo possibile menzionare in atto il titolo edilizio abilitativo reale e comunque riferibile all'edificio negoziato (le irregolarità commesse, per quanto gravi, in quanto non concretizzanti una difformità totale, non fanno mai venir meno la "riferibilità" del titolo rilasciato all'immobile negoziato).

a cura di
 Mario de Bellis
 Avvocato

Rassegna di legittimità

Debiti tributari – rottamazione delle cartelle ex art. 4 del D.L. n. 119 del 2018, convertito, con modifiche, in Legge n. 136 del 2018 (cd. “saldo e stralcio”) – operatività ipso iure – consequenziale provvedimento di sgravio-annullamento – necessità – esclusione – natura.

In tema di debiti tributari, la Sezione V civile, dando applicazione, in plurime cause, al disposto dell'art. 4, comma 1, del D.L. n. 119 del 2018, convertito, con modifiche, in Legge n. 136 del 2018 – che prevede l'annullamento dei singoli carichi entro i mille euro (cd. “saldo e stralcio”) – ha affermato l'operatività ipso iure dello stralcio, senza necessità del consequenziale provvedimento di sgravio da parte dell'agente della riscossione, con conseguente nullità iure superveniente delle cartelle impugnate e declaratoria di estinzione del processo.

Cass. Sez. V, ord. 07/06/2019, n. 15471, Pres. Chindemi, Est. Vecchio

Minore straniero soggiornante in Italia – autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare – art. 31 del D. Lgs. n. 286 del 1998 – condanna per reati ostativi o condotte del familiare incompatibili con il suo soggiorno nel territorio italiano – bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'ordine pubblico e l'interesse del minore – necessità.

Le Sezioni Unite, su questione di massima di particolare importanza, in tema di autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero che si trova nel territorio italiano, hanno affermato che, ai sensi dell'art. 31, comma 3, T.U. immigrazione, approvato con il d.lgs. n. 286 del 1998, il diniego non può essere fatto derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per uno dei reati che lo stesso testo unico considera ostativi all'ingresso o al soggiorno dello straniero; nondimeno la detta condanna è destinata a rilevare, al pari delle attività incompatibili con la permanenza in Italia, in quanto suscettibile di costituire una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e può condurre al rigetto dell'istanza di autorizzazione all'esito di un esame circostanziato del caso e di un bilanciamento con l'interesse del minore, al quale la detta norma, in presenza di gravi motivi connessi con il suo sviluppo psicofisico, attribuisce valore prioritario, ma non assoluto.

Cass. Sez. un., 12/06/2019, n. 15750, Pres. Mammone, Est. Giusti

Contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente – azione di ripetizione dell'indebitato – eccezione di prescrizione – contenuto – necessità per la banca di indicare specificamente le rimesse solutorie prescritte – esclusione.

Le Sez. U., a risoluzione di contrasto, hanno affermato che l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie.

Interessi – decorrenza – dalla domanda giudiziale o dagli atti stragiudiziali di costituzione in mora – configurabilità.

Le Sezioni Unite hanno affermato che, ai fini del decorso degli interessi in ipotesi di ripetizione di indebito oggettivo, il termine “domanda” di cui all'art. 2033 c.c., non va inteso come riferito esclusivamente alla domanda giudiziale ma comprende, anche, gli atti stragiudiziali aventi valore di costituzione in mora, ai sensi dell'art. 1219 c.c.

Cass. Sez. un., 13/06/2019, n. 15895, Pres. Tirelli, Est. Sambito

Presunzione di avvenuto pagamento – apertura del fallimento durante il tempo della prescrizione presuntiva – insussistenza della presunzione – fondamento.

La Prima Sezione civile ha affermato – ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c. – il seguente principio di diritto: «le prescrizioni presuntive di cui agli artt. 2954 ss. c.c. sono fenomeni di natura probatoria, sostanziandosi in presunzioni di “avvenuto pagamento”; non dà perciò luogo a prescrizione presuntiva la fattispecie in cui una frazione del tempo stabilito dalla norma di legge fondante la stessa sia decorsa dopo la dichiarazione di fallimento del debitore, pur se prima che il creditore abbia presentato domanda di insinuazione nel relativo passivo».

Cass. Sez. un., 14/06/2019, n. 16123, Pres. Didone, Est. Dolmetta

Intermediazione finanziaria – abuso di informazioni privilegiate commesso da “insider” secondari – carattere maggiormente afflittivo del trattamento sanzionatorio previsto dalla l. n. 62 del 2005 rispetto a quello previgente – conseguenze.

A seguito della sentenza n. 223 del 2018 della Corte Costituzionale, la misura sanzionatoria della confisca per equivalente, prevista dall'art. 187-bis del T.U.F., come novellato dalla l. n. 62 del 2005, per l'abuso di informazioni privilegiate ad opera degli “insider” secondari, non può trovare applicazione relativamente ai fatti commessi prima della l. n. 62 cit., versandosi in presenza di trattamento sanzionatorio più sfavorevole per l'interessato.

Cass. Sez. II, 05/07/2019, n. 18201, Pres. Giusti, Est. Scarpa

Contratto di trasporto aereo internazionale avente ad oggetto l'acquisto di titolo di viaggio – contrattazione ed acquisto avvenuti per via telematica – azione risarcitoria per danni a cose – individuazione della competenza giurisdizionale – art. 33 comma 1, della Convenzione di Montreal – criterio del luogo ove è sito lo stabilimento del vettore che cura la conclusione del contratto – domicilio dell'acquirente – configurabilità.

Nel contratto di trasporto aereo internazionale, avente oggetto esclusivo l'acquisto di titolo di viaggio, intercorso tra una compagnia aerea extraeuropea e cittadini italiani, domiciliati in Italia, in relazione all'azione risarcitoria proposta dai viaggiatori, per inadempimento contrattuale produttivo di danni a cose, ai sensi dell'art. 33, comma 1, della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999, ratificata in Italia con Legge n. 12 del 2004, ove la contrattazione e l'acquisto siano avvenuti interamente on line, la giurisdizione può essere radicata nel domicilio dell'acquirente, così dovendosi interpretare il criterio di determinazione della competenza giurisdizionale, individuato nello stabilimento a cura del quale il contratto è stato concluso, trattandosi di criterio concorrente con quello di destinazione del viaggio e del domicilio.

Cass. Sez. un., Ord. 08/07/2019, n. 18257, Pres. Mammone, Est. Acierno

Assegni vitalizi degli ex parlamentari – Controversie relative – Giurisdizione degli organi di autodichia – Sussistenza – Fondamento – Regolamento preventivo di giurisdizione – Ammissibilità – Limiti.

Le controversie relative alle condizioni di attribuzione ed alla misura dell'indennità parlamentare e degli assegni vitalizi per gli ex parlamentari – istituti entrambi riconducibili alla normativa di “diritto singolare” che si riferisce al Parlamento o ai suoi membri a presidio della peculiare posizione costituzionale loro riconosciuta dagli artt. 64 comma 1, 66 e 68 Cost. – spettano alla cognizione degli organi di autodichia, la cui previsione risponde alla medesima finalità di garantire la particolare autonomia del Parlamento e, quindi, rientra nell'ambito della suddetta normativa di “diritto singolare”; ciò non dà luogo ad una ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, dato il carattere sostanzialmente giurisdizionale riconosciuto dalla Corte costituzionale agli organi di autodichia nell'esame delle controversie loro attribuite nonché l'utilizzabilità del regolamento preventivo di giurisdizione, sia pure nei limiti in cui si profili l'eventualità che l'organo di autodichia, alla stregua della natura della controversia e delle deduzioni del convenuto, possa declinare la giurisdizione con conseguente inutilità dell'attività processuale già svolta.

Cass. Sez. un., Ord. 08/07/2019, n. 18265, Pres. Mammone, Est. Tria

Giudizio di risarcimento danni da responsabilità civile automobilistica – giudicato favorevole al danneggiato conseguito nei confronti del solo danneggiante assicurato – opponibilità all'assicuratore obbligatorio – esclusione – fondamento – efficacia probatoria del giudicato formatosi “inter alios”.

In tema di assicurazione obbligatoria sulla responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, il giudizio di condanna del danneggiante non può essere opposto dal danneggiante che agisca in giudizio nei confronti dell'assicuratore ed ha, in tale giudizio, esclusivamente efficacia di prova documentale, al pari delle prove acquisite nel processo in cui il giudicato di è formato

Cass. Sez. III, 09/07/2019, n. 1 8325, Pres. Armano, Est. Scoditti

Successione dell'Agenzia delle Entrate Riscossione – formale costituzione in giudizio del successore – difesa da parte dell'avvocatura dello stato – necessità o facoltatività rispetto all'avvalimento di avvocati del libero foro – questione di massima di particolare importanza.

La Terza Sezione civile della Cassazione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la seguente questione di massima di particolare importanza: se la rappresentanza in giudizio della neo costituita Agenzia delle Entrate – Riscossione sia caratterizzata dalla obbligatorietà del patrocinio autorizzato da parte dell'Avvocatura dello Stato o, in alternativa, dalla facoltatività di questo su un piano di parità – salva la volontaria autolimitazione dell'Agenzia in sede di convenzione con l'Avvocatura – con l'avvalimento di avvocati del libero foro

Cass. Sez. un., Ord. 09/07/2019, n. 18350, Pres. Vivaldi, Est. Rossetti

Decreto ingiuntivo ottenuto dal garante escusso nei confronti del debitore principale – tassa di registro – misura proporzionale – fondamento.

Le Sezioni Unite, a risoluzione di contrasto, hanno affermato che, in tema di imposta di registro, il decreto ingiuntivo ottenuto nei confronti del debitore dal garante che abbia stipulato una polizza fideiussoria e che sia stato escusso dal creditore è soggetto all'imposta con aliquota proporzionale al valore della condanna, in quanto il garante non fa valere corrispettivi o prestazioni soggetti all'imposta sul valore aggiunto, ma esercita un'azione di rimborso di quanto versato.

Cass. Sez. un., 10/07/2019, n. 18520, Pres. Mammone, Est. Perrino

Rassegna di merito

ASSEGNO NON TRASFERIBILE: l'onere di verificare che il pagamento venga effettuato all'effettivo beneficiario grava sul banchiere trattario

L'onere di verificare che il pagamento dell'assegno bancario non trasferibile venga effettuato all'effettivo beneficiario dell'assegno, emesso dal traente, grava, innanzitutto, sul banchiere trattario, il quale, una volta ricevuto l'assegno in stanza di compensazione dal banchiere giratario, può autorizzare o meno il pagamento, ma, se non comunica al banchiere giratario il rifiuto di pagamento, è responsabile nei confronti del correntista traente, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 43 RD 1736/1933, dell'eventuale pagamento effettuato erroneamente nei confronti di persona diversa dal legittimo beneficiario.

Corte App. Milano, 22.05.2019 - Pres. Est. Meroni

ESECUZIONE: il mancato deposito della nota di trascrizione non è sanzionato con l'inefficacia del pignoramento

Il mancato deposito della nota di trascrizione non è espressamente sanzionato con l'inefficacia del pignoramento. Tale circostanza appare essere una conseguenza della scelta consapevole del legislatore che ha inteso non addossare al creditore le conseguenze del mancato rispetto di un termine perentorio che potrebbe dipendere da causa non imputabile al creditore stesso. In sostanza si può sostenere che, con l'iscrizione a ruolo, il creditore deve depositare l'atto di pignoramento notificato e la relativa nota, oltre al titolo esecutivo e precetto; ove non venga depositata la nota di iscrizione, tale deposito è possibile anche in un momento successivo, purché prima che sia disposta la vendita.

Trib. Lecce, 10.05.2019 - dott. Sergio Memmo

FALLIMENTO: ammissibile il ricorso anche dopo la decorrenza dei termini per la risoluzione del concordato

Nell'ipotesi di impresa già ammessa al concordato preventivo poi omologato, ed in caso di inadempimento dei debiti concorsuali, il creditore insoddisfatto può senz'altro avanzarne istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l.fall., a prescindere dall'intervenuta risoluzione del detto concordato, essendo ormai venuto meno – dopo la riforma dell'art. 186 l.fall. introdotta dal d.lgs. n. 169 del 2007 – ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento e dovendo l'istante proporre la domanda di risoluzione, anche contestualmente a quella di fallimento, solo quando faccia valere il suo credito originario e non nella misura già falcidiata.

Trib. Messina, 16.05.2019 - Pres. Minutoli, Rel. Bisignano

FIDEIUSSIONE – ANTITRUST: grava sul garante l'onere di provare la violazione della normativa

Nel caso in cui si sollevi l'eccezione di nullità della fideiussione, sulla base della pronuncia della Corte di Cassazione n. 29810/17, è necessario specificare i dati da cui desumere la violazione della normativa antitrust e la corrispondenza tra le clausole del contratto di fideiussione sottoscritto dagli opposenti e la fattispecie esaminata dalla Suprema Corte. Deve essere provato il carattere uniforme dell'applicazione del contratto contestato, che costituisce elemento costitutivo dell'eccezione degli opposenti e rispetto al quale l'onere probatorio grava sui garanti.

Trib. di Velletri, 14.05.2019 - dott. Renato Buzi

MEDIAZIONE OBBLIGATORIA-REVOCATORIA: la Banca attrice deve necessariamente entrare nel procedimento

Ai fini della procedibilità della domanda, la mediazione deve essere non solo informativa ma necessariamente effettiva: già nel corso del primo incontro di mediazione, superata e conclusa la fase dedicata all'informativa delle

parti, si deve procedere ad effettiva mediazione, in cui manifestare la propria disponibilità o indisponibilità a trovare un accordo. Il primo incontro di mediazione dovrebbe, quindi, avere natura essenzialmente "bifasica", la prima informativa, sulle modalità e funzioni della mediazione, e la seconda di mediazione effettiva.

Nel giudizio di revocatoria la Banca attrice deve necessariamente entrare in mediazione al fine di rispettare l'onere della mediazione effettiva per cui l'irrituale svolgimento del procedimento rende quindi improcedibile la domanda ai sensi dell'art. 5, comma 2 e comma 2-bis D.Lgs. n. 28 del 2010.

Trib. Firenze, 08.05.2019 - dott. Alessandro Ghelardini

MUTUO FONDIARIO: ai fini del superamento del limite di finanziabilità il valore va calcolato con il criterio cd. cauzionale

Ai fini dell'apprezzamento circa il rispetto del limite di finanziabilità prescritto per il mutuo fondiario dalla normativa legale e regolamentare, il giudice deve tenere in considerazione il valore c.d. cauzionale secondo le indicazioni comunitarie (direttiva CE n. 2000/12, per cui si sostanzierebbe "nel prudente apprezzamento della futura negoziabilità dell'immobile"). Detto valore deve determinarsi avuto riguardo alla concreta ed attuale prospettiva di negoziabilità dell'immobile, del tutto svincolata da considerazioni di carattere speculativo, cosicché, se non è possibile far riferimento a un valore di liquidazione, tra le diverse stime possibili deve privilegiarsi quella di tipo prudenziale.

Trib. Milano, 30.05.2019 - Pres. Angelini - Rel. Vaghi

MUTUO FONDIARIO: nullo se non si rispetta il limite di finanziabilità, salva la possibilità di convertirlo

Il mancato rispetto del limite di finanziabilità, ai sensi dell'art. 38, secondo comma, del T.u.b. e della conseguente delibera del Cicr, determina di per sé la nullità del contratto di mutuo fondiario; e poiché il detto limite è essenziale ai fini della qualificazione del finanziamento ipotecario come, appunto, "fondiario", secondo l'ottica del legislatore, lo sconfinamento di esso conduce automaticamente alla nullità dell'intero contratto fondiario, salva la possibilità di conversione di questo in un ordinario finanziamento ipotecario ove ne risultino accertati i presupposti.

Trib. Sciacca, 06.05.2019 - dott.ssa Valentina Stabile

NEGOZIAZIONE ASSISTITA: è condizione di validità l'attestazione della conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico

L'accordo di negoziazione assistita che non riporti la dichiarazione da parte degli avvocati della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, comporta l'inesistenza del diritto a procedere in executivis stante il difetto di efficacia esecutiva dell'accordo di negoziazione assistita.

Trib. Roma, 17.06.2019 - dott.ssa Cristina Pigozzo

RIMBORSO SPESE ASSICURATIVE: legittimata passivamente è l'impresa assicuratrice

L'unico soggetto passivamente legittimato in ordine alla richiesta di restituzione o rimborso del premio è l'impresa assicuratrice e non l'ente erogatore del finanziamento.

Al riguardo, infatti, l'esistenza di un collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento e il contratto assicurativo rileva unicamente sotto il profilo dell'insorgenza del diritto alla restituzione (nel senso che, estinguendosi anticipatamente il primo, viene meno parte del rischio assicurato e, quindi, della causa che sorregge il pagamento del premio nella misura determinata ad origine), ma non determina il sorgere di un obbligo restitutorio da parte di un soggetto diverso rispetto all'accipiens, che, oltre ad essere il soggetto che ha materialmente ricevuto il denaro, è anche il soggetto che beneficia dell'estinzione anticipata, non essendo più esposto al rischio della copertura assicurativa.

Trib. Asti, 27.06.2019 - dott. Andrea Carena

TRUFFA DEI DIAMANTI: la banca è responsabile del danno subito dal cliente e deve risarcirlo

La banca è responsabile per il danno economico subito dai clienti, che hanno acquistato i diamanti in filiale e va condannata al risarcimento. La fonte della responsabilità della banca va individuata nel rapporto che è intercorso con i clienti per l'acquisto dei diamanti e per aver, col suo comportamento, tradito l'affidamento in un dovere di diligenza gravante su di esso, in virtù delle sue specifiche competenze professionali.

Trib. Verona, 23.05.2019 - dott. Massimo Vaccari

USURA: anche per il giudice penale il tasso soglia afferisce unicamente agli interessi corrispettivi

Il tasso di soglia, determinato in base al meccanismo definito dall'art. 2 comma 4 della legge 108/1996, a partire da rilevazioni trimestrali eseguite dalla Banca d'Italia, afferisce unicamente agli interessi corrispettivi, in quanto tali rilevazioni, in virtù delle considerazioni effettuate, non hanno mai avuto ad oggetto i tassi di mora praticati sul mercato.

L'inclusione degli interessi moratori nel calcolo del T.E.G.M. rischierebbe di innalzare questo tasso effettivo me-

dio e, quindi, le stesse soglie di usura sarebbero portate in alto, con la conseguenza perversa di danneggiare i clienti.

Trib. pen. Trani, 14.01.2019 - Pres. Pavese - Est. Altamura

USURA-LEASING: inammissibile per mancanza dell'interesse ad agire per gli interessi moratori mai applicati

È esclusa la sussistenza dell'interesse ad agire laddove sia lamentata l'usurarietà di interessi moratori mai applicati, attesa la regolarità dei pagamenti, perché tale eventuale nullità non implicherebbe il venir meno dell'obbligazione di pagare gli interessi corrispettivi ove non usurari. In assenza di specifica allegazione e prova dell'applicazione di interessi di mora (e della misura degli stessi), viene meno l'interesse ad agire di parte attrice. Se infatti interessi corrispettivi e di mora hanno autonomia ontologica e funzionale, deve concludersi nel senso che anche ove si verificasse il superamento del tasso soglia relativamente agli interessi di mora, la nullità ex art. 1815 co. 2 c.c. travolgerebbe la clausola relativa agli interessi moratori, senza invero incidere sul diritto alla corresponsione degli interessi corrispettivi fissati nel rispetto del tasso soglia.

Trib. Venezia, 16.05.2019 - dott.ssa Alessandra Ramon

Diritto e procedura penale

LA GARANZIA DEL <i>NE BIS IN IDEM</i> TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO EUROPEO	438
di Alessandro Jazzeiti	
L'INAPPLICABILITÀ DEL GIUDIZIO ABBREVIATO AI DELITTI PUNITI CON L'ERGASTOLO. <i>LEGGE 12 APRILE 2019, N. 33, IN VIGORE DAL 20 APRILE 2019</i>	445
di Caterina Migliaccio	
GLI ASPETTI PENALISTICI PIÙ CONTROVERSI DELLA <i>VOLUNTARY DISCLOSURE</i> AL VAGLIO DELLA CASSAZIONE. <i>Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, 15 marzo 2019, n. 10801</i>	454
di Stefano Loconte e Giulia Maria Mentasti	
PRODUZIONE DI MATERIALE PEDOPORNOGRAFICO: L'UTILIZZAZIONE DEL MINORE NELL'INVIO DA PARTE DEL MEDESIMO DEL "SELFIE" SESSUALMENTE ESPlicitO. <i>Nota a Tribunale di Nola, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090</i>	461
di Erica Vicentini	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	465
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	469
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	472
a cura di Giuseppina Marotta	



La garanzia del *ne bis in idem* tra diritto interno e diritto europeo

abstract

The specialty criterion, understood as the only means of solving cases of apparent competition in our system, based on a comparison between the abstract cases, is independent of any reference to the actual negative value of the fact and to the proportionality of the sanction to be applied to the fact itself, in contrast to the guidelines outlined in the ECHR jurisprudence

keywords

Execution of the judgments of the Cedu – Principle of the ne bis in idem – Double administrative-penal track for the same cases – Principle of specialty.

abstract

Il criterio di specialità, inteso quale unico strumento di soluzione dei casi di concorso apparente di norme nel nostro sistema, basandosi sul confronto tra le fattispecie astratte, prescinde da ogni riferimento all'effettivo disvalore del fatto e alla proporzionalità della sanzione da applicare al fatto stesso, in contrasto con le linee guida tracciate dalla giurisprudenza CED.

parole chiave

Esecuzione delle sentenze della Cedu – Principio del ne bis in idem – Doppio binario amministrativo - penale per le medesime fattispecie – Principio di specialità.

sommario

1. Natura e fondamento del principio del *ne bis in idem*. – 2. Il criterio di specialità quale strumento per regolare il concorso apparente di norme. – 3. Criterio di specialità e garanzia del divieto del *ne bis in idem*. – 4. Insufficienza del criterio di specialità e criteri alternativi. – 5. Conclusioni.

1. Natura e fondamento del principio del *ne bis in idem*

Il principio del *ne bis in idem* costituisce garanzia individuale della persona di non subire per lo stesso fatto un doppio giudizio (*ne bis in idem* processuale) ovvero un cumulo di sanzioni sproporzionato alla sua effettiva offensività (*ne bis in idem* sostanziale)¹

¹ Cfr. Corte Costituzionale 43/2018 secondo cui il divieto del “*ne bis in idem*” non riveste più natura esclusivamente processuale, in quanto «criterio eminente per affermare o negare il legame mate-

Alla garanzia processuale fanno espressamente riferimento tanto le norme interne quanto quelle convenzionali quando escludono la possibilità di sottoporre a nuovo giudizio un soggetto nei cui confronti è stata pronunciata sentenza irrevocabile per lo stesso fatto^{2 3}

Per “stesso fatto”, ai fini della garanzia processuale, non deve intendersi secondo la giurisprudenza CEDU, l'*idem* legale ma piuttosto l'*idem factum*, inteso in senso naturalistico, come accadimento concreto, nella sua articolazione di condotta, nesso di causalità ed evento.

Il “fatto” così inteso può essere prima ancora oggetto di una doppia previsione sanzionatoria: si pone dunque il problema di stabilire se le norme concorrenti siano effettivamente tali o se trattasi di concorso

riale è proprio quello relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata», con la conseguenza che «ciò che il divieto di *bis in idem* ha perso in termini di garanzia individuale, a causa dell'attenuazione del suo carattere inderogabile, viene compensato impedendo risposte punitive nel complesso sproporzionate».

² Nel diritto interno esso è consacrato nell'art. 649/1 c.p.p., secondo cui «l'imputato prosciolti o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345», nonché negli art. 24 e 111 Cost.

Nel diritto convenzionale esso viene consacrato nell'art. 4 prot. 7 CEDU «Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato» e nell'art. 50 del Trattato di Nizza «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»

³ Secondo Corte Cost. 200/2016, «Benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è infatti immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire. Nel diritto penale, questa Corte ha da tempo arricchito la forza del divieto, proiettandolo da una dimensione correlata al valore obiettivo del giudicato» sentenze n. 6 e n. 69 del 1976, n. 1 del 1973 e n. 48 del 1967 fino a investire la sfera dei diritti dell'individuo, in quanto «principio di civiltà giuridica» (ordinanza n. 150 del 1995; inoltre, sentenze n. 284 del 2003 e n. 115 del 1987), oltretutto dotato di «forza espansiva» (sentenza n. 230 del 2004), e contraddistinto dalla natura di «garanzia» personale (sentenza n. 381 del 2006).

apparente di norme, con prevalenza dell'una sull'altra e *reductio ad unitatem* delle norme stesse.

Ecco dunque emergere la garanzia sostanziale: viola il principio del *ne bis in idem* la circostanza che uno stesso fatto ricada sotto la previsione di una doppia incriminazione (e quindi di una doppia sanzione) quando in effetti una di esse assorbe tutto il disvalore effettivo del fatto e appaia dunque proporzionata alla sua concreta offensività: dunque, dirimere i casi di concorso apparente di norme rispettando il divieto del *ne bis in idem* è precipuo compito del legislatore e del giudice⁴.

Il principio del *ne bis in idem* è stato oggetto di articolate pronunce della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia europea che hanno affrontato il tema della legittimità del sistema statale del doppio binario sanzionatorio previsto per lo stesso fatto.

Le sentenze della Corte di Giustizia europea *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson* del 26 febbraio 2013, C-617/10 e quella della Corte EDU del 4 marzo 2014 *Grande Stevens c. Italia* (cui hanno fatto seguito altre pronunce della Corte di Strasburgo di analogo contenuto e tenore), pur con alcune non irrilevanti differenze, richiamandosi ai principi della sentenza *ENGEL*⁵, hanno posto in evidenza come la duplicazione dei procedimenti per lo stesso fatto, inteso nella sua concretezza naturalistica, una volta che il primo di essi si fosse concluso con sentenza irrevocabile, violava il principio del *ne bis in idem*, quale che fosse la qualificazione delle sanzioni applicate o applicande⁶.

Il altri termini, il c.d. doppio binario sanzionatorio, amministrativo e penale, violava, secondo queste pronunce, il suddetto principio, inteso come garanzia fondamentalmente processuale, allorché la sanzione formalmente amministrativa avesse, in realtà, quei connotati di afflittività che caratterizzano la sanzione penale, finendo per assumere quindi essa stessa natura penale.

Tratto comune delle citate pronunce della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia era poi la nozio-

ne di fatto, da intendersi non come l'*idem* legale, ma come l'*idem factum* naturalistico.

A fronte delle affermazioni della giurisprudenza CEDU, la Corte di Cassazione, con le sentenze nn. 37424 e 37425 del 2013 e 20887 del 2015, ha difeso il vigente sistema italiano e ha ritenuto legittimo il cumulo delle sanzioni amministrative e di quelle penali, con particolare riguardo al campo tributario.

Una significativa apertura verso l'interpretazione convenzionale di *idem factum* si è avuta da parte della Corte Costituzionale con la sentenza 200/2016, con la quale è stata dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p., nella parte in cui escludeva che il fatto fosse lo stesso nella ipotesi di concorso formale di reati.

Aderendo all'interpretazione convenzionale del "fatto", la Corte Costituzionale ha chiarito che alla definizione del concetto di "fatto storico" concorrono non solo la condotta dell'imputato ma anche l'evento e il nesso causale. In coerenza con tale principio, la Corte Costituzionale ha affermato che: «sulla base della triade condotta-nesso causale-evento naturalistico, il giudice può affermare che il fatto oggetto del nuovo giudizio è il medesimo solo se riscontra la coincidenza di tutti questi elementi, assunti in una dimensione empirica, sicché non dovrebbe esservi dubbio, ad esempio, sulla diversità dei fatti, qualora da un'unica condotta scaturisca la morte o la lesione dell'integrità fisica di una persona non considerata nel precedente giudizio, e dunque un nuovo evento in senso storico».

Per fatto, secondo la Corte Costituzionale, deve quindi intendersi l'accadimento materiale «affrancato dal giogo dell'inquadramento giuridico, ma pur sempre frutto di un'aggiunta di elementi la cui selezione è condotta secondo criteri normativi», con la precisazione che le implicazioni giuridiche delle fattispecie poste a raffronto non possono comportare il riemergere dell'*idem* legale, giacché esse non possono avere alcun rilievo ai fini della decisione sulla medesimezza del fatto storico⁷.

Nel quadro del dialogo tra le corti, un significativo rilievo ha assunto la sentenza n. 49 del 2015 Corte cost., che, oltre a dare indicazioni sulle caratteristiche del diritto vivente convenzionale, escludendo la sua portata vincolante per il giudice nazionale allorché la pronuncia della Corte di Strasburgo non sia espressio-

⁴ Non appare quindi condivisibile la sentenza 102/2016 della Consulta, ove è affermato che il *ne bis in idem* tutelato dall'art. 4, prot. 7 CEDU è soltanto "processuale e non sostanziale". Nella sentenza *Grande Stevens c. Italia*, invero, la materia è stata affrontata sotto un duplice profilo. La Corte europea ha criticato anche l'eccessivo formalismo con il quale le corti interne hanno fatto applicazione del principio di specialità, che poteva essere usato, secondo la Corte CEDU, in modo tale da evitare il *bis in idem* sostanziale, dando prevalenza all'illecito di pericolo concreto rispetto a quello di pericolo astratto. Cfr. A. FABERI *Ne bis in idem: il dialogo interrotto*, in *Archivio Penale*, 2016, n. 2.

⁵ Causa 8 giugno 1976 *Engel* ed altri contro Paesi Bassi.

⁶ Specificamente, la sentenza *Grande Stevens* ha interpretato l'art. 4 del protocollo 7 nel senso del divieto dell'inizio di un secondo procedimento nel caso in cui fosse già stata pronunciata una sentenza definitiva, non escludendo, quindi, la contemporanea apertura e prosecuzione di procedimenti paralleli per lo stesso fatto ma richiedendo l'interruzione di uno dei due nel momento in cui l'altro si fosse concluso in via definitiva.

⁷ Ma vi è di più: anticipando quanto si dirà più innanzi in tema di criteri per dirimere in casi di concorso apparente di norme, la Corte Costituzionale nella citata pronuncia ha alluso a un criterio diverso da quello di specialità nell'inciso «..Qualora il giudice abbia escluso che tra le norme viga un rapporto di specialità (artt. 15 e 84 cod. pen.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, è incontestato che si debbano attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, per quanto il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico», facendo quindi riferimento al criterio dell'assorbimento.

ne di un orientamento consolidato, ha fissato alcuni paradigmi di compatibilità nel rapporto illecito penale - illecito amministrativo, assai utili per ragionare intorno alla loro interazione in materie regolate da discipline che adottano un sistema di “doppio binario”, nel quale frequentemente possono verificarsi momenti di frizione rispetto alla tenuta complessiva dell’opzione di *ne bis in idem*. La Corte ha affermato, infatti, che, in relazione al diritto interno, l’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale, oltre che essere attinente alla sfera del più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti migliori per perseguire la effettività dell’imposizione di obblighi o di doveri, corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l’ultima *ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell’ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire.

Il criterio di specialità quale strumento per regolare il concorso apparente di norme

Il rapporto tra norme penali coesistenti concernenti lo stesso fatto rimanda alla tematica del concorso di reati che può in vario modo atteggiarsi, ma che resta escluso laddove uno dei reati è assunto quale elemento dell’altro (reato complesso ex art. 84 c.p.) ovvero allorché uno dei due reati “prevalga” sull’altro perché speciale (art. 15 c.p.) ovvero perché prevalente per definizione legislativa (c.d. clausola di riserva).

Non vi è dunque concorso di reati allorché sia ravvisabile un concorso meramente apparente di norme che ricorre allorché «l’insieme delle azioni od omissioni poste in essere dall’agente sia astrattamente sussumibile sotto diverse norme penali, ma, in concreto, una sola di esse è effettivamente applicabile».

Sul piano del diritto interno, lo strumento riconosciuto dalla giurisprudenza come l’unico idoneo a garantire l’osservanza del divieto del *ne bis in idem* è il criterio di specialità consacrato nell’art. 15 c.p., come ribadito da ultimo dalle Sezioni unite anche con sentenza del 28 aprile 2017 n. 20664, Stalla, (pronunciata sul rapporto tra malversazione ai danni dello Stato e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), ritenendosi gli altri criteri, di natura più che altro dottrina, privi di base giuridica se non addirittura in contrasto con il principio di legalità.

Orbene, proprio perché il criterio di specialità è lo strumento riconosciuto per risolvere i casi di concorso di norme concernenti lo stesso fatto, se ne deduce che quanto è più ampio è il ventaglio di applicazione di tale criterio, tanto minori saranno i casi di concorso di norme concernenti lo stesso fatto: ed è altrettanto pacifico che l’applicazione del concorso apparente di norme deve essere fatta in conformità alle direttrici della giurisprudenza CEDU, come del resto evidenziato dagli ultimi arresti della Suprema Corte (cfr. sez.un. 41588/17 La Marca), secondo i quali la soluzione dei

casi di concorso apparente deve essere fatta alla luce della giurisprudenza CEDU in materia di divieto di *ne bis in idem*, con particolare riferimento alla nozione di fatto da intendersi in senso naturalistico, comprensivo di condotta ed evento, e non in senso giuridico.⁸

Il principio di specialità, peraltro, viene declinato comunque in base al confronto tra fattispecie tipiche in astratto considerate e non tra fattispecie concrete (sul punto specificamente si esprime, ai par. 1.2 e 1.3, nonché al par. 2 con espresso riferimento all’art. 9 della l. n. 689 del 1981, sez. un., n. 1963 del 2011, P.G. in proc. De Lorenzo, Rv. 248722), in ossequio al testo della norma che fa riferimento al “fatto tipico” ed agli orientamenti della Corte Costituzionale (cfr. la sentenza n. 97 del 1987 della Corte Costituzionale)⁹.

Il criterio di specialità deve dunque intendersi e applicarsi in senso logico-formale.

Il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola sulla individuazione della disposizione prevalente posta dall’art. 15 c.p., risulta integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra fattispecie, alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato. (SU La Marca), con la precisazione che il riferimento all’interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell’applicazione del principio di specialità (sez. un., n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, cit.; sez. un., n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, cit.)¹⁰.

⁸ Sez. un. n. 34655 del 28/6/2005, Donati, Rv. 231799 e 231800 hanno ritenuto che il sistema processuale debba essere ricostruito valorizzando il canone interpretativo di massima espansione degli strumenti utili ad evitare la duplicazione del processo (penale), in una prospettiva interpretativa analoga, come si ricorderà, a quella portata avanti dalla lettura delle pronunce della Corte costituzionale sul tema. Si individuano quali “punti di emersione” del principio generale di *ne bis in idem* presente nell’ordinamento penale, quello macroscopicamente rappresentato dall’art. 649 c.p.p., ma anche le disposizioni di cui all’art. 238-bis, 529 e 651 ss c.p.p.

⁹ Cfr. G. MULÀ, *Le Sezioni unite precisano l’incidenza della giurisprudenza della Corte EDU sui criteri in materia di concorso di norme*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 6, secondo cui, In favore della specialità in concreto sembra propendere l’art. 9 della l. 689/1981, che fissa in relazione al concorso tra illecito penale e illecito amministrativo il medesimo principio sancito dall’art. 15 c.p. L’art. 9 della l. Gozzini utilizza infatti la locuzione “stesso fatto” in luogo di “stessa materia”, espressione invece di per sé neutra, lasciando così intuire all’interprete che, nella soluzione dei casi di concorso di norme, sia necessario condurre un’indagine tenendo presente la modalità di manifestazione del reato.

¹⁰ In applicazione dei richiamati principi, la Corte regolatrice, nella sua massima espressione, ha rilevato che l’identità di materia si ha sempre nel caso di specialità unilaterale per specificazione, perché l’ipotesi speciale è ricompresa in quella generale; e, parimenti, nel caso di specialità reciproca per specificazione, come nel rapporto tra gli artt. 581 (percosse) e 572 (maltrattamenti in famiglia) c.p., ovvero di specialità unilaterale per aggiunta, per

Da questa premessa, ne discende che esula dal principio di specialità, quale strumento risolutore del concorso di norme concernenti lo stesso fatto, qualsiasi valutazione del disvalore concreto del fatto ascrivito.

Criterio di specialità e garanzia del divieto del *ne bis in idem* sostanziale

Il riferimento alle fattispecie astratte quale parametro per verificare il rapporto di specialità tra norme concorrenti contraddice il proposito, pure espressamente annunciato nelle ultime citate pronunce delle Sezioni unite, di interpretare il criterio di specialità in senso convenzionalmente conforme.

Il richiamo alla norma CEDU si intende, nelle stesse sentenze, limitato alla accezione del fatto, come evento naturalistico, ma prescinde da ogni riferimento al disvalore della condotta¹¹.

Appare invece evidente che il riferimento al fatto concreto non può non implicare la valutazione della offensività concreta del fatto stesso: parlare di fattispecie astratte e di concreta offensività della condotta è un ossimoro.

La divergenza tra le conclusioni delle Sezioni unite e l'interpretazione convenzionale appare ancora più stridente alla luce del *revirement* operato dalla Corte di Strasburgo con la sentenza A e b contro Norvegia (Corte EDU, Grande Camera, 15/11/2016, A e B contro Norvegia)

Con tale pronuncia la Corte di Strasburgo, rivedendo le conclusioni della sentenza Grande Stevens, ha riconosciuto il diritto degli Stati di prevedere un doppio binario sanzionatorio a determinate condizioni.

La Corte ha affermato che in linea di principio l'art. 4 prot. 7 CEDU non esclude che lo Stato possa legittimamente apprestare un sistema di risposte a condotte socialmente offensive che si articolano – nel quadro di un approccio unitario e coerente – attraverso procedimenti distinti, purché le risposte sanzionatorie così accumulate non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato.

Compito della Corte è, allora, verificare se la strategia adottata da ogni singolo Stato comporti nella sostanza, o quanto agli effetti pratici, una violazione del divieto di *ne bis in idem* ovvero appaia, al contrario il «prodotto di un sistema integrato che permette di affrontare i diversi aspetti dell'illecito in maniera pre-

es. tra le fattispecie di cui agli artt. 605 (sequestro di persona) e 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) c.p. L'identità di materia è, invece, da escludere nella specialità reciproca bilaterale per aggiunta, ove ciascuna delle fattispecie presenta, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo, come nel rapporto tra violenza sessuale e incesto: violenza e minaccia nel primo caso, rapporto di parentela o affinità nel secondo (sez.un., n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722).

¹¹ Vedi S. FINOCCHIARO, *Il buio oltre la specialità. le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, Nota a Cass., SSUU, sent. 23 febbraio 2017, in *Diritto penale Contemporaneo* 5/17.

vedibile e proporzionata, nel quadro di una strategia unitaria».¹²

La nuova linea tracciata dalla Corte di Strasburgo è stata successivamente seguita dalla Corte di Giustizia in tre successive pronunce (cfr. in particolare, la causa Menci (C-524/15)¹³.

Il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico – afferma la Corte di giustizia – non costituisce *tout court* una violazione del *ne bis in idem* europeo; esso può costituire, infatti, una semplice limitazione di tale diritto, purché rispetti i requisiti dettati, in materia, dall'art. 52 § 1 CDFUE, a mente del quale «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».¹⁴

Con particolare riferimento alla proporzione della sanzione cumulativamente irrogata, la Corte ha sostenuto che, da tale punto di vista, il complessivo trattamento sanzionatorio appare senza dubbio rispettoso dei canoni del minimo sacrificio necessario. La normativa nazionale, quindi – concludono i giudici –, predisporre una serie di regole idonee a garantire che le sanzioni imposte siano strettamente limitate a quanto necessario rispetto alla gravità del fatto commesso¹⁵.

Sono quindi chiari i riferimenti ai principi di offensività e proporzionalità quali parametri per valutare la coerenza del sistema sanzionatorio statale con il principio del *ne bis in idem*.

Insufficienza del criterio di specialità e criteri alternativi

La palese distonia tra le posizioni della giurisprudenza delle sez.un. e il portato della giurisprudenza

¹² Cfr. F. VIGANÒ, *La grande camera della corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 2016

¹³ Tale causa portò all'attenzione della Corte di Giustizia il tema del doppio binario sanzionatorio in materia di reati tributari; la vicenda ebbe ad oggetto, più precisamente, un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 10-bis, d.lgs. 74/2000, a carico di un imputato cui era stata già inflitta, in via definitiva, una sanzione pecuniaria qualificata come amministrativa (ma, in tesi, sostanzialmente penale), all'esito del procedimento tributario, ex art. 13 d.lgs. 471/1997, relativa al medesimo importo IVA non pagato.

¹⁴ L'art. 52/2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) prevede che, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

¹⁵ A. GALLUCCIO, *La grande sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2018.

CEDU espressi dalla sentenza A e b contro Norvegia, cui pure è stato riconosciuto lo status di giurisprudenza consolidata, rafforza la posizione di quanti hanno avvertito la necessità di una revisione dei criteri per risolvere il conflitto apparente di norme: è evidente che un criterio che prescindendo da qualsiasi riferimento al disvalore concreto del fatto non è in linea con il canone di proporzionalità enunciato dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia.

Invero, a ben leggere la sentenza delle sez.un. La Marca, come anticipato sopra, si coglie un accenno a un criterio diverso da quello di specialità per risolvere i casi di concorso apparente di norme, laddove si dice, con riferimento alla sentenza della Corte Cost. 200/2016, «Nella sentenza richiamata si osserva che soltanto qualora il giudice abbia escluso che tra le norme incriminatrici viga un rapporto di specialità (ex artt. 15 e 84 c.p.), ovvero che esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro, è dato attribuire all'imputato tutti gli illeciti che sono stati consumati attraverso un'unica condotta commissiva o omissiva, se pure il fatto sia il medesimo sul piano storico-naturalistico», facendo quindi riferimento al criterio dell'assorbimento.

Spunti di riflessione offre pure la pronuncia della Sesta sezione penale della Cassazione che ha ancora una volta escluso il concorso formale tra i delitti di abuso d'ufficio e di falso (ideologico o materiale) in atto pubblico, con riferimento a tutti quei casi in cui la contestata condotta di abuso si sia interamente esaurita nella commissione di un fatto qualificabile come falso in atto pubblico (Cass., Sez. VI, sent. 28 febbraio 2017 (dep. 21 marzo 2017), n. 13849¹⁶).

Recenti pronunce della Cassazione, nel risolvere dei casi di *market abuse*, hanno fatto richiamo ai criteri della Corte di Strasburgo con la sentenza A e B contro Norvegia.¹⁷

In particolare, la sentenza "Franconi", dopo essersi soffermata sui criteri espressi dalla Corte Edu per orientare i Giudici nazionali, valorizza la centralità del criterio della proporzionalità.

La sentenza Charion Casoni muove dalla pronuncia della Corte Costituzionale in materia di *market abuse* (sentenza n.102 del 2016), con la quale era stato sollecitato, invano, l'intervento del Legislatore per porre rimedio alle frizioni che l'attuale assetto normativo genera tra l'ordinamento nazionale e la CEDU,

¹⁶ Cfr. S. Bernardi, *La suprema corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio*, Nota a Cass., Sez. VI, sent. 28 febbraio 2017 (dep. 21 marzo 2017), n. 13849, in *Diritto penale contemporaneo*, 6/17.

¹⁷ Gli imputati, dopo essere stati definitivamente sanzionati per la commissione degli illeciti amministrativi, segnatamente, quello previsto dall'art. 187-bis TUF (caso Charion Casoni) e quello previsto dall'art. 187-ter TUF (caso Franconi), sono stati condannati dal Tribunale e dalla Corte d'Appello di Milano per i corrispondenti delitti di cui agli artt. 184 e 185 TUF.

ed evidenzia il fil rouge che lega le decisioni delle Corti europee favorevoli al doppio binario, purché sia rispettato il canone della proporzionalità del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato¹⁸.

Ma è soprattutto in dottrina che è diffusa l'opinione secondo cui il criterio della specialità in astratto non sarebbe sufficiente ad assicurare che un soggetto non venga ingiustamente punito due volte¹⁹.

Si è giunti così all'elaborazione di criteri alternativi a quello della specialità, quali il principio dell'assorbimento o del *ne bis in idem* sostanziale.

A mente di tale principio, quando un soggetto commette più fatti di reato, tutti autonomamente punibili in base a diverse norme incriminatrici che risultano, secondo *l'id quod plerumque accidit*, come dei normali *ante facta* o *post facta* rispetto a uno dei fatti commessi, si verserebbe in un'ipotesi di concorso apparente di norme; una soltanto sarebbe dunque la norma applicabile a quei fatti, ossia quella che prevede una sanzione più grave. Il criterio del *ne bis in idem* sostanziale si fonda sull'assunto per cui il legislatore avrebbe stabilito la cornice edittale per il reato più grave tenendo conto che, da un punto di vista empirico, la realizzazione della condotta incriminata si accom-

¹⁸ Si legge, in particolare, nella sentenza in esame: (...) nella verifica della compatibilità con il principio del *ne bis in idem* del trattamento sanzionatorio complessivamente irrogato all'autore dell'abuso di mercato, il giudice comune deve valutare la proporzionalità del cumulo sanzionatorio rispetto al disvalore del fatto, da apprezzarsi con riferimento agli aspetti propri di entrambi gli illeciti (quello penale e quello "formalmente" amministrativo) e, in particolare, agli interessi generali sottesi alla disciplina degli abusi di mercato (anche sotto il profilo dell'incidenza del fatto sull'integrità dei mercati finanziari e sulla fiducia del pubblico negli strumenti finanziari), tenendo conto, con riguardo alla pena della multa, del meccanismo "compensativo" di cui all'art. 187-terdecies TUF; qualora detta valutazione dovesse condurre a ritenere il complessivo trattamento sanzionatorio lesivo della garanzia del *ne bis in idem*, nei termini sopra diffusamente richiamati, il giudice nazionale dovrà dare applicazione diretta al principio garantito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, disapplicando, se necessario e, naturalmente, solo *in mitius*, le norme che definiscono il trattamento sanzionatorio.

¹⁹ Cfr. FIORE, *Diritto Penale, Parte generale*, pagg. 575 e ss, sulla inapplicabilità del criterio di specialità ai casi di specialità reciproca. Critiche tutte accomunate dalla convinzione dell'insufficienza del criterio logico formale della specialità, cui si affiancano criteri di matrice valoriale, individuati a seconda delle esigenze nell'assorbimento, consunzione, sussidiarietà e (alcuni) *ne bis in idem* sostanziale vengono espresse da molteplici autori. Sul tema, da svariati punti di vista, cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, 415 ss.; G. VASSALLI, voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 517; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, 1959, 73 ss.; R. A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, 1971, 467 ss. A. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 545 ss., P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982, 381, M. PAPA., *Le qualificazioni giuridiche multiple*, cit., 145 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 715 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2016, 617 ss.

pagna di regola alla commissione di fatti che ricadono sotto altre fattispecie incriminatrici.

Di conseguenza, la sanzione prevista per il reato più grave ingloberebbe in sé anche il disvalore penale degli altri reati. Ne deriva che punire il soggetto tanto per la violazione più grave, quanto per gli altri fatti di reato comporterebbe un'ingiustificata moltiplicazione delle sanzioni, contro lo stesso volere del legislatore²⁰.

Un altro principio elaborato dalla dottrina è quello di sussidiarietà, secondo il quale vi sarebbe concorso apparente di norme quando vengono posti in essere più fatti di reato che realizzano una progressione criminosa rispetto a un dato bene giuridico, in termini di gravità di danno inferito al medesimo. La sanzione prevista dal legislatore per il fatto di reato che realizza la massima lesione al bene tutelato, per l'impostazione in esame, conterrebbe in sé il disvalore espresso dagli altri fatti di reato. Da qui la necessità di punire l'agente soltanto per il reato che esprime l'offesa massima al bene giuridico protetto²¹.

Il principio di sussidiarietà trova in effetti applicazione, in deroga al criterio di specialità, ogni qualvolta è lo stesso legislatore a esplicitare che una determinata norma cede a favore di un'altra, con l'espressione "salvo che il fatto non sia previsto dal un reato più grave": è il caso del reato di abuso in atti di ufficio.

Secondo parte della dottrina «la presenza in un rile-

²⁰ Il criterio dell'assorbimento, infatti, secondo la dottrina (C. COLUCCI, *Le sezioni unite tornano sul principio di specialità: al vaglio la questione del rapporto tra truffa aggravata e malversazione*, nota a Cass., sez.un., sent. 23 febbraio 2017, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/17) permette di allargare la portata applicativa della disciplina del concorso apparente anche ai casi in cui si sia in presenza di "continenza assiologica" e cioè qualora una fattispecie sia in grado di assorbire interamente "l'antigiuridicità", il disvalore, dell'altra. I principi alternativi a quello di specialità, infatti, si fondano su criteri assiologici che non si radicano nella struttura formale della fattispecie ma piuttosto nella sua considerazione in chiave "finalistica".

Ed infatti, quale logica conseguenza di un simile ragionare, la declinazione del *ne bis in idem* nelle teorie sostanzialistiche non è quella di vietare la doppia valutazione di un medesimo fatto, quanto piuttosto di evitare di sottoporre due volte al fuoco della sanzione penale il medesimo "contenuto d'illecito". Si ravviserebbe così la violazione di tale criterio ogniqualvolta si applichi più di una norma laddove, invece, l'intero contenuto di disvalore possa esaurirsi in un'unica fattispecie.

Vedi anche S. FINOCCHIARO *Il buio oltre la specialità. Le sezioni unite sul concorso tra truffa aggravata e malversazione*, in *Diritto penale Contemporaneo*, 5/17.

²¹ Vedi anche sez.un. 28 marzo 2013, 37425, Pres. Lupo, Rel. Cortese, ric. Favellato, sul rapporto fra l'illecito amministrativo (art. 13, co. 1, d.lgs. 471/97) e gli illeciti penali (artt. 10-bis e 10-ter d.lgs. 74/00), in cui le sez.un. giungono alla conclusione che i fatti oggetto di sanzione sono diversi, in quanto divergono in alcune componenti essenziali e proprio tale diversità del fatto illecito induce le Sezioni unite a interpretare il rapporto fra illecito amministrativo e illeciti penali in termini di progressione criminosa e, dunque, a escludere che la concorrente applicazione di entrambi gli illeciti si ponga in contrasto col principio del *ne bis in idem* in materia penale.

vantissimo numero di norme incriminatrici di clausole che riconoscono e affermano espressamente rapporti di rango tra fattispecie, tali per cui la norma di rango minore, quale norma sussidiaria, cede il passo alla norma ritenuta principale, sia in realtà espressione di un più ampio criterio di sistema del nostro ordinamento, dal quale è possibile dedurre l'esistenza di un principio di portata generale in grado di operare non solo nei casi di sussidiarietà espressa, ma anche laddove tale sussidiarietà sia rimasta tacita. Il che avverrà, nello specifico, ogniqualvolta due norme incriminatrici, cui sia riconducibile il medesimo fatto concreto, individuino due figure di reato di diversa gravità, delle quali una – la norma principale – tuteli, accanto al bene giuridico protetto dall'altra, anche uno o più beni giuridici ulteriori, oppure reprima un'offesa più grave al medesimo bene giuridico»²².

Conclusioni

In conclusione possiamo affermare che la giurisprudenza della Corte Cedu, ispirata a una concezione sostanzialista della materia penale, dopo la sentenza A e B contro Norvegia, individua nel concetto di proporzionalità della sanzione, complessivamente considerata, uno dei criteri di cui il giudice deve tener conto per ammettere la duplicità di sanzioni per lo stesso fatto.

Tale criterio presenta certamente maggiori incertezze definitorie rispetto alle conclusioni della sentenza Grande Stevens e, in definitiva, affida al giudice nazionale il compito di stabilire caso per caso se il cumulo delle sanzioni sia proporzionato o meno, ergendolo a "giudice ultimo" del caso²³.

E tuttavia a tale giurisprudenza CEDU, seguita dalla citata giurisprudenza della Corte di Giustizia, è stato riconosciuto il rango di giurisprudenza consolidata ed essa rappresenta oggi la stella polare che deve guidare il legislatore nazionale e il giudice interno per una accezione del divieto del *ne bis in idem* convenzionalmente conforme.

In tale prospettiva, criteri di soluzione del concorso di norme concernenti lo stesso fatto fondati sulla comparazione astratta tra le fattispecie o comunque disancorati da ogni riferimento all'effettivo disvalore del fatto stesso appaiono non in linea con la stessa prospettiva europea.

²² Cfr. S. BERNARDI, *La suprema corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio*, Nota a Cass., Sez. VI, sent. 28 febbraio 2017 (dep. 21 marzo 2017), n. 13849, in *Diritto penale contemporaneo*, 6/17.

²³ Cfr. F. MUCCIARELLI, *Illecito penale, illecito amministrativo e ne bis in idem: la corte di cassazione e i criteri di stretta connessione e di proporzionalità*, nota a Cass., Sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, in *Diritto penale contemporaneo*, 3/2018, secondo cui la Grande Camera finisce con l'affidare «al giudice nazionale il compito di stabilire se ci si trovi, o meno, in presenza di un *bis in idem*, valutando se i procedimenti in questione presentino, avendo riguardo alle peculiarità dei casi di specie, l'ulteriore requisito di un nesso materiale e temporale sufficientemente stretto, "sufficiently close connection in substance and time"».

Secondo la già citata Cass., Sez. V, sent. 16 luglio 2018 (dep. 10 ottobre 2018), n. 45829, a seguito del revirement della Corte di Strasburgo, risulta variata la natura del *ne bis in idem* convenzionale, da principio eminentemente processuale del divieto del doppio processo, ancor prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale, a garanzia di tipo sostanziale. Infatti, purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia complessivamente proporzionata alla gravità del fatto e prevedibile, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio ed alle Autorità preposte di percorrerlo fino alla decisione».

La valorizzazione della natura sostanziale (a corrispondente discapito di quella processuale) implica che il criterio della proporzione acquista preminenza nel catalogo di quelli individuati dalla decisione della Grande Camera, «in armonia con i principi generali del sistema penale in punto di trattamento sanzionatorio», posto che (...) «se esiste un meccanismo compensatorio per assicurare che l'importo globale di tutte le pene sia proporzionato» è possibile «non far gravare sull'interessato un onere eccessivo»: per rendere «questo rischio (...) meno suscettibile di presentarsi (...) occorre stabilire se la sanzione imposta all'esito del procedimento conclusosi per primo sia stata tenuta presente nel procedimento conclusosi per ultimo».²⁴

²⁴ Cfr. F. MUCCIARELLI, *cit.*

Caterina Migliaccio

Avvocato. Specializzata in professioni legali. Culture della materia di Diritto Processuale Penale

L'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo. Legge 12 aprile 2019, n. 33, in vigore dal 20 aprile 2019

abstract

The betrayal of the fundamental idea of the adversarial system due to some legislative political decisions, that caused a return to the origins: the inapplicability of the summary trial to crimes punished with imprisonment for life.

keywords

Betrayal – Legislative political decisions – Inapplicability – Summary trial – Crimes punished with imprisonment for life.

abstract

Un ritorno alle origini per scelte di politica legislativa ma con il tradimento dell'idea di fondo del codice accusatorio: l'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo.

parole chiave

Tradimento – Scelte di politica legislativa – Inapplicabilità – Giudizio abbreviato – Reati puniti con l'ergastolo.

sommario

Premessa di metodo. – **1.** Gli impatti della l. n. 33 del 2019 sul giudizio abbreviato. – **2.** I profili problematici di legittimità costituzionale. – **3.** L'abbreviato cd. parziale per le imputazioni cumulative. – **4.** Riflessioni conclusive.

Premessa di metodo

Con l'entrata in vigore della Legge n. 33 del 2019¹, che ha interpolato il giudizio abbreviato prevedendone l'inapplicabilità ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo, si è assistito a scelte di politica legislativa, espressione di quel "populismo" e di quel "giustizionalismo" tipico del *trand* di riforme dell'attuale Legislatura, che

¹ La Legge n. 33 del 12 aprile 2019 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale, n. 93, il 19 aprile 2019 ed è entrata in vigore dal giorno successivo alla pubblicazione, ossia a far data dal 20 aprile 2019. Si precisa, sul punto, che la Camera dei deputati ed il Senato hanno approvato la proposta di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C avente appunto ad oggetto: "Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo".

stanno mettendo a dura prova, se non addirittura in fibrillazione, il nostro sistema penale.

È inutile dire che si tratta di una «tipica storia italiana»², ove gli interventi del Parlamento sono funzionali a quell'esigenza di «certezza della pena», seppure con un utilizzo tipicamente politico e lontano dal pensiero penalistico *tout court*³, che si pongono in contrasto con la cultura europea nonché con i principi di matrice costituzionale del nostro ordinamento.

Ecco allora che tale novella non tiene conto degli ultimi arresti della giurisprudenza costituzionale⁴ – peraltro in netta controtendenza rispetto ai propri precedenti moniti – che, per tematiche differenti ma pur sempre connesse al tema dell'ergastolo, sottolineano che l'espiazione della pena detentiva, in particolare della pena perpetua, devono essere caratterizzata dal finalismo di cui all'art. 27 Cost.

Ebbene, sul punto, la Consulta offre una lettura diversa della funzione rieducativa della pena, che di

² Il virgolettato, ancora attuale, è di GAITO – SANTORIELLO, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2012, 10, p. 1201: gli Autori, in tempi sicuramente precedenti alla novella e successivamente alle diverse pronunce di legittimità e costituzionali, analizzavano il difficile rapporto tra il giudizio abbreviato ed i delitti puniti con l'ergastolo, denunciando una mancanza di cultura europea nonché una forte responsabilità politica di adeguare il nostro sistema processual-penalistico ai dettami della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

³ Interessante, sul punto, la disamina offerta da DOLCINI, *La pena detentiva perpetua. Nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 dicembre 2018, p. 37: «Ribadisco invece che la formula 'certezza della pena' è stata snaturata nel linguaggio della politica. Nell'elaborazione penalistica, da Beccaria alla dottrina contemporanea, certezza della pena esprime l'esigenza che l'autore del reato sia scoperto e punito: (...) Niente a che vedere, però, con la certezza della pena invocata dai politici dei giorni nostri per asseverare l'esigenza di pene immutabili *in itinere*. Certezza della pena in questo senso significa disconoscere ogni modificazione nel tempo della personalità del condannato, significa la messa al bando di ogni incentivo volto a favorire la partecipazione del condannato a percorsi di rieducazione».

⁴ Il richiamo è chiaramente a: Corte cost., sent. 21 giugno 2018, n. 149, DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza di tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 luglio 2018, 7-8, passim. Sul punto, la Consulta

qui a breve si analizzerà, tendendo addirittura ad una anticipazione della fase rieducativa già nel momento di celebrazione del processo, e dunque non posticipata alla fase di esecuzione della pena, al fine di favorire il progressivo inserimento del condannato nel circuito civile.

Tutto ciò è sempre in piena coerenza con gli approdi interpretativi cui è recentemente pervenuta la Corte di Strasburgo, la quale ha riconosciuto – pur in assenza nella Convenzione di un una disposizione dal tenore comparabile all'art. 27, comma 3, Cost. – la necessaria inerente alla dignità della persona, alla cui tutela l'intero sistema dei diritti convenzionali è sotteso. Proprio nell'ottica della finalità rieducativa del condannato e della possibilità di intraprendere un percorso rieducativo che vada ad attenuare il rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, si deve favorire così il progressivo reinserimento del condannato nella società civile.

Diviene allora lecito domandarsi quale rilevanza abbia tale affermazione alla luce della recente riforma dell'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena perpetua.

A parere di chi scrive si ritiene che limitare l'accesso ad un rito speciale, qual è appunto il giudizio abbreviato, per assecondare i «bisogni della società»⁵ sia in contrasto con l'idea di fondo del modello accusatorio, fondato su esigenze di deflazione e di efficienza.

Ed ecco che, nell'ottica della *ratio* della novella in commento, prende il sopravvento la 'certezza della pena' intesa quale 'sicurezza della collettività', a discapito della necessità di recuperare quegli effetti deflattivi in termini processuali e carcerari⁶.

Tale assunto non può essere condiviso in uno Stato di diritto e soprattutto fondato su principi democratici⁷.

⁵ Il virgolettato è di MAFFEO, *Il giudizio abbreviato*, a cura di Riccio, ESI, 2004, p. 33 ss.

⁶ Sul punto, è necessario richiamare il punto 12 (Giustizia rapida e efficiente) del "Contratto per un Governo del cambiamento" da cui è nato il Governo Conte che afferma: «Per garantire il principio della certezza della pena è essenziale riformare i provvedimenti emanati nel corso della legislatura precedente tesi unicamente a conseguire effetti deflattivi in termini processuali e carcerari, a totale discapito della sicurezza della collettività. Per far sì che chi sbaglia torni a pagare è necessario riformare e riordinare il sistema», citato da DOLCINI, *La pena detentiva perpetua. Nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 dicembre 2018, p. 36. Conferente è altresì il richiamo a MAGI, *Specialità dei riti: accordo delle parti e poteri del giudice, Relazione tenuta all'incontro di studi sul tema «Linee di tendenza del processo penale alla luce d'oltre un decennio di sperimentazione»*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Frascati, 27-31 marzo 2000.

⁷ Interessante in tal senso è la ricostruzione offerta da MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *www.questionegiustizia.it*, 26 marzo 2019: «L'impressione, dunque, è che debba aprirsi una stagione analoga a quella inaugurata dal convegno di Gardone, ormai cinquant'anni or sono (1965), ma contrassegnata da una diversa

La possibilità di scegliere un rito "a forma contrattata", senza la celebrazione del dibattimento e pertanto in deroga al principio del contraddittorio, grazie al consenso prestato dall'imputato, pone già quel 'diritto alla speranza' riconosciuto all'imputato – condannato – come di recente statuito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸ – di promuovere evoluzioni psico-comportamentali per il reinserimento nel circuito civile. Tale 'diritto alla speranza' è addirittura maggiore per gli imputati ai quali è contestato un delitto punito con la pena dell'ergastolo.

Ed infatti, la possibilità di accedere al rito abbreviato per i reati puniti con la pena perpetua era di sicuro uno di quei correttivi – tanto auspicati dalla giurisprudenza costituzionale di fine anni '90 – che finivano per incidere proprio sulla natura stessa della pena dell'ergastolo, che non è quella concepita alle sue origini dal codice penale del 1930⁹.

Ragionare in questi termini, però, fa nascere dubbi sulla tenuta costituzionale della legge appena entrata in vigore ma per una corretta analisi della problematica, è necessario analizzare in primo luogo le modifiche apportate dalla l. n. 33 del 2019.

1. Gli impatti della l. n. 33 del 2019 sul rito abbreviato

Nel quadro di ridisegno del giudizio abbreviato¹⁰

direzione in tal senso: una stagione dove diverrà urgente (non promuovere, bensì) difendere la Costituzione – da parte dell'intera comunità di giuristi – da una aggressione ai suoi contenuti minimi, e di preservare l'eredità giacente del diritto penale costituzionalmente orientato dagli sfregi inferti da questo nuovo *trand* di *overdose* punitiva (selettivamente) illimitata, proteggendo il prezioso sedime frutto dell'impegno comune di magistratura e dottrina, e del dialogo tra Corte costituzionale, giudici comuni e avvocati.

⁸ Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiostaitis and Others v. Lithuania*, § 180; Corte EDU, 18 marzo 2014, *Oclan c. Turchia*, § 205; nonché il ricorso n. 77633/2016 presentato alla Grande Camera, *Viola c. Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 marzo 2018, con nota di FIORENTIN, *L'ergastolo "ostativo" anche davanti al Giudice di Strasburgo*, 2018, 3.

⁹ Così, Corte cost., 28 aprile 1994, n. 168, in *C.E.D. Cass.* n. 20540.

¹⁰ Gli interventi normativi che hanno riguardato il giudizio abbreviato nell'ultimo trentennio devono necessariamente essere riassunti per avere contezza dell'istituto nel suo complesso, naturalmente si tratta di una mera sintesi, senza pretesa di esaustività, finalizzata a non distogliere l'attenzione dal tema centrale della riforma del 2019.

a) Con l'entrata in vigore del codice del 1988, il legislatore prevedeva nel testo originario dell'art. 442, comma 2, c.p.p. che la celebrazione del rito abbreviato comportasse, nel caso di condanna all'ergastolo, la diminuzione della pena in astratto in trent'anni di reclusione. Tale disposizione fu dichiarata incostituzionale, per eccesso di delega, dalla Corte costituzionale con sentenza n. 176 del 1991;

b) con l'entrata in vigore della l. n. 479 del 1999 (l. cd. Carotti), in seguito all'intervento ablativo della Consulta, si reintroduce la possibilità di accedere al giudizio abbreviato anche per i reati puniti con la pena dell'ergastolo, interpolando l'art. 449, comma 2, c.p.p.;

posto in opera dalla recente riforma del 2019, sono state dedicate modifiche lineari e di chiara formulazione¹¹ alla parte dei procedimenti speciali, Libro VI del Titolo I del codice di rito (artt. 438, 441-*bis* e 442, comma 2, c.p.p.), nonché alla parte deputata alla fase finale dell'udienza preliminare, Libro V del Titolo IX (art. 429 c.p.p.).

La centralità della riforma si esplica sul piano del perseguimento delle finalità di difesa sociale nonché di certezza della pena, operando un accesso limitato al giudizio abbreviato sulla base di un titolo di reato più grave, che in astratto preveda la punibilità con l'ergastolo.

Una siffatta differenziazione di accesso al rito si fonda dunque apoditticamente sul titolo di reato, senza avere riguardo né all'entità della pena che si andrà ad infliggere, né alla personalità del reo, e caratterizza-

c) tale novità legislativa però non era applicabile ai procedimenti in corso nel cui ambito fosse già scaduto il termine di presentazione della richiesta ma solo per i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore o a quei procedimenti per i quali il termine di accesso al rito abbreviato non fosse ancora spirato; per risolvere la problematica della successione di leggi nel tempo, il legislatore introdusse con la l. n. 144 del 2000 che le disposizioni novellate dalla riforma del 1999 si applicassero anche nei processi nei quali non fosse ancora iniziata l'istruzione dibattimentale alla data di entrata in vigore della legge di conversione (ossia l'8 giugno 2000) e che per quei reati puniti con la pena dell'ergastolo, pur essendo già spirato il termine per la presentazione della richiesta del rito abbreviato, l'imputato fosse rimesso in termini per richiedere l'abbreviato ed essere giudicato allo stato degli atti;

d) tale interpolazione, però, non aveva indicato il trattamento sanzionatorio da applicare nei casi in cui, nel medesimo giudizio abbreviato, ci fosse più imputazioni cumulative, di cui almeno uno punibile con la pena dell'ergastolo ed in relazione ai quali la pena, senza la riduzione del rito, doveva essere dell'ergastolo con isolamento diurno.

e) con la l. 4 del 2001 si offrì una interpretazione autentica dell'art. 442, comma 2, ultimo periodo, c.p.p.: la locuzione 'pena dell'ergastolo' doveva intendersi all'ergastolo senza isolamento diurno; si aggiungeva, altresì, un ulteriore periodo in tale disposizione che prevedeva, per il concorso di reati e per il reato continuato (imputazioni cumulative), che la pena dell'ergastolo con l'isolamento diurno è sostituita con quella dell'ergastolo;

f) si era infine previsto per i procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della predetta legge del 2001, la possibilità dell'imputato di revocare la richiesta di abbreviato in precedenza da lui formulata, in considerazione del trattamento sanzionatorio più sfavorevole.

¹¹ In tal senso, le prime letture delle proposte di legge e della legge n. 33 del 2019 ci sono offerte da: DE CARO, *Le ambigue linee di politica penale dell'attuale legislatore: giudizio abbreviato e reati puniti con la pena dell'ergastolo*, in *Dir. Pen e Processo*, 2018, 12, p. 1627; Delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, *Proposta di legge AC 392/C, abbinata alla proposta di legge AC 460/C, avente ad oggetto: "Inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo"*, 6 febbraio 2019; GIUNCHEDI, *De profundis per i procedimenti speciali. Considerazioni a margine alla legge di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo*, in *Archivio pen.*, 10 maggio 2019, 2, p. 5: «L'attuale disciplina si presenta alquanto coerente e garantista, attenta allo sviluppo dell'udienza preliminare, prima, e del giudizio (abbreviato o ordinario), poi».

ta dal rito ordinario che si sostituisce – salvo, come a breve si dirà, nell'ipotesi di riqualificazione giuridica del titolo di reato – al giudizio speciale, per il quale, evidentemente, il legislatore nutre sfiducia¹².

Il fulcro della interpolazione è senza dubbio la previsione all'art. 438 c.p.p. del comma 1-*bis* che pone il divieto di accesso al giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo¹³, così come la contestuale abrogazione del secondo e terzo periodo dell'art. 442, comma 2, c.p.p.¹⁴.

La *ratio* della novella si rinviene, come già anticipato in premessa, proprio in tale modifica che va ad alterare gli equilibri di fondo del rito speciale ma con l'intento di garantire una risposta sanzionatoria severa in presenza di fatti di particolare gravità ed allarme sociale, precludendone così la premialità tipica del rito.

Si è introdotto così un automatismo che comporta il totale sacrificio di interessi propri dell'imputato-condannato, che negano in radice l'accesso al rito abbreviato e che possono essere forieri di problematiche di tenuta costituzionale proprio in ragione degli interessi che si vedono sacrificati¹⁵.

Il legislatore ha, altresì, previsto la possibilità di riproporre il giudizio abbreviato sino al momento di formulazione delle conclusioni all'udienza preliminare, così come disciplinato dall'art. 438, comma 2, c.p.p., in caso di dichiarazione di inammissibilità o di rigetto della richiesta di rito premiale.

Ebbene, tale precisazione intervenuta con la sostituzione *de quo* del comma 6 dell'art. 438 c.p.p. è coerente con le modifiche apportate all'art. 429 c.p.p., con l'inserimento del comma 2-*bis*: si intende dire che, nel momento in cui il legislatore ha ritenuto la possibilità per il giudice dell'udienza preliminare di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa, ossia non sussumibile nei delitti puniti con la pena perpetua, in considerazione e nel rispetto dei poteri e della funzione dell'udienza preliminare, all'imputato sarà consentito reiterare la richiesta di giudizio abbreviato, precedentemente dichiarata inammissibile o rigettata in ragione del titolo di reato contestato più grave e dunque ostativo alla celebrazione del rito abbreviato.

¹² Così, in tema di esecuzione dei condannati per particolari delitti, LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011.

¹³ Tra i delitti puniti con la pena dell'ergastolo si richiamano: gli articoli 242; 247; 258; 261; 265; 268; 276; 280 comma 4; 284, comma 1; 285; 286; 287; 295; 422; 438; 439; 575, aggravato *ex art.* 576 e 577; 605, comma 4; 630, comma 3, c.p.

¹⁴ L'art. 3 della l. n. 33 del 2019 ha abrogato il secondo e terzo periodo del comma 2 dell'art. 442 c.p.p., ovvero: «Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta. Alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita con quella dell'ergastolo».

¹⁵ L'approfondimento sulla tenuta costituzionale della l. n. 33 del 2019 sarà argomento del secondo paragrafo.

A medesima conclusione si giunge all'esito del dibattimento, il legislatore con l'introduzione del comma 6-ter dell'art. 438 c.p.p. consente al giudice del dibattimento, nel caso di riqualificazione giuridica, di ritenere ammissibile la richiesta di abbreviato proposta nei termini, applicando così la riduzione di pena di un terzo prevista dall'art. 442, comma 2, c.p.p., trattamento sanzionatorio chiaramente più favorevole per l'imputato.

Discorso diverso, invece, dovrà farsi in caso di modifica del titolo di reato in senso peggiorativo, ovvero la contestazione che prevedeva originariamente l'accesso al rito abbreviato è modificata in un titolo di reato che astrattamente prevede la pena dell'ergastolo, ne consegue che, secondo il nuovo disposto dell'art. 441-bis, comma 1-bis, c.p.p., il giudice dovrà, anche di ufficio, revocare l'ordinanza ammissiva del giudizio abbreviato e procedere alla celebrazione dell'udienza preliminare.

In riferimento ad una eventuale modifica dell'imputazione *ex art.* 516 c.p.p. da parte del P.M. nel corso dell'istruzione dibattimentale, il legislatore della novella nulla dice in merito e dunque si ritiene che – come già deciso a più riprese dalla Corte costituzionale¹⁶ – vi sia la possibilità dell'imputato di chiedere la definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato nella fase del giudizio ed il giudice deputato alla celebrazione del rito premiale sarà comunque il giudice del dibattimento.

Si è persa in tal senso un'occasione: con la novella in esame si sarebbero potuti indicare quei contenuti relativi alla richiesta "tardiva" di definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato già presenti nel sistema, grazie ai molteplici interventi additivi e non della Corte costituzionale¹⁷.

Da ultimo, la filigrana su cui si staglia la riforma del 2019 può essere individuata nella messa a fuoco offerta dall'interpolazione dell'art. 429 c.p.p., con l'inserimento del comma 2-bis, che prevede che se il giudice dell'udienza preliminare dà al fatto una definizione giuridica diversa, con un titolo di reato per il quale non è più prevista la pena dell'ergastolo, dovrà indicare nel decreto che dispone il giudizio, emesso all'esito dell'udienza preliminare, l'avviso che, nel termine di quindici giorni dalla lettura del provvedimento o dalla sua notificazione, l'imputato potrà chiedere la celebrazione del processo nelle forme del rito abbreviato.

Tale modifica va letta con favore in un'ottica di garanzia e di diritto di difesa dell'imputato, ma chiaramente ciò non sarà esente di censure: in caso di omessa

indicazione nel decreto che dispone il giudizio della facoltà, da parte dell'imputato, di richiedere la celebrazione del rito abbreviato nel termine di quindici giorni, la difesa dell'imputato potrà eccepire la nullità di ordine generale per violazione del diritto di difesa e dunque dell'art. 24, comma 2, Cost., proprio al fine di non vedersi svanire l'opportunità di accedere al giudizio abbreviato ed essere rimesso nei termini.

Ed infatti, si tratta della esplicazione delle facoltà difensive per la richiesta dei riti speciali, in particolare del giudizio abbreviato - precluso nella fase iniziale dell'udienza preliminare ma ammesso, solo successivamente, per la modifica del titolo di reato – che consentono alla difesa, nell'ottica del rispetto dei principi costituzionali così come elaborati dalla Consulta¹⁸, di determinarsi correttamente nelle sue scelte difensive.

A parere di chi scrive, si ritiene che non sia, invece, estensibile la lettura costituzionalmente orientata¹⁹ offerta in tema di omesso avviso nel decreto di citazione diretta a giudizio della facoltà dell'imputato di richiedere la sospensione del procedimento con la messa alla prova, che esclude la nullità del decreto di citazione e la conseguente rinnovazione dello stesso.

L'avviso previsto nel decreto che dispone il giudizio, presidiato dal nuovo comma 2-bis dell'art. 429 c.p.p., ha una funzione rilevante in quanto determina, da una parte, la cristallizzazione della riqualificazione giuridica del fatto e, dall'altro, la scelta della alternativa procedimentale al giudizio dibattimentale ordinario, che peraltro dovrà essere compiuta entro brevi termini di decadenza – quindici giorni dalla lettura del provvedimento o dalla notificazione del decreto – che maturano fuori udienza o in limine alla stessa.

Si precisa sul punto che il novellato art. 429, comma 2-bis, c.p.p. nell'ultimo periodo rinvia all'art. 458 c.p.p. che disciplina la richiesta di giudizio abbreviato in seguito alla notifica del decreto di giudizio immediato. Da ciò ne consegue che l'imputato dovrà, entro e non oltre i quindici giorni indicati a pena di decadenza dalla lettura del provvedimento o dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, presentare presso la cancelleria del giudice per le indagini preliminari che ha emesso il decreto che dispone il giudizio, la richiesta di rito abbreviato, con la prova della avvenuta notifica al pubblico ministero.

È chiaro dunque che l'ordinamento tende comunque ad incoraggiare l'accesso al rito abbreviato nello spirito deflattivo del complessivo carico processuale.

¹⁶ Il richiamo è alle sentenze della Corte cost. 6 febbraio 2009, n. 33, in *www.giurecost.org*.

¹⁷ Cfr. MARTINES, *Diritto Costituzionale*, XIV ed., Milano, 2017, p. 524. Da ultimo, Corte cost. 21 marzo 2018, n. 141, con nota di ZAPPULLA, *La prima (e non ultima) pronuncia di incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *www.penalecontemporaneo*, 2018, 10, p. 253 ss.

¹⁸ Si intende richiamare: Corte cost., 6 luglio 2016, n. 201, con nota di MURRO, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti*, in *Giur. it.*, 2017, 2, p. 487: come è noto, con tale sentenza la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 640, comma 1, lett. e), c.p.p., "nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna debba contenere l'avviso all'imputato che ha facoltà di chiedere la sospensione del procedimento per messa alla prova unitamente all'atto di opposizione".
¹⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte cost. 9 febbraio 2017, n. 31, in *www.cortecostituzionale.it*, 2017.

Il legislatore della novella, infine, per non incorrere nelle medesime problematiche sorte con il caso Scoppola²⁰, è stato lungimirante nel prevedere all'art. 5 della l. n. 33 del 2019 la disciplina delle norme transitorie, disponendo che tali modifiche si applicheranno ai fatti commessi successivamente alla data di entrata in vigore della medesima legge (data corrispondente al 20 aprile 2019), in considerazione del trattamento evidentemente più sfavorevole per coloro che sono imputati di delitti puniti, in astratto, con la pena dell'ergastolo.

2. I profili problematici di legittimità costituzionale

Il nuovo giudizio abbreviato, precluso ai delitti puniti con la pena perpetua, è in netto contrasto con le scelte di politica criminale dell'ultimo ventennio, in cui si era dimostrata la coerenza del modello accusatorio e la capacità di tenuta costituzionale del rito abbreviato richiesto dagli imputati per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo.

Oggi, con tali scelte normative si è voluto dare un segnale chiaro: gli imputati per i titoli di reato più gravi, con 'pena fissa', non sono meritevoli di quei benefici premiali che connotano i procedimenti speciali.

Sostenere che la citata legge n. 33 del 2019 non ponga profili problematici di legittimità costituzionale²¹, vuol dire non avere quella visione e quella cultura europeista che mira ad intendere la sanzione del 'fine pena: mai' in un'ottica rieducativa e non certamente persecutoria²², senza dimenticare quel percorso di crescita morale del reo²³.

Vero è che tutte le conquiste raggiunte dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di diritti inviolabili

della persona²⁴ connotano la fase di esecuzione della pena, ma è anche vero che il problema della legittimità dell'ergastolo in quanto 'pena fissa' non è mai stato sottoposto alla Corte costituzionale²⁵.

Si intende dire che, fino ad oggi, le problematiche poste all'attenzione della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza di legittimità in tema di ergastolo hanno riguardato sempre la fase di esecuzione della pena.

Ed ecco allora che una prima censura di legittimità costituzionale potrebbe essere mossa propria in merito alla 'pena fissa' dell'ergastolo che, in linea di principio, non appare in armonia con il dettato costituzionale del nostro sistema penale.

Secondo tale visione, allora, il carattere fisso della pena perpetua entra in tensione con le esigenze di individualizzazione della pena che costituiscono presupposto essenziale per la finalità rieducativa della pena e per garantire la personalità del rimprovero, ai sensi dell'art. 27, comma 1 e 3, Cost.

Un sistema costituzionale come il nostro risulta essere incompatibile con la pena fissa dell'ergastolo, in quanto fondato sulla primazia del diritto della persona che trova il suo limite massimo di punizione, in alcun modo superabile, nella privazione della libertà personale²⁶.

Così come è da ritenere «incompatibile con il vigente assetto costituzionale ... previsioni... che precludono in modo assoluto, per un arco temporale assai esteso, l'accesso ai benefici penitenziari a particolari categorie di condannati in ragione soltanto della particolare gravità del reato commesso, ovvero dell'esigenza di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti dei consociati»²⁷.

La rimozione delle pene perpetue dal nostro ordinamento sarebbe, in realtà, «la soluzione più coraggiosa e coerente con il dettato costituzionale»²⁸.

Tale lettura si potrebbe contestare in ragione del principio di presunzione di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. che, di fatto, pone un limite granitico nell'anticipazione della funzione rieducativa della pena da parte del reo che riveste lo *status* di imputato e non ancora di condannato.

Ciò che si intende è che si è consapevoli della netta

²⁰ Il caso della sentenza Scoppola contro Italia ha evidenziato le criticità e gli inconvenienti sorti all'indomani dell'entrata in vigore delle modifiche apportate all'art. 442, comma 2, c.p.p. ed in particolare con riferimento alla disposizione in tema di ergastolo con isolamento diurno. Sul punto, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo era stata chiamata a pronunciarsi in relazione ad un procedimento in cui l'imputato aveva presentato richiesta di giudizio abbreviato, ritenendo di poter essere condannato al massimo alla pena di trent'anni di reclusione, ma si era invece visto comminare la pena dell'ergastolo, essendo nelle more entrata in vigore la legge di modifica del 2000.

La Cedu ha colto l'occasione per chiarire che l'art. 442 c.p.p., nonostante il suo inserimento nel codice di rito, va qualificato quale norma di diritto penale sostanziale ex art. 7, par. 1, Cedu, in considerazione della severità della pena da infliggere nel caso di condanna secondo il rito abbreviato.

²¹ A tal proposito si rinvia alla Delibera del Consiglio Superiore della Magistratura, cit. p. 4: «L'esclusione dei reati puniti con l'ergastolo dal novero di quelli per cui è consentito l'accesso al rito abbreviato sembra esente dai rilievi di incostituzionalità, più volte invocati nel corso del dibattito costituzionale».

²² Cfr. SERRANI, *Giudizio abbreviato, ergastolo e favor rei*, in *Archivio pen.*, 2013, 2, passim.

²³ BETTIOL, *Sulle massime pene: morte ed ergastolo*, in *Riv. It. dir. pen.*, 1956, p. 555 ss., il quale ha da sempre riconosciuto la funzione rieducativa della pena, in ragione del percorso di crescita morale del reo, anche nello spazio intramurario.

²⁴ Cfr. Corte EDU, Grande Chambre, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

²⁵ Sul punto si richiamano le attente osservazioni di DOLCINI, *La pena detentiva perpetua. Nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., p. 20, il quale afferma che la legittimità della pena fissa è un problema affrontato dalla Corte costituzionale solo in merito alle pene pecuniarie con la sentenza 2 aprile 1980, n. 50.

²⁶ Si richiama: Corte cost. 2013, n. 135, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁷ Il virgolettato riporta le considerazioni in diritto della Corte cost., 21 giugno 2018, n. 149, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁸ Il pensiero riportato tra virgolette è di: RISCATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1249.

differenziazione che vi è, nell'ordinamento penitenziario, tra gli imputati ed i condannati/internati, in quanto solo a questi ultimi si applicano una serie di istituti funzionali alla rieducazione e al reinserimento del condannato nella società civile.

Ebbene, tale assunto può essere scongiurato. E si spiega il perché.

Oggi, si assiste ad una valorizzazione della dignità della persona e dei suoi diritti, che proprio nell'ambito della carcerazione, in particolare quella preventiva e non definitiva, dovrebbe indurre a riflettere che la rieducazione ed il reinserimento dell'imputato, sottoposto a regime carcerario preventivo, abbia terreno fertile per tali soggetti, in considerazione della possibilità di scarcerazione o quanto meno di reinserimento nel circuito civile.

Ciò si sostiene in considerazione del fatto che la carcerazione espiativa – rieducativa, nel nostro sistema, interviene a grande distanza dalla commissione del fatto e quando altresì il condannato ha già trascorso un lungo regime detentivo senza aver posto in essere alcun trattamento rieducativo e dunque funzionale al suo reinserimento nel circuito civile²⁹.

Ed ecco allora che il cambio di rotta potrebbe essere rinvenuto proprio nell'anticipazione della funzione rieducativa della pena ai soggetti imputati, ancorando tale opportunità alla volontà dell'imputato che, nello scegliere il giudizio abbreviato, da cui derivano i benefici di un trattamento sanzionatorio più mite, in considerazione del regime di carcerazione preventivo, manifesterà contestualmente il proprio consenso al percorso rieducativo e di reinserimento nella società civile³⁰.

In tal modo, la tenuta del principio di presunzione di innocenza non è posta in discussione e la finalità specialpreventiva della pena in un'ottica di rivalutazione della persona³¹, consentirebbe quel rispetto tanto auspicato dei dettami costituzionali: si tratterebbe di una autonoma scelta dell'imputato, libera e reversibile, di anticipare la funzione rieducativa della pena.

Secondo invece un ulteriore profilo di legittimità costituzionale, in ragione della funzione della pena, non in senso retributivo ma prevalentemente in senso rieducativo, oggi il condannato all'ergastolo, in particolare quando si tratta di ergastolo comune, ha maggiori possibilità di reinserimento del circuito civile, ne consegue altresì che limitare l'accesso ai riti premiali in considerazione del titolo di reato più grave preclude-

rebbe all'imputato/condannato la fuoriuscita quanto prima dal circuito penale nonché di usufruire anticipatamente dei benefici premiali della fase esecutiva.

In tal modo si pongono dubbi di compatibilità con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della possibile irragionevolezza della disparità di trattamento e con l'art. 27 comma 3 Cost., sotto il profilo di una possibile irragionevolezza intrinseca della disciplina rispetto alla necessaria funzione rieducativa della pena.

Si auspica che la Corte costituzionale – qualora dovesse essere chiamata a verificare la tenuta costituzionale della l. n. 33 del 2019, in materia di inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo – non faccia ricorso a quella lettura costituzionalmente orientata già resa per il patteggiamento cd. 'allargato' di cui all'art. 444, comma 1-bis, c.p.p.

In tale occasione si è, non a caso, ritenuta la legittimità costituzionale del citato istituto, adducendo che le scelte di politica legislativa non possano essere sindacate sotto il profilo costituzionale della disparità di trattamento, laddove non siano presenti aspetti di manifesta irragionevolezza³².

A tal punto il richiamo ed un eventuale raffronto con il patteggiamento cd. 'allargato' apparirebbe inconferente, essendo il giudizio abbreviato un modello processuale nettamente differenziato sul piano delle connotazioni astratte e degli effetti pratici rispetto al rito negoziale della applicazione della pena su accordo delle parti.

Ed ecco allora che l'abbrivio è da rinvenirsi proprio nella citata pronuncia costituzionale che, nel richiamare i diversi arresti costituzionali³³, detta il monito che le relative scelte di politica criminale possono essere sindacate solo in rapporto alle eventuali disarmonie del catalogo legislativo.

Tale disarmonie però non vanno ancorate al titolo di reato e al livello di pena edittale, quanto altresì al consenso dell'imputato di scegliere la definizione del procedimento allo stato degli atti e senza la celebrazione del dibattimento, usufruendo per ragioni di speditezza e di ragionevole durata del processo di quei vantaggi che si riverberano sul trattamento sanzionatorio.

In tal senso si evidenzerebbe altresì una funzione di tipo 'utilitaristica' della pena, nel senso di un trat-

²⁹ Osservazioni sul punto rese già nei primi anni '80 in occasione della riforma penitenziaria da: FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, p. 187.

³⁰ Basti pensare a cosa accade per reati meno gravi al momento della scelta del rito alternativo della sospensione del procedimento con messa alla prova, ove si sacrifica addirittura un accertamento pieno in ragione della "fuoriuscita anticipata dal circuito penale".

³¹ MORGILLO, *La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future*, in *Critica dir.*, 2009, I, p. 173.

³² In argomento, Corte cost. ord., 28 dicembre 2006, n. 455, in *www.cortecostituzionale.it*, 2007: «Il regime delle preclusioni, oggettive e soggettive, del patteggiamento "allargato" è frutto di scelta discrezionale e di per sé non arbitraria del legislatore che, nell'estendere l'ambito di operatività dell'istituto, ha ritenuto di dover considerare, in un'ottica di bilanciamento tra contrapposti interessi, sia i caratteri oggettivi del reato per cui si procede, sia le condizioni soggettive degli imputati, escludendo che, in certe ipotesi, le esigenze di economia processuale prevalgano su quella di un vaglio completo del fondamento dell'accusa».

³³ Corte cost., 25 luglio 1997, n. 272; Corte cost., ord. 19 dicembre 1991, n. 481; Corte cost., ord. 3 dicembre 1987, n. 436, in *www.giurcost.org*.

tamento sanzionatorio più mite in ragione della scelta difensiva espletata.

Il vero rilievo critico non è la differenziazione per “tipologie di autore”, contraddistinto da un trattamento sanzionatorio più rigoroso, quanto le garanzie e i diritti fondamentali dell'imputato/condannato nel giungere ad una sentenza ‘giusta’, sia essa di condanna o di assoluzione.

Il bilanciamento degli interessi in gioco non è di poco rilievo: da una parte, vi sono il diritto di difesa dell'imputato, la ragionevole durata del processo, soprattutto per quegli imputati sottoposti a misure cautelari preventive per i quali la scelta privilegiata è il ricorso al rito abbreviato, la funzione rieducativa della pena; dall'altro, la certezza della pena, quale sicurezza civile dei consociati.

Il legislatore con la novella in commento mette in crisi il sistema ‘tradizionale’ penale, scegliendo di ‘sacrificare’ diritti e garanzie dell'imputato nonché la ragionevole durata del processo, allungando così anche i tempi dell'accertamento a discapito della giustizia in termini di efficienza, oltre che mortificandone la funzione rieducativa della pena che, secondo una visione moderna, non deve più ancorarsi alla fase di esecuzione della pena quanto anticipare alla fase procedimentale³⁴.

Ed infatti, una risposta a tale censura, oggi, può essere rinvenuta proprio nella valorizzazione della dimensione personalistica del diritto penale, di matrice europeista.

Ne è prova di quanto argomentato la recente sentenza della Corte costituzionale³⁵ che ha colto l'occasione, in piena coerenza con gli approdi interpretativi a cui di recente è pervenuta la Corte di Strasburgo, per ribadire il rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile, nonché la coerenza con «il principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena».

Si intende dire che la funzione repressiva, retributiva della pena deve essere ‘sacrificata’ in favore della funzione rieducativa, tipica del nostro sistema costituzionale, finalizzata a reinserire l'imputato-condannato nel circuito civile, percorso che non può non essere esteso anche a coloro che saranno condannati alla pena dell'ergastolo.

Non è inconferente ritenere che la finalità rieducativa assuma rilievo già nella fase procedimentale³⁶, in

³⁴ In passato, le Sezioni Unite attribuivano la funzione rieducativa alla sola fase dell'esecuzione della pena: Cass., Sez. un., ord. 16 giugno 1956, Tondi, in CED n. 097628, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1956, p. 485. Per una recente analisi, DOLCINI, *La pena detentiva perpetua. Nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, cit., p. 23.

³⁵ Corte cost. 21 giugno 2018, n. 149, in tema di ergastolo ostativo e di rieducazione del condannato.

³⁶ Autorevoli autori si sono occupati del tema: DOLCINI, *La pena detentiva perpetua. Nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*,

quanto tale finalità non tollera l'idea di fondo di una pena perpetua: negare l'accesso al rito abbreviato vuol significare precludere all'imputato di un reato punito con l'ergastolo di poter scegliere di iniziare quanto prima il reinserimento sociale grazie alla celebrazione di un giudizio speciale, di sicuro più celere per l'amministrazione della giustizia ma soprattutto più efficiente per l'imputato/condannato.

Si è detto, in precedenza, che la novella in esame sembra inserirsi in quel *trend* di riforme – fra le quali il rinvio è ai progetti di legge di modifica dell'udienza preliminare e del rito del patteggiamento³⁷ – che per garantire questa volta l'efficienza del sistema – invece volutamente sacrificata con la novella n. 33 del 2019 – si vorrebbe riservare la celebrazione del dibattimento, con la piena esplicazione del metodo dialettico, ad un numero esiguo di processi.

Sicché, nell'ampliare la funzione di controllo dell'azione dell'udienza preliminare con la formula *dell'in dubio pro reo* ed estendendo ulteriormente il patteggiamento cd. ‘allargato’ anche a delitti più gravi, puniti con la pena della reclusione sino a dieci anni, resterebbero davvero pochi i reati sottoposti alla cognizione del giudice ordinario, rientrandovi fra questi proprio quei delitti puniti con la pena perpetua.

Solo in tale ottica, ossia con l'entrata in vigore della novella dell'udienza preliminare e del rito del patteggiamento, che la recente riforma del giudizio abbreviato potrà avere una tenuta costituzionale, rinvenendo il suo fondamento nella celebrazione di un ‘giusto’ processo, ‘riservato’ ai delitti di maggiore disvalore sociale³⁸.

Si deve infatti dare atto che finché la macchina della giustizia resterà ingolfata, non ci sarà riforma che tenga dinanzi alla violazione dei diritti dell'imputato, che si esplicano nelle accezioni più disparate.

3. L'inammissibilità dell'abbreviato cd. parziale per le imputazioni cumulative

Con la novella in esame, il legislatore poteva cogliere l'occasione per disciplinare i procedimenti con più imputazioni cumulative, ove, contestualmente ai reati ostativi, si proceda per reati per i quali l'accesso al rito abbreviato è consentito.

Ci si pone allora una problematica già presentata ed affrontata sia dalla giurisprudenza costituzionale³⁹

cit., p. 24, il quale a sua volta richiama, MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di diritto penale*, part. gen., VII ed., 2018, p. 9.

³⁷ Una prima lettura, in argomento, è stata offerta di recente da: DANIELE - FERRUA, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 5, passim.

³⁸ In realtà, l'assunto di far pervenire al dibattimento soltanto una piccola parte dei processi, era stato già efficacemente sostenuto all'epoca dell'entrata in vigore del codice di rito dall'On. Casini (*Intervento dell'on. Casini alla Camera dei Deputati*, Aula 10 luglio 1984).

³⁹ Questioni di legittimità costituzionale sorte in merito alla li-

che di legittimità⁴⁰ in tema di abbreviato cd. ‘parziale’ nonché di patteggiamento cd. ‘parziale’ nella vigenza del precedente rito abbreviato.

Sulla scorta di tali indirizzi giurisprudenziali, si è esclusa l’applicabilità dell’istituto in senso parziale: non è, infatti, ammissibile la richiesta presentata di rito abbreviato ‘solo’ per alcuni dei reati contestati e ciò nel rispetto di quell’efficientismo tipico che si esplica nei procedimenti speciali.

A tal proposito però si precisa che la giurisprudenza⁴¹ ha ritenuto di non escludere l’abbreviato cd. ‘parziale’ in quelle ipotesi in cui le residue imputazioni erano oggetto di applicazione della pena concordata, in considerazione del fatto che le esigenze reali di deflazione e di efficienza sono state comunque garantite.

Si intende dire che, essendo il procedimento speciale funzionalmente orientato alla rapida definizione del processo, in ordine a tutti i reati contestati, è incompatibile un’utilizzazione differenziata del rito per le decisioni solo di alcune imputazioni fra quelle contestate, individuate secondo criteri di opportunità, e la prosecuzione del processo nelle forme ordinarie in relazione ai soli delitti puniti con la pena dell’ergastolo, salvo il limite che l’azione penale sia stata esercitata nei confronti medesimo imputato per fatti che non sono tra loro connessi i che comunque non potrebbero neppure essere riuniti ai sensi dell’art. 17 c.p.p., risultando in tal caso la separata definizione utile alla speditezza del processo⁴².

Chiaramente la deroga di accesso solo parziale al rito abbreviato è prevista in tutte quelle ipotesi in cui, nel corso dell’istruzione dibattimentale, ai sensi dell’art. 517 c.p.p., si proceda a nuova contestazione o ad una contestazione di una circostanza aggravante, in quanto in tal caso l’imputato avrà la facoltà di richiedere l’accesso al rito abbreviato, esplicando così un vero e proprio potere dispositivo.

Oggi, alla luce della riforma del giudizio abbreviato, sarebbe stato auspicabile prevedere un’ipotesi di abbreviato cd. ‘parziale’ in quanto procedere per delitti che tra loro non hanno alcuna connessione o che la cui riunione non sia necessaria, di sicuro, si ispira ad una

mitazione dell’accesso al rito abbreviato per i fatti oggetto delle nuove contestazioni, in ordine ai quali, non essendo stata esercitata l’azione penale, l’imputato viene rimesso nei termini per chiedere un rito alternativo. Si richiamano, ma senza presunzione di completezza, sul punto: Corte cost. 22 ottobre 2012, n. 237, in www.giurcost.org; Corte cost. 9 luglio 2015, n. 139, in www.giurcost.org, con nota di LEO, *Contestazioni suppletive e richiesta di giudizio abbreviato: una nuova pronuncia di illegittimità parziale dell’art. 517 c.p.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 luglio 2015.

⁴⁰ Cass. 21 marzo 2016, n. 11095, in CED rv. 266479; Cass. 27 marzo 2008, n. 20575; Cass. 5 luglio 2006, n. 30096; Cass. 19 novembre 1999, n. 380.

⁴¹ Cfr., Cass. 22 gennaio 2011, n. 2251, in CED rv. 248792.

⁴² Così, Cass., 9 gennaio 2017, n. 645; Cass., 21 luglio 2016, n. 10109 in tema di patteggiamento.

definizione meno celere del processo nonché con un dispendio di energie maggiore, oltre di costi, da parte della giustizia per l’accertamento del fatto.

Tale assunto sarebbe, di fatto, condivisibile sempre in quell’ottica di bilanciamento di interessi in gioco, che mirano a rendere sì la giustizia più rapida ed efficiente ma soprattutto alla valorizzazione delle scelte dell’imputato.

4. Riflessioni conclusive

La novella del 2019 sull’inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l’ergastolo – seppure lineare ed organica nella sua interpolazione – non può essere condivisa.

Ciò che si legge tra le righe della riforma è quella scelta di politica legislativa, ancorata all’esigenza di ‘certezza del diritto’ e di ‘difesa sociale’, a discapito dei diritti fondamentali dell’imputato nel precludere in base al titolo di reato la scelta di beneficiare del rito abbreviato nonché a discapito di una giustizia ‘giusta’ ed ‘efficiente’.

L’irragionevolezza di fondo si rinviene nella ‘parcellizzazione’ delle riforme a cui si sta assistendo negli ultimi anni: è sempre più vivo l’attacco al modello accusatorio, ove i riti alternativi non sono più ritenuti baluardo di efficienza e di ‘pena certa’.

Si è consapevoli che la riforma interessa delitti di notevole disvalore sociale, in quanto non a caso puniti in astratto con la pena perpetua, ma non si può non prendere atto che – ragionando in tali termini ed avallando le scelte di politica legislativa attuali – si dimenticano i diritti fondamentali della persona che, grazie all’intervento della giurisprudenza costituzionale nonché convenzionale, attribuiscono rilievo alla ‘dignità della persona’ e dunque ‘rivedono’ la funzione della pena in un’ottica rieducativa e non repressiva, già nella fase procedimentale senza doverla posticipare alla fase di esecuzione della pena.

Tale intervento legislativo avrà di sicuro notevoli ricadute sul nostro sistema penale; ed infatti, a tal proposito, già all’indomani dell’entrata in vigore della l. n. 33 del 2019 si sono evidenziati i rilievi critici sia da parte della magistratura⁴³ che dell’avvocatura⁴⁴: le

⁴³ Interessante il commento offerto sul punto dal Consiglio Superiore della Magistratura (delibera del 6 febbraio 2019), cit., p. 5 ss.

⁴⁴ La Giunta dell’Unione delle Camere Penali Italiane ha reso noto, in data 3 aprile 2019, il proprio disaccordo all’eliminazione dell’abbreviato per i reati da ergastolo: «Il legislatore, anziché impegnarsi a riflettere sulla compatibilità tra la pena perpetua ed il principio costituzionale per cui la sanzione deve tendere al reinserimento del condannato nella società, interviene perfino sulle norme processuali per assicurarsi che l’ergastolo non possa mai essere evitato. E lo fa sottraendo all’imputato il diritto di essere giudicato sulla base degli atti e senza dibattimento, quasi che l’assoluzione sia un esito processuale nemmeno ipotizzabile in caso di gravi reati, nonché tacendo che fino a ieri la scelta del giudizio abbreviato poteva condurre comunque, nei casi più gravi, all’irrogazione della pena dell’ergastolo, con il solo temperamento della

perplexità sono sorte in merito alla scelta di esclusione del rito abbreviato per quei reati puniti con l'ergastolo, facendo ricadere un maggiore carico di lavoro sulle Corti di Assise, di primo e secondo grado, che saranno, in tal modo, competenti a giudicare un maggior numero di reati.

Il legislatore dimentica, infatti, che la maggiore percentuale dei procedimenti definiti con l'abbreviato riguarda proprio quei reati, attualmente, esclusi dall'accesso a tale rito speciale: si assisterà così, inevitabilmente, alla 'fine' del giudizio abbreviato, ispirato alla necessità di recupero di reali esigenze di deflazione e di efficienza della giurisdizione, asservendo così quei 'bisogni della società' che, in un dato momento storico, producono un determinato modello processuale.

Ci si chiede allora se tale modello processuale possa essere accolto in uno Stato come il nostro, intriso di principi democratici, ove il 'bisogno di punire' diviene più impellente del 'rispetto' delle garanzie e dei diritti fondamentali, poste a presidio della tutela dell'indagato/imputato/condannato.

Ecco allora l'importanza dell'intervento della Corte costituzionale, funzionale all'indicazione di un tragitto da percorrere – sia esso di tipo 'punitivo' o di 'rivalutazione' della dignità personale e dei diritti fondamentali per giungere ad una sentenza 'giusta' – in armonia con i moniti provenienti dall'Europa e già anticipati di recente dalla Consulta in occasione dell'ergastolo 'ostativo', ove la 'pena perpetua' deve essere rivisitata, invocando quella 'flessibilità della pena' e 'progressività trattamentale' quale diretta 'attuazione del canone costituzionale' della rieducazione del condannato.

Di sicuro la soluzione non si rinviene nel precludere l'accesso al rito abbreviato per coloro che hanno commesso reati di maggiore disvalore sociale e per i quali, in astratto, sia prevista la pena perpetua.

Saranno allora le ricadute nel sistema ad offrirci la risposta giusta.

eliminazione dell'isolamento diurno. È dunque evidente come l'intervento esprima una idolatria della pena eterna, che risponde solo all'esigenza di assicurarsi un facile quanto effimero consenso in termini di esemplarità, senza curarsi non solo dei costi umani, ma anche delle gravi inefficienze, che si producono sul sistema giudiziario».

Stefano Loconte

Professore Straordinario di Diritto Tributario e Avvocato

Giulia Maria Mentasti

Avvocato

Gli aspetti penalistici più controversi della *voluntary disclosure* al vaglio della Cassazione.

Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, 15 marzo 2019, n. 10801

abstract

In Ruling n. 10801 of 2019, the Third Section (criminal offenses) of the Italian Superior Court examined the voluntary disclosure procedure whose effects are being felt in various criminal lawsuits; specifically, the Superior Court has taken a position on a delicate issue which, from the entering into force of the law, had given rise to doubts regarding interpretation: i.e., the limits within which the provision applies, provided by the legislator, which precluded access to the procedure (and, therefore, its success as well as the realization of the rewarding effects) not only if the person had direct knowledge of the start of the investigation against him/her, but also if the “formal knowledge” had been acquired by persons who were jointly liable for tax purposes or accomplices in a crime.

keywords

Voluntary disclosure – Tax offences – Impeding circumstances – Grounds for impunity.

abstract

*Con la sentenza n. 10801 del 2019 la Sezione Terza penale della Suprema Corte di Cassazione ha sottoposto al proprio vaglio la procedura di *voluntary disclosure*, i cui effetti stanno interessando diversi procedimenti penali; specificamente, ha preso posizione su una delicata questione che già al momento della entrata in vigore della normativa aveva generato dubbi interpretativi: ovvero i limiti di operatività della disposizione, prevista dal legislatore, che precludeva l'accesso alla procedura (e quindi il buon esito della stessa e il realizzarsi degli effetti premiali) non solo nell'ipotesi in cui il soggetto avesse avuto diretta cognizione dell'inizio di operazioni di indagine a proprio carico, ma anche qualora la “formale conoscenza” fosse stata acquisita da soggetti solidalmente obbligati in via tributaria o da soggetti concorrenti nel reato.*

parole chiave

Voluntary disclosure – Reati tributari – Cause ostative – Cause di non punibilità.

Voluntary disclosure – Cause ostative

*Alla stregua dell'art. 5-*quater* d.l. n. 167 del 1990, ciò che osta alla ammissibilità della richiesta di collaborazione volontaria (*voluntary disclosure*) è unicamente la “formale conoscenza” in capo all'autore della violazione degli obblighi di dichiarazione, di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per violazione di norme tributarie, relativi all'ambito oggettivo di applicazione della procedura di collaborazione volontaria. Non rileva la circostanza che costui possa essere venuto a conoscenza dello svolgimento di indagini nei suoi confronti da documenti, a lui non diretti e non notificati, inerenti ad altri soggetti, indagati in un diverso procedimento per una differente fattispecie di reato.*

Cause di non punibilità – Reati tributari – Confisca

*L'art. 5-*quinquies* d.l. n. 167 del 1990 ha previsto espressamente che nei confronti di colui che presta la collaborazione volontaria è esclusa la punibilità per i delitti di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000, nonché per i delitti di cui agli artt. 646-*bis*, 648-*ter*, 648-*ter*.1 c.p. Ne deriva che, perfezionata la procedura e pagate le relative imposte, la causa di non punibilità fa venir meno, in capo alle somme derivate dall'utilizzazione delle fatture emesse per operazioni inesistenti, la natura di profitto del reato venendo dunque meno la confiscabilità di dette somme e, conseguentemente, divenendo illegittima la protrazione di un sequestro unicamente a detta confisca finalizzato.*

Cass. pen., Sez. III, 15 marzo 2019, n. 10801

Pres. Sarno; Rel. Andreatza

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Il Pubblico Ministero presso il Tribunale di Roma ha proposto ricorso avverso l'ordinanza emessa in data 28/06/2018 dal Tribunale del riesame della medesima città di annullamento del decreto di sequestro preventivo emesso, in data 28/05/2018, dal G.i.p. del Tribunale di Roma nei confronti di S.M. e B.F. per i reati di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, art. 2 perché il primo, in qualità di rappresentante legale e amministratore unico della RM81 S.p.A., al fine di evadere le imposte sui redditi e l'imposta sul valore aggiunto per gli anni 2010 - 2011 - 2012 e 2013, faceva uso di fatture per operazioni inesistenti, indicandole nelle dichiarazioni annuali, così esponendo elementi passivi fittizi per un importo complessivo di Euro 3.475.271,76 (capo sub a) e perché, in qualità di rappresentante legale e amministratore unico della USI DOPC s.r.l., al fine di evadere le imposte sui redditi e l'imposta sul valore aggiunto per gli anni 2012 e 2013, faceva uso di fatture per operazioni inesistenti indicandole nelle dichiarazioni annuali, così esponendo elementi passivi fittizi per un importo complessivo di Euro 59.561,00 (capo sub b) e la seconda perché, in qualità di rappresentante legale e amministratore unico della Barbara s.r.l., al fine di evadere le imposte sui redditi e l'imposta sul valore aggiunto per gli anni 2012 e 2013, faceva uso di fatture per operazioni inesistenti indicandole nelle dichiarazioni annuali, così esponendo elementi passivi fittizi per un importo complessivo di Euro 357.000,00.

2. Con un unico motivo di ricorso, lamenta la violazione ed erronea applicazione della legge penale nonché carenza e manifesta illogicità della motivazione che è giunta ad annullare il provvedimento cautelare ritenendo pagato il profitto dei reati così come determinato in relazione alle fatture per operazioni inesistenti utilizzate. Il Tribunale avrebbe errato nel valutare la fattispecie sottoposta al suo giudizio in quanto la L. n. 186 del 2014, recante misure per l'emersione ed il rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale, ha introdotto, dopo il D.L. n. 167 del 1990, art. 5-ter, l'art. 5-quater che prevede l'istituto della collaborazione volontaria con gli uffici finanziari. Nella specie, è stato previsto che l'autore della violazione degli obblighi di cui all'art. 4, comma 1, del richiamato D.L. n. 167 del 1990 commessa fino al *(OMISSIS)*, può avvalersi di tale procedura per l'emersione delle attività finanziarie e patrimoniali costituite o detenute fuori dal territorio dello Stato e per la definizione dell'accertamento, mediante adesione ai contenuti dell'invito al contraddittorio, per le violazioni in materia di imposte sui redditi e relative addizionali, di imposte sostitutive, di IRAP, di IVA ed eventuali violazioni relative alla dichiarazione dei sostituti di imposta. Deduce,

pertanto, che l'adesione alla collaborazione volontaria, i cui termini di scadenza erano fissati al 30/09/2015, prevedeva all'art. 5-quinquies, lett. a) l'esclusione della punibilità per i delitti di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, artt. 2, 3, 4, 5, 10-bis e 10-ter. Tuttavia il comma 2 dell'art. 5 quater prevedeva che la collaborazione volontaria non fosse ammessa se la richiesta fosse stata presentata dopo che l'autore della violazione degli obblighi di dichiarazione di cui al d.l. n. 167 del 1990, art. 4, comma 1 avesse avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per violazioni di norme tributarie. Nel caso di specie, lamenta che l'amministratore unico pro tempore della RM 81 S.p.A. sarebbe venuto a conoscenza delle attività di polizia giudiziaria nei confronti della società per violazioni di norme penal-tributarie in data 25/05/2015, quando sarebbe stata data esecuzione al provvedimento cautelare emesso dall'A.G. di Avezzano, con il sequestro delle fatture ricevute dalla Techprojects s.r.l., escludendosi quindi il ricorso alla *Voluntary Disclosure* presentata telematicamente all'Agenzia delle Entrate di Roma in data 03/09/2015. Ciò posto, deduce che le somme sottoposte a sequestro con il decreto del G.i.p. sarebbero state provento dei reati tributari contestati e, per tale ragione, sottoposti a cautela giudiziaria, e tale circostanza sarebbe del tutto diversa da quella che avrebbe originato la *Voluntary Disclosure*, per la quale l'Agenzia delle Entrate avrebbe determinato le somme da pagare. Nella specie, infatti, la predetta procedura avrebbe riguardato il rientro delle somme non dichiarate che, contestualmente, troverebbero origine nelle attività illecite aventi ad oggetto l'emissione di numerose fatture per operazioni inesistenti. Pertanto, se da un lato la procedura del rientro e del disvelamento delle somme sarebbero state oggetto di accertamento da parte dell'Agenzia delle Entrate, da altro lato, questa per nulla inciderebbe sulla separata e autonoma procedura di sequestro penale delle somme provento di reato. Deduce, altresì, che nei reati contestati si dovrebbe tener conto sia del prezzo del reato sia del profitto dello stesso; pertanto, il Tribunale avrebbe errato nel non ritenere separate le somme oggetto di imposte evase, per le quali sarebbe stata formalizzata la *Voluntary Disclosure*, dal provento di reato di emissioni di fatture per operazioni inesistenti che avrebbero giustificato il sequestro penale.

3. In data 20/11/2018 ha presentato memoria il Difensore dell'indagata B. chiedendo dichiararsi inammissibile o in subordine rigettarsi il ricorso del P.M..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è inammissibile.

L'ordinanza impugnata ha evidenziato che gli indagati hanno presentato, ai sensi della normativa di cui alla L. n. 186 del 2014, domanda di collaborazione volontaria (c.d. *Voluntary Disclosure*) in relazione ai re-

ati loro contestati di cui all'art. 2 cit., successivamente avendo anche provveduto al pagamento delle somme relative dovute a titolo di imposte evase come calcolate dall'Agenzia delle Entrate, e di qui ha dedotto il venir meno, in capo alle somme oggetto di sequestro, della natura di profitto dei reati appena ricordati.

A fronte di ciò il P.M. ricorrente ha, da un lato, contestato la operatività, nella specie, della disciplina appena ricordata posto che la richiesta di ammissione alla procedura, presentata il 03/09/2015, sarebbe intervenuta dopo che l'amministratore unico della RM81 Spa aveva avuto conoscenza, in data 27/05/2015, della esecuzione del provvedimento di sequestro della fatture ricevute dalla Techprojects Srl, così realizzandosi l'evento ostativo espressamente configurato dalla legge all'art. 5-*quater*, comma 2, (che ha previsto, infatti, che la collaborazione volontaria non è ammessa se la richiesta è presentata dopo che l'autore della violazione degli obblighi di dichiarazione "abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per violazione di norme tributarie, relativi all'ambito oggettivo di applicazione della procedura di collaborazione volontaria") e, dall'altro, reclamato la insensibilità delle somme provento di reato sottoposte a sequestro alla procedura di rientro delle somme non dichiarate.

Tali assunti non sono, tuttavia, condivisibili.

Quanto al primo profilo, invero, va chiarito che alla stregua del d.l. n. 167 del 1990, art. 5 *quater* introdotto dalla L. n. 186 del 2014, ciò che osta alla ammissibilità della richiesta di collaborazione volontaria è unicamente, come appena ricordato, la "formale conoscenza" in capo all'autore della violazione degli obblighi di dichiarazione, di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per violazione di norme tributarie, relativi all'ambito oggettivo di applicazione della procedura di collaborazione volontaria"; e, nella specie, al di là in ogni caso, della assenza di risultanze in ordine a tale formale conoscenza, l'ordinanza impugnata ha invece chiarito, in termini di resoconto processuale non sindacabile in questa sede, che il decreto di sequestro cui ha fatto riferimento il ricorrente sarebbe intervenuto nei confronti di soggetto terzo rispetto agli indagati (ovvero M.A., quale legale rappresentante della Techprojects) per il reato di riciclaggio (diverso dunque da quelli contestati agli indagati), in tal modo esulandosi dal campo applicativo proprio della causa ostativa ricordata.

Quanto poi al secondo, impostazione del P.M. ricorrente, assiomaticamente volta a ritenere che l'istituto della collaborazione non inciderebbe sulla operatività delle misure cautelari, appare non tenere conto degli effetti, sul piano penale, della disciplina della *Voluntary Disclosure*: sul punto è dirimente osservare che la L. n. 167 del 1990, art. 5 *quinqies* cit. ha previsto

espressamente che nei confronti di colui che presta la collaborazione volontaria «è esclusa la punibilità per i delitti di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, artt. 2, 3, 4, 5, 10-*bis* e 10-*ter*». Di qui, dunque, la constatazione che, perfezionata la procedura e pagate le relative imposte, la causa di non punibilità farebbe venir meno, in capo alle somme derivate dalla utilizzazione delle fatture emesse per operazioni inesistenti, la natura di profitto del reato venendo dunque meno la confiscabilità di dette somme e, conseguentemente, divenendo illegittima la protrazione di un sequestro unicamente a detta confisca finalizzato.

Sicché, del tutto correttamente, in applicazione della disciplina appena ricordata, il Tribunale ha disposto il dissequestro delle somme assoggettate a confisca.

Al contrario, il ragionamento del P.M., che parrebbe ritenere il sequestro esente dagli effetti della disciplina sulla collaborazione volontaria sulla base di una diversità delle somme non dichiarate, oggetto della procedura, da quelle invece oggetto di sequestro, oltre a confutare su un piano meramente fattuale il diverso approdo sul punto della ordinanza impugnata, trascura di considerare che, essendo tra i reati inclusi nella *Voluntary Disclosure* anche, specificamente, quello di dichiarazione fraudolenta, le somme da "rimpatriare" altro non possono essere (posto che nessun altro senso avrebbe avuto l'inclusione anche del reato ex art. 2 cit.), che quelle stesse derivate dalla utilizzazione delle fatture relative alle operazioni inesistenti.

P.Q.M.
(*Omissis*)

****Nota a sentenza*

sommario

Premessa. – 1. La procedura di *voluntary disclosure* e i suoi effetti premiali. – 2. Le preclusioni ad accedere alla procedura, dubbi interpretativi e *impasse* applicativi. – 3. Le rassicurazioni della giurisprudenza di legittimità. – 4. Spunti di riflessione tra procedure collaborative e diritto penale prettamente riscossivo.

Premessa

Molteplici sono i compiti e gli obiettivi di un giurista che si cimenta in un commento a sentenza.

In primis, è innegabile che agli operatori del diritto sia imposta una costante attenzione all'attività ermeneutica della giurisprudenza, considerato soprattutto che – nel contesto di una produzione legislativa ipertrofica, talvolta oscura, o quantomeno di non semplice coordinamento a livello tanto sistematico quanto spesso addirittura nell'ambito del medesimo testo di legge – al potere giudiziario è ormai demandato quasi un ruolo creativo.

In secondo luogo, laddove la decisione affronti tematiche di interesse per la collettività, un'analisi della stessa e della normativa di riferimento può rappresentare un utile canale di aggiornamento non solo per gli specialisti del settore, ma per una platea più estesa.

Infine, una pronuncia della Suprema Corte può fornire un'occasione per riflettere, a più ampio respiro, sull'evolversi di una materia.

Orbene, se l'esame di un'unica sentenza consente di soddisfare la totalità degli scopi, il contributo della dottrina che ne ripercorra il contenuto e i profili di novità diventa non solo opportuno, bensì quasi obbligato.

È questo, ad avviso di chi scrive, il caso della sentenza n. 10801 del 12 marzo 2019, in cui la Corte di Cassazione, Sezione III penale, ha, per la prima volta, preso una posizione netta, a garanzia dei contribuenti che vi avevano aderito, circa il campo applicativo della *voluntary disclosure*.

Mentre in passato la procedura di riemersione dei capitali è stata sottoposta al vaglio della Suprema Corte¹ per questioni di più immediata risoluzione e in relazione alle quali il dettato normativo è risultato chiaro (come l'inoperatività della copertura penale per reati – specificamente l'appropriazione indebita – pacificamente non contemplati dal legislatore), attenzionato dalla pronuncia ora in commento è un profilo che già al momento dell'entrata in vigore del provvedimento aveva suscitato non poche perplessità.

1. La procedura di *voluntary disclosure* e i suoi effetti premiali

Prima di addentrarsi nella specifica questione, giova ricordare che la procedura di collaborazione volontaria è stata introdotta dalla l. n. 186 del 2014² e poi riproposta con d.l. n. 193 del 2016 (che concedendo una nuova finestra temporale ha disciplinato l'esperienza della c.d. *voluntary-bis*³) per permettere ai contribuenti che detenessero illecitamente patrimoni all'estero di regolarizzare la propria posizione mediante una denuncia spontanea all'Amministrazione, nonché, più in generale, per consentire loro di riparare alle infedeltà dichiarative passate e porre le basi per un futuro rapporto col Fisco basato sulla reciproca fiducia.

La *voluntary disclosure* ha rappresentato quindi una procedura di pacificazione tributaria, individuando una regolarizzazione rivolta ai soggetti destinatari de-

gli obblighi di monitoraggio fiscale, relativamente alla totalità degli attivi esteri non dichiarati, per tutti i periodi di imposta per i quali il termine di decadenza non fosse spirato. Inoltre, il legislatore ha offerto sia a persone fisiche che a società la possibilità di accedere alla *voluntary disclosure* c.d. nazionale, e regolarizzare così i redditi non regolarmente dichiarati al Fisco.

Tale procedura, imponendo a pena di invalidità la trasparenza e completezza, e collocandosi negli ordinari procedimenti di accertamento e di accertamento con adesione – seppur con una forte connotazione premiale modulata dall'accessibilità per un limitato periodo di tempo – si è peraltro distanziata radicalmente dalla precedente esperienza dello scudo fiscale⁴, cioè di quell'istituto, introdotto nel 2001 e poi ripreso nel 2003, nonché una terza volta con il d.l. n. 78 del 2009, che al contrario garantiva la riservatezza e poteva riguardare anche solo una parte degli attivi esteri, e che è stato ritenuto dagli interpreti di difficile inquadramento sistematico, un ibrido tra il premio e il perdono⁵.

Ciò detto, le procedure sono state accomunate dall'offerta al contribuente di un rimedio spontaneo alle omissioni e alle irregolarità commesse, beneficiando di consistenti effetti premiali, sia in termini di riduzione delle sanzioni tributarie sia sotto il profilo penale.

In particolare la *voluntary disclosure*, pur prevedendo il pagamento integrale delle imposte, ha *in primis* consentito di ridurre in modo sostanziale le sanzioni applicabili per le violazioni degli obblighi di monitoraggio fiscale e degli obblighi dichiarativi. Inoltre, quale incentivo a uscire dall'ombra, accedendo alla *disclosure*, si è garantita la non punibilità per i reati di dichiarazione fraudolenta mediante fatture per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000), o mediante altri artifici (art. 3), per dichiarazione infedele (art. 4) o omessa (art. 5), nonché per omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-*bis*) o di Iva (art. 10-*ter*). E' stata infine prevista l'esclusione della punibilità per le fattispecie di riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.), reimpiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-*ter* c.p.), nonché autoriciclaggio (art. 648-*ter*.1 c.p.)⁶.

¹ Cfr., *ex pluribus*, Cass., sez. III pen., 9 gennaio 2018, n. 272.

² Per un'analisi e guida operativa della *voluntary disclosure*, cfr. LOCONTE, *Voluntary Disclosure. Come regolarizzare i capitali illecitamente detenuti all'estero*, in *Guida alle novità Ipsa*, Milano, 2014; LOCONTE, *La voluntary disclosure*, in *Le Guide operative ForFinance*, Milano, 2015.

³ In relazione alle novità della *voluntary disclosure-bis*, cfr. AA.Vv., *La voluntary disclosure bis. Come regolarizzare i capitali detenuti all'estero e in Italia*, a cura di Longoni, Italia Oggi - Milano Finanza, speciale n. 17, 4 novembre 2016.

⁴ Per un'analisi sistematica dello scudo fiscale, si rinvia a AA.Vv., *Il nuovo scudo fiscale*, Milano, 2009; DE PASQUALE, *Lo scudo fiscale: problemi interpretativi e riflessioni sulla natura giuridica dell'istituto*, in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 4, 2012, p. 889 ss.

⁵ In tal senso si esprime, tra i vari Autori, A. TOMASSINI, *Effetti penali dello scudo fiscale e dominus di società* (Criminal aspects of the Italian "tax shield" and the concept of dominus of a company), in *Riv. trim. dir. trib.*, n. 4, 2014, p. 979.

⁶ Cfr. LOCONTE, *Le conseguenze dell'adesione*, in *La voluntary disclosure bis. Come regolarizzare i capitali detenuti all'estero e in Italia*, a cura di Longoni, Italia Oggi - Milano Finanza, speciale n. 17, 4 novembre 2016, pp.76 ss.; PERINI, *Voluntary disclosure: l'elenco incompleto delle fattispecie non punibili*, in *Il Fisco*, 2015, p.

2. Le preclusioni ad accedere alla procedura, dubbi interpretativi e *impasse* applicativi

Accanto agli effetti premiali, la normativa ha espressamente contemplato anche cause ostative⁷: non sono stati infatti ammessi a beneficiare della procedura coloro che «hanno avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali, per violazione di norme tributarie, relativi alle attività di cui al comma 1 del presente articolo» (così l'art. 5-*quater*, c. 2. d.l. n. 167 del 1990 così come integrato dalla l. n. 186 del 2014).

Si tratta di una scelta legislativa condivisibile, la cui *ratio* è individuabile nell'opportunità di non riconoscere effetti premiali a chi fosse già stato identificato ovvero sottoposto a verifica per violazione degli obblighi in tema di detenzione di attivi esteri da parte dell'Amministrazione finanziaria, onde evitare, da un lato, di porre nel nulla l'attività ispettiva e di controllo fino a quel momento esercitata e, dall'altro lato, di trattare alla stessa stregua, quanto ai benefici e agli sconti sulle sanzioni, soggetti che si fossero autodenunciati spontaneamente e soggetti consci, invece, di essere già stati "scoperti".

Tuttavia, a tale disposto, ne ha fatto seguito un altro, che al contrario ha suscitato perplessità in ragione dell'idoneità a favorire il manifestarsi di distonie interpretative: specificamente, il dettato legislativo ha esteso lo sbarramento alla procedura al caso in cui la "formale conoscenza" sull'inizio delle operazioni di indagine fosse stata «acquisita da soggetti solidalmente obbligati in via tributaria o da soggetti concorrenti nel reato»⁸.

Orbene, la concreta applicazione della preclusione ha sin da subito presentato aspetti controversi, rivelandosi, agli effetti pratici, eccessivamente gravosa nei confronti del contribuente che ben poteva non conoscere l'esistenza di cause impeditive notiziate soltanto ad altri e rischiava così, presentata in buona fede l'istanza, un'invalidazione totale della procedura⁹. Parendo peraltro inquadabile, *ictu oculi*, come una presunzione assoluta, non è mancato chi ha rilevato come «la legge si presta ad eccezioni di incostituzionalità per l'irrazionalità della specifica previsione»¹⁰.

Pertanto, nell'ambito di richieste di chiarimenti all'Agenzia delle Entrate, si è sollevato il quesito se fosse in ogni caso inammissibile l'accesso alla procedura da parte dell'autore della violazione, all'oscuro dell'attività di accertamento o della pendenza di procedimento, qualora la notizia fosse stata acquisita invece da uno degli altri soggetti obbligati in solido in via tributaria o da un concorrente nel reato.

La risposta è pervenuta con la Circolare 16 luglio 2015, n. 27/E, riconoscendo che effettivamente, non essendovi coincidenza soggettiva tra il soggetto che richiedeva l'accesso alla procedura e chi avesse avuto la formale conoscenza del provvedimento suscettibile di determinare la inammissibilità alla stessa, l'effettiva cognizione della causa ostativa da parte dell'istante non era certa, potendo lo stesso plausibilmente esserne ignaro.

Pertanto, si è chiarito come la presunzione di conoscenza in esame «non deve essere considerata in senso assoluto», restando «compito dell'Ufficio eccepire la causa di inammissibilità solo se nel corso dell'istruttoria risultino elementi che attestino l'effettiva conoscenza da parte dell'aderente alla procedura della causa ostativa formalizzata ad altri».

Dovendo tuttavia l'Autorità giudiziaria essere informata, per le autonome valutazioni, della oggettiva esistenza della circostanza, la precisazione dell'Agenzia delle Entrate non è riuscita a frenare né le incertezze della giurisprudenza nell'applicazione del disposto, né il rischio che forzature ermeneutiche particolarmente restrittive potessero produrre per i contribuenti istanti l'effetto di veder disconosciuti tanto il buon esito della procedura quanto i relativi effetti premiali.

Ancora più problematica e complessa è risultata *a fortiori* l'ipotesi, assai frequente, che vede il destinatario del provvedimento penale astrattamente preclusivo indagato per un reato diverso dalla fattispecie tributaria contestabile all'istante (seppur magari a questo illecito teleologicamente collegato, secondo la definizione di cui all'art. 12 lett. c) c.p.p. che contempla i reati commessi per eseguirne o occultarne altri). A ciò aggiungiamo la possibilità, non certo remota, che si tratti di reato in relazione al quale il concorso del suddetto istante è negato a priori per espressa previsione normativa: volendo fare un esempio lampante, si pensi al delitto di riciclaggio di cui all'art. 648-*bis* c.p. (di cui può essere imputato solo chi non commette il reato presupposto) o a quello, non rientrante tra i delitti "coperti" dalla garanzia offerta dalla collaborazione volontaria, di emissione di fatture per operazioni inesistenti *ex art.* 8 d.lgs. n. 74 del 2000 (per cui il legislatore, al successivo art. 9, esclude proprio il concorso da parte di chi utilizza le fatture).

348 ss.; IORIO - MECCA, *Effetti penali della voluntary disclosure*, in *Il Fisco*, 2014, p. 723 ss.

⁷ Cfr. LOCONTE, *Voluntary disclosure: eventi e atti che bloccano l'accesso*, in *Il Quotidiano Ipsoa*, 15 dicembre 2014.

⁸ Cfr. LOCONTE, *Voluntary disclosure e cause di inammissibilità: i chiarimenti delle Entrate*, in *Il Quotidiano Ipsoa*, 27 luglio 2015; QUINTANA-MARTINO, *Gli effetti penali della nuova voluntary disclosure*, in *La voluntary disclosure bis. Come regolarizzare i capitali detenuti all'estero e in Italia*, a cura di Longoni, Italia Oggi - Milano Finanza, speciale n. 17, 4 novembre 2016, pp. 93 ss.

⁹ QUINTANA-MARTINO, *Gli effetti penali della nuova voluntary disclosure*, cit., p. 97.

¹⁰ DINOIA, *Profili penali: cause di non punibilità e nuove fattispecie di reato*, in *Guida operativa alla voluntary disclosure*, Milano,

settembre 2015, nonché MAISTO, *Procedura di collaborazione volontaria: oggetto, soggetti e riduzioni delle sanzioni*, in *Voluntary disclosure - Guida pratica*, Milano, 2015.

3. Le assicurazioni della giurisprudenza di legittimità

È proprio quest'ultima peculiare situazione a essere stata presa in esame dalla Suprema Corte nella sentenza in commento.

Nel caso di specie, il Tribunale del Riesame di Roma aveva annullato il decreto di sequestro preventivo disposto dal G.I.P. nei confronti di due soggetti che, nella loro qualità di legali rappresentanti e amministratori unici di diverse società, erano indagati per il reato di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 per aver fatto uso di fatture per operazioni inesistenti indicandole nelle dichiarazioni annuali. Dirimente per il Tribunale, in senso impeditivo all'applicabilità del provvedimento cautelare (nonché alla stessa contestazione del reato tributario), era che i due indagati avessero aderito alla *voluntary disclosure* per il rientro di somme non dichiarate provenienti proprio da quelle attività illecite di impiego di fatture false per cui si era instaurato il procedimento penale. Posto che la procedura si era perfezionata con il pagamento degli importi dovuti a titolo di imposte evase e di sanzioni, come calcolati dall'Agenzia delle Entrate, era invocabile la causa di non punibilità prevista per alcuni reati tra cui la fattispecie di dichiarazione fraudolenta *ex art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000*.

Ricorrendo per Cassazione, la Procura sosteneva invece che nel caso di specie la spontaneità che deve connotare l'emersione era inficiata dall'avvenuto sequestro, in un momento antecedente alla presentazione di domanda di accesso alla *voluntary*, delle fatture false emesse da una delle società coinvolte nel circuito criminoso. Ne conseguiva l'inefficacia della procedura che, come previsto dalla suesposta causa ostativa, è inammissibile se il contribuente (o il soggetto solidalmente responsabile nonché concorrente nel medesimo reato) abbia avuto formale conoscenza di accertamenti amministrativi o di procedimenti penali, per violazione di norme tributarie, relativi all'ambito oggettivo di applicazione della collaborazione.

Inoltre, ad avviso del P.M., la regolarizzazione (e la relativa copertura penale) avevano riguardato somme non dichiarate, oggetto di imposte evase, non necessariamente coincidenti con il provento del reato di dichiarazione fraudolenta alla base del sequestro in esame.

Orbene, nel rifiutare l'accoglimento delle suddette argomentazioni, la Cassazione si è espressa in modo netto riguardo alle problematiche ermeneutiche sopra espresse.

Specificamente, la Cassazione ha evidenziato come in realtà il sequestro delle fatture a cui si riferiva il P.M. era intervenuto nei confronti del legale rappresentante della società emittente (non di quella utilizzatrice); quindi destinatario del decreto era un soggetto terzo rispetto agli odierni indagati, e peraltro per un reato, specificamente il riciclaggio, diverso dall'illecito tribu-

tario a questi contestato.

Si esulava dunque dal campo applicativo della predetta causa ostativa; al contempo, doveva ritenersi invece operativa l'esclusione della punibilità prevista dall'articolo successivo, così da divenire illegittima la protrazione di un sequestro, quale quello sottoposto all'attenzione degli Ermellini nel caso che ci occupa, unicamente finalizzato alla confisca del profitto di un reato "coperto" dalla *voluntary*.

Quanto, infine all'ultimo profilo, *tranchant* è stato il rigetto della tesi, proposta dal P.M., della diversità delle somme oggetto della procedura da quelle sequestrate, posto che le disponibilità rimpatriate erano state ricostruite proprio come derivanti dall'impegno delle fatture inesistenti, e quindi come provento del relativo illecito tributario.

Il ricorso del P.M. è stato pertanto dichiarato inammissibile.

4. Spunti di riflessione tra procedure collaborative e un diritto penale prettamente "riscossivo"

Per concludere, pare innegabile la significatività della decisione della Corte; infatti, per la prima volta dalla isolata e non vincolante risposta dell'Agenzia delle Entrate, è stata presa posizione su una previsione normativa che, se interpretata restrittivamente, avrebbe potuto portare a esiti quasi paradossali: il coinvolgimento a tappeto in procedimenti penali di contribuenti in buona fede, che hanno aderito spontaneamente alla procedura confidando nei suoi effetti premiali, ignorando che soggetti terzi fossero nel frattempo stati coinvolti in procedimenti per reati solo marginalmente collegabili agli illeciti fiscali a loro imputabili.

Un approccio, quello assunto dalla Cassazione nella sentenza in commento, che ad avviso di chi scrive non può che essere accolto con favore; e ciò soprattutto se si considera che l'approdo si pone in linea con l'obiettivo prioritario di ottenere il pagamento del debito tributario¹¹, nonché con l'affermarsi di un diritto penale-tributario prettamente "riscossivo", sempre più votato alla logica del *do ut des*.

Non può infatti trascurarsi che il legislatore abbia negli ultimi anni promosso plurime procedure collaborative, prevedendo per i contribuenti resipiscenti effetti premiali che vanno a incidere significativamente anche sul versante penale e si traducono in una segregazione amministrativa dell'illecito: pur senza pretese di esaustività, si segnala, a conferma dell'attuale tendenza, l'avvio della procedura di collaborazione rafforzata per l'individuazione delle stabili organizzazioni di gruppi esteri con fatturato superiore a un miliardo di euro, disciplinata dal d.l. n. 50 del 2017 e oggetto di delucidazioni da parte di un provvedimento esplicativo dell'AE proprio dello scorso aprile¹².

¹¹ Cfr. CORSO, *Effetti penali degli istituti deflattivi*, in *Rass. trib.*, 2015, 2, p. 461.

¹² Per un'analisi della procedura, si rimanda a CERRATO, *La pro-*

Infine, quale ulteriore segnale, significativa è la riforma dei reati tributari operata dal d.lgs. n. 158 del 2015, che subordina la non punibilità di talune selezionate fattispecie (nonché, per le altre, la riduzione di pena fino alla metà) all'integrale estinzione delle pretese erariali prima dell'apertura del dibattimento di primo grado¹³.

In definitiva, l'atteggiamento garantista a cui ha aderito la Cassazione ha il pregio di rassicurare i contribuenti e incentivarli a un dialogo collaborativo con il Fisco, e al contempo raccoglie il plauso degli operatori del diritto.

cedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di stabile organizzazione (c.d. web tax transitoria), in *Riv. dir. trib.*, vol. XXIX, dicembre 2017, p. 751.

¹³ Si suggerisce la lettura di INGRASSIA, *Ragione fiscale vs "illecito penale personale"*, Santarcangelo di Romagna, 2016.

Erica Vicentini

Avvocato del Foro di Trento; consulente privacy GDPR; Tirocinante ex art. 73 d.l. 69/2013 presso la sezione penale del Tribunale di Trento

Produzione di materiale pedopornografico: l'utilizzazione del minore nell'invio da parte del medesimo del "selfie" sessualmente esplicito.

Nota a Tribunale di Nola, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090

abstract

In this judgment, the Court analyzes the type of crime referred to in art. 600 ter c.p., in particular with regard to the conduct of production of child pornography. Placing itself in line with the most recent legitimacy jurisprudence, the Court has interpreted the concept of production as the manipulative use of the minor by a subject who exercises a considerable psychological supremacy over him and, in this sense, has included the conduct of video reproduction by means of the mobile of the same offended person and sending of sexually explicit photographs by the same to the agent.

keywords

Production – Child pornography – Manipulative use of the minor – Psychological supremacy.

abstract

Nella sentenza in commento, il Collegio di merito analizza la fattispecie di reato di cui all'art. 600-ter c.p., in particolare con riguardo alla condotta di produzione di materiale pedopornografico. Ponendosi in linea con la più recente giurisprudenza di legittimità, il Tribunale ha interpretato il concetto di produzione quale utilizzo manipolativo del minore da parte di un soggetto che su di lui esercita una ragguardevole supremazia psicologica e, in questo senso, vi ha incluso le condotte di riproduzione video a mezzo del cellulare della stessa persona offesa e invio di fotografie sessualmente esplicite da parte della medesima all'agente.

parole chiave

Produzione – Materiale pedopornografico – Utilizzazione del minore – Supremazia psicologica.

Produzione di materiale pedopornografico – Selfie sessualmente esplicito

Il reato di produzione di pedopornografia minore va ritenuto integrato quando le risultanze istruttorie eviden-

ziano l'utilizzazione del soggetto offeso come strumento per il soddisfacimento dei desideri sessuali di altri, anche mediante lo sfruttamento di una eventuale posizione di supremazia psicologica sullo stesso: ne consegue che, oltre alle condotte caratterizzate da alterità soggettiva, il reato si consuma anche se l'invio del materiale pedopornografico avviene da parte dello stesso offeso, se tale condotta risulta addebitabile comunque all'agente quantomeno a livello morale.

Tribunale Nola, sentenza 18 dicembre 2018, n. 3090, dep. 14 marzo 2019; Pres. Gentile, Rel. E. Ricciardelli

sommario

Premessa. – **1.** Il caso. – **2.** I dati fondanti la decisione di responsabilità penale. – **3.** la ricostruzione della fattispecie incriminatrice.

Premessa

La sentenza in commento fornisce una interessante analisi del delitto di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter comma 1 n. 1 c.p. La motivazione, molto completa e ben articolata, si sofferma su tutti gli elementi costitutivi del reato, in particolare sulla nozione di produzione e sui suoi elementi caratterizzanti. Invero, trattasi del profilo di maggiore interesse della fattispecie, anche se finora non si registrano approdi specifici di legittimità. Il concetto di produzione, attraverso un ancoraggio al bene giuridico protetto dalla fattispecie, viene connesso al concetto di utilizzo indebito del minore al fine di soddisfare l'impulso sessuale dell'agente, che si pone in una posizione di supremazia quantomeno psicologica: vengono poi correttamente ricercati gli indici di utilizzazione e di supremazia, al fine di sussumere il fatto nella fattispecie di riferimento. Il secondo profilo d'interesse riguarda l'individuazione della condotta di produzione anche nell'invio da parte della p.o. di fotografie sessualmente esplicite, laddove l'invio sia dettato da uno stato di soggezione psicologica dettato dall'agente.

1. Il caso

Il fatto contestato all'imputato riguarda un'ipotesi di produzione di materiale pedopornografico in danno di una minore di anni 14. In particolare, secondo l'impostazione accusatoria, l'imputato, ragazzo di 24 anni, dopo essersi allontanato in macchina con la persona offesa, consumava con la stessa un rapporto sessuale completo e si faceva praticare un rapporto orale. Tale atto veniva ripreso dall'imputato in un video a mezzo del telefono cellulare della ragazza. Il video, dietro le insistenti richieste dell'imputato, veniva inviato allo stesso dalla persona offesa. Qualche mese dopo, alcune amiche della persona offesa la avvisavano che stavano circolando tramite *Whatsapp* foto e video in cui lei era ritratta nuda. Le fotografie, rinvenute sul PC dell'imputato a seguito degli accertamenti svolti dal consulente del PM, erano state inviate dalla persona offesa al medesimo in un contesto di induzione psicologica: la ragazza infatti riferiva di avergli inviato le suddette foto poiché lui le diceva che, altrimenti, la avrebbe lasciata e si sarebbe fidanzato con un'altra ragazza.

2. I dati fondanti la decisione di responsabilità penale

La motivazione della sentenza in commento appare ben congegnata e molto articolata in punto di diritto. I profili analizzati dal Collegio hanno riguardato in primo luogo tutto l'impianto probatorio, che ha permesso di addivenire ad un giudizio di colpevolezza nei confronti dell'imputato. Oltre ai verbali d'indagine acquisiti quali prove con il consenso delle parti, la decisione è stata fondata sui dati emersi durante l'istruttoria dibattimentale, sul contenuto dell'incidente probatorio e sui rilievi tecnici operati sui cellulari dei soggetti coinvolti e sul PC dell'imputato.

Le dichiarazioni della persona offesa vengono condivisibilmente vagliate con particolare rigore, secondo gli arresti della giurisprudenza di legittimità: infatti, facendosi portavoce di interessi anche economici oltre che di giustizia, le dichiarazioni della persona offesa costituita parte civile devono essere analizzate in termini di precisione e attendibilità intrinseca ed estrinseca, senza che con ciò si intendano necessari riscontri esterni. Nel caso di specie, la persona offesa si è mostrata del tutto attendibile sulla base della continua coerenza delle sue dichiarazioni, comprovate comunque dalle dichiarazioni dei testi escussi.

In questo senso, le dichiarazioni della persona offesa diventano fonte di prova a tutti gli effetti, idonee a fondare il convincimento del giudice ex art. 192 comma 1 c.p.p.

Gli ulteriori elementi a suffragio del compendio accusatorio sono stati rivenuti nelle acquisizioni documentali e nelle escussioni testimoniali: da un lato, sono stati effettuati accertamenti tecnici sul PC dell'imputato, ove è stato ritrovato molto materiale pedopornografico che ha poi trovato diffusione; dall'altro, il

racconto della persona offesa, vagliato sulla base delle risultanze documentali, ha poi trovato conferma ulteriore nelle dichiarazioni dei testimoni.

3. La ricostruzione della fattispecie incriminatrice

Il Collegio procede nella motivazione ad una analisi approfondita della fattispecie di cui all'art. 600-ter comma 1 c.p., con particolare riferimento alla condotta di produzione di materiale pedopornografico.

Il primo profilo analizzato è la nozione di materiale pedopornografico, condivisa con la più recente giurisprudenza di legittimità (viene citata Cass. n. 33862/2018), che fa riferimento alla rappresentazione con qualsiasi mezzo di atti sessuali espliciti coinvolgenti minori oppure degli organi sessuali di minori, con modalità che rendano manifesto il fine di rispondere alla pulsione sessuale.

Si tratta di una nozione ampia ma comunque vincolata al concetto di causare concupiscenza, nel senso di rispondere attraverso l'immagine pedopornografica ad un istinto di natura sessuale. Deve trattarsi di riproduzioni (immagini, audio, video, a prescindere dal concreto supporto utilizzato ed anche dematerializzato) con una specifica attitudine finalistica, desumibile dalle circostanze caratterizzanti il caso concreto: l'oggetto viene quindi interpretato in maniera estensiva, per ricomprendervi tutti i possibili supporti contenenti il materiale penalmente rilevante, limitando poi la nozione attraverso la finalizzazione manifesta verso la pulsione sessuale. Il concetto nei termini esposti trova piena legittimazione dal punto di vista del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice e, in generale, da tutti i reati posti a tutela della libertà sessuale, con particolare riguardo ai minori.

Il soggetto minore oggi viene infatti tutelato in maniera particolarmente rigorosa dall'ordinamento, anche su impulso degli interventi internazionali che hanno posto il soggetto vulnerabile – e quindi prioritariamente il minore – al centro dell'attenzione dei Legislatori di tutti i livelli. Si pensi alla Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa del 2007, ratificata in Italia nel 2012 (Legge n. 172/2012) ovvero all'intervento europeo a tutela della vulnerabilità operato con la Direttiva n. 29/2012, attuata in Italia con il d.lgs. 212/2015.

L'approccio legislativo, anche sovranazionale, è quello di individuare nel minore e nella persona vulnerabile un soggetto destinatario di una particolare e rafforzata tutela, che prescinde pure dalla possibilità che questi acconsenta o meno a determinate condotte: ciò in quanto l'ordinamento intende tutelarne al massimo grado il libero sviluppo psicofisico. La *ratio* delle previsioni va individuata nella considerazione del minore quale soggetto non in grado di esprimere un consenso consapevole rispetto ad attività come quella sessuale: la tutela del libero e corretto sviluppo psicologico del minore impone dunque una protezione rafforzata dei

suoi interessi, che si estrinseca nella presunzione di irrilevanza rispetto al suo consenso, nell'ambito di fattispecie come quella contestata nel caso *de quo*.

Questa è la ragione per cui a nulla rileva l'eventuale consenso della minore alla produzione di materiale pedopornografico.

Il fulcro giuridico della motivazione è poi rappresentato dalla accurata analisi della condotta di produzione del materiale pedopornografico. Il punto di partenza del ragionamento è la connessione del concetto di produzione con quello di utilizzazione del minore quale strumento sessuale nella disponibilità dell'agente: la fattispecie incriminatrice trova consumazione, nella ricostruzione fornita dal Collegio, allorché il minore viene utilizzato come oggetto a fini sessuali da parte dell'agente, senza che rilevi altra finalità lucrativa o commerciale.

Tale ricostruzione è del tutto rispettosa della *ratio* della norma e del contesto di tutela rafforzata del minore in quanto tale ove è calata: a prescindere da un nocumento derivante dall'utilizzazione lucrativa di immagini pedopornografiche, la tutela della libertà sessuale del minore e del suo diritto ad un sereno sviluppo psicofisico impongono che la produzione venga sanzionata come anche nella forma di utilizzazione in quanto tale del minore quale oggetto sessuale, perché ne può pregiudicare in maniera irreversibile la sfera affettivo-volitiva. Inoltre si pone come corretta applicazione del recente approdo a Sezioni unite 31 maggio 2018 (dep. 15 novembre 2018), n. 51815, nel quale è stata sancita la irrilevanza della diffusione del materiale sessualmente esplicito ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 600-ter c.p.

Il passaggio logico successivo è del tutto degno di interesse, perché permette al Collegio di fornire un'interpretazione evolutiva del concetto di produzione, andando poi ad includervi – con un ulteriore passaggio logico successivo – anche la condotta di invio da parte della stessa persona offesa di riproduzioni fotografiche sessualmente esplicite.

Secondo il Collegio, il concetto di utilizzazione del minore, attraverso cui si sostanzia la condotta di produzione, impone la individuazione di una alterità soggettiva fra il produttore e il soggetto rappresentato. Tale alterità soggettiva, del tutto evidente in base alle prove raccolte rispetto alla riproduzione video effettuata dall'imputato, non parrebbe di immediata percezione rispetto all'invio di fotografie "spinte" da parte della stessa persona offesa.

Il nesso viene individuato dal Collegio attraverso la riconduzione morale della condotta all'imputato.

A tale esito il giudicante perviene attraverso vari e concatenati passaggi logici, cercando in primo luogo di enucleare gli indici idonei a dimostrare nei fatti che la minore viene strumentalizzata a fini sessuali dall'agente: considerando la condotta di produzione quale utilizzazione di un altro soggetto (minore) a fini ses-

suali, risulta necessario reperire nel caso concreto gli elementi che permettono di raffigurare la situazione di strumentalizzazione fisica e psicologica per il soddisfacimento di desideri sessuali di altri.

Subito viene evidenziato come, sotto tale profilo, non rileva in nessun modo il consenso eventualmente prestato: ciò in quanto la struttura delle fattispecie poste a tutela del libero sviluppo psicofisico del minore si fondano sulla presunzione di incapacità dello stesso a formulare un consenso valido e consapevole. Il punto viene ribadito subito dopo (pagg. 15-16), sottolineando che «elemento determinante [...] non è il consenso del minore, ma l'utilizzazione dello stesso».

L'utilizzazione sessualmente rilevante viene connessa all'indice della supremazia esercitata dall'agente sul minore, anch'essa da individuare nelle dinamiche del caso concreto, in particolare avendo riguardo all'età della persona offesa e alla differenza d'età con l'imputato, le modalità attraverso cui il medesimo ha scelto di approcciarsi, l'utilizzo stesso del social network Facebook come strumento per contattare in maniera seriale plurime minori. Con particolare riguardo alla posizione di supremazia dell'imputato nei confronti della persona offesa, viene valorizzato il comportamento mortificante tenuto dal medesimo nei confronti di lei, utile a creare nella stessa uno stato psicologico particolarmente vulnerabile e proteso al soddisfacimento di qualunque richiesta le venisse avanzata.

Ed invero, il profilo di soggezione psicologica diventa fondamentale anche per sussumere nella condotta di produzione l'invio di fotografie sessualmente esplicite da parte della minore allo stesso imputato.

Il Collegio, pur evidenziando che manca dal punto di vista empirico la alterità soggettiva fra soggetto produttore e soggetto rappresentato, ritiene sussistente l'utilizzazione del minore a fini sessuali. Si tratta di un utilizzo "mediato" del minore, il quale materialmente scatta e invia le fotografie ma decide di farlo perché indotto da qualcun altro che esercita su di lui una forte influenza psicologica.

Viene quindi ritenuto sussistente l'elemento dell'utilizzo del minore, attraverso l'esercizio di una determinante supremazia psicologica che permette all'imputato agente di coartarne la sfera volitiva.

Il punto (pag. 19) è subito suffragato attraverso plurimi riscontri di fatto, evidenti nelle minacce dell'imputato alla minore che con lui aveva vissuto le sue prime esperienze sessuali: le minacce di divulgare il materiale e di interrompere il rapporto con la ragazza, del tutto immatura rispetto all'imputato, ne hanno coartato la sfera volitiva tanto da non renderla più libera di decidere in modo libero e consapevole rispetto alla propria sessualità. La ragione dell'invio da parte della persona offesa delle fotografie all'imputato va quindi rinvenuta in una condotta a lui ascrivibile, pur se il materiale invio è avvenuto da parte di altro soggetto.

In questo senso, il Collegio ha deciso di includere

nella condotta di produzione di materiale pedopornografico anche l'invio da parte della minore all'imputato di immagini sessualmente esplicite, riconducendo a lui la condotta attraverso l'interpretazione evolutiva del concetto di produzione e, comunque, quantomeno a livello morale. Il punto è estremamente interessante perché la fattispecie incriminatrice viene interpretata in maniera estensiva senza sfociare nell'analogia *in malam partem*, attraverso un ancoraggio motivazionale specifico alla finalità e alla *ratio* della norma, del tutto corroborati dalle risultanze probatorie.

Peraltro, la decisione poggia su almeno un precedente specifico di legittimità, citato anche in motivazione: in Cass. 39039/2018 è stato infatti ritenuto sussistente il reato di cui all'art. 600-ter c.p. nella condotta di invio da parte della minore all'imputato di materiale pedopornografico, sul presupposto che la stessa si trovasse in una posizione di soggezione psicologica rispetto all'imputato e quindi fosse integrato il requisito dell'utilizzo del minore attraverso la sua manipolazione.

Il concetto di produzione dunque non deve essere interpretato in maniera empirica e formale, attraverso l'individuazione del soggetto che materialmente adopera uno strumento atto a cristallizzare su un certo supporto il materiale sessualmente esplicito; sulla base della *ratio* della norma e della finalità di tutela al massimo grado del libero sviluppo psicofisico del minore, il concetto di produzione deve essere interpretato in maniera evolutiva e sostanziale, tenendo conto delle specifiche dinamiche che caratterizzano i rapporti affettivi soprattutto a certe età e andando ad individuare il reale *deus ex machina* della condotta. Solo così è garantita la corretta operatività della norma.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI

Falso in atto pubblico del delegato del notaio e natura fidefacente dell'atto non esplicitamente contestata e/o esposta nel capo di imputazione

abstract

With the solution of the case submitted to the Supreme Judges, these have specified that the admissibility of the dispute in fact of the aggravating circumstances must be verified in comparison to the characteristics of the single circumstantial cases. No problem arises when the dispute in fact ends in behaviors described in their materiality and in their objective characteristics. In these cases, the Court states, the indication of such material facts is apt report the aggravating circumstance in the indictment.

In view of this, the Court affirmed the following principle of law: The aggravated offense of the forgery of a public deed cannot be held in sentence by the judge, pursuant to art. 476, paragraph 2, of the Criminal Code, if the fidefacient nature of the act considered false has not been explicitly challenged and exposed in the point of imputation with the specification of this nature or with equivalent formulas, or with the indication of the law above.

keywords

False in a public act – A clear and precise challenge to all the material and valuation components.

abstract

Con la soluzione della fattispecie sottoposta ai Supremi Giudici, questi hanno precisato che l'ammissibilità della contestazione in fatto delle circostanze aggravanti deve essere verificata rispetto alle caratteristiche delle singole fattispecie circostanziali. Nessun problema sorge quando la contestazione in fatto si esaurisce in comportamenti descritti nella loro materialità e nelle loro caratteristiche oggettive. In questi casi, afferma la Corte, l'indicazione di tali fatti materiali è idonea a riportare nell'imputazione la fattispecie aggravatrice.

A diverse conclusioni si perviene quando le circostanze aggravanti includono componenti valutative. In questo caso, ove il risultato di questa valutazione non sia esplicitato nell'imputazione, con la precisazione della ritenuta esistenza delle connotazioni previste, la contestazione risulterà priva di una compiuta indicazione degli elementi costitutivi della fattispecie circostanziale.

In considerazione di ciò la Corte ha affermato il seguente principio di diritto: non può essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476, comma 2, c.p., qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione con la precisazione di tale natura o con formule alla stessa equivalenti, ovvero con l'indicazione della norma di legge di cui sopra.

parole chiave

Falso in atto pubblico – Contestazione in forma chiara e precisa di tutte le componenti del fatto materiale.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite pen., sent. 18 aprile 2019, dep. 04 giugno 2019, n. 24906.

Falso in atto pubblico – Circostanza aggravante – Contestazione in fatto di tutte le componenti materiali e valutative.

La fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476, comma 2, c.p., non può essere ritenuta in sentenza dal giudice qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione con la precisazione di tale natura o con formule alla stessa equivalenti, ovvero con l'indicazione della norma di legge di cui sopra.

La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite è la seguente: «Se possa essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476 c.p., comma 2, qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione».

I giudici di legittimità erano stati chiamati ad esaminare un caso nel quale l'oggetto della questione riguardava sostanzialmente nell'ammissibilità o meno di una "contestazione in fatto" della circostanza aggravante prevista dall'art. 476 c.p., comma 2.¹

Su tale problematica si registra: un primo orientamento, secondo il quale la contestazione meramente in fatto dell'aggravante non è consentita, occorrendo che l'addebito dell'ipotesi aggravata risulti nell'imputazione dall'indicazione specifica della violazione dell'art. 476 c.p. comma 2, o, in mancanza di essa, quanto meno dall'uso di sinonimi o di formule linguistiche equivalenti al contenuto della previsione normativa.²

Alla base di tale primo filone giurisprudenziale vi è la considerazione del diritto dell'imputato, affermato anche in sede comunitaria³ di essere tempestivamente e dettagliatamente informato non solo dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche della qualificazione giuridica ad essi attribuiti; da cui deriva la necessità, perché l'esercizio dei diritti di difesa possa dirsi pienamente garantito, che la natura fidefacente dell'atto, oggetto del falso, sia adeguatamente e correttamente esplicitata nell'imputazione.

Il secondo indirizzo⁴ riteneva che non sussiste la

violazione del principio di correlazione, tra accusa e sentenza, qualora, ancorché non formalmente contestata nel capo di imputazione, sia ritenuta in sentenza l'ipotesi aggravata del reato di falso in atto pubblico, ex art. 476 comma secondo art. 476, comma secondo purché la natura fidefacente dell'atto considerato falso sia stata chiaramente indicata "in fatto" ed emerga inequivocamente dalla tipologia dell'atto oggetto del falso, ciò in quanto, si aggiungeva, ai fini della contestazione di una aggravante non è necessaria la specifica indicazione della norma che la prevede, essendo sufficiente la precisa enunciazione "in fatto" della stessa, così che l'imputato possa avere cognizione degli elementi che la integrano.

Le Sezioni unite ritengono condivisibile il primo degli orientamenti riportati, nei termini di seguito esposti.

Poiché la questione rimessa alle Sezioni unite, attiene alla materia processuale della contestazione dell'accusa, i Supremi Giudici hanno illustrato preliminarmente i dati normativi⁵ che regolano tale materia nel conformarsi ai quali discende che l'ammissibilità della contestazione in fatto delle circostanze aggravanti deve essere verificata rispetto alle caratteristiche delle singole fattispecie circostanziali e, in particolare, alla natura degli elementi costitutivi delle stesse. Questo aspetto, infatti, determina inevitabilmente il livello di precisione e determinatezza che rende l'indicazione di tali elementi, nell'imputazione contestata, sufficiente a garantire la puntuale comprensione del contenuto dell'accusa da parte dell'imputato.

Nella prospettiva appena delineata, sottolineano i Giudici delle Sezioni unite, è evidente come la contestazione in fatto non dia luogo a particolari problematiche di ammissibilità per le circostanze aggravanti le cui fattispecie, secondo la previsione normativa, si esauriscono in comportamenti descritti nella loro materialità, ovvero riferiti a mezzi o oggetti determinati nelle loro caratteristiche oggettive. In questi casi, invero, l'indicazione di tali fatti materiali è idonea a riportare nell'imputazione la fattispecie aggravatrice in tutti i suoi elementi costitutivi, rendendo possibile l'adeguato esercizio dei diritti di difesa dell'imputato.

¹ Per "contestazione in fatto" precisano i supremi giudici si intenderà una formulazione dell'imputazione che non sia espressa nell'enunciazione letterale della fattispecie circostanziale o nell'indicazione della specifica norma di legge che la prevede, ma riporti in maniera sufficientemente chiara e precisa gli elementi di fatto che integrano la fattispecie, consentendo all'imputato di averne piena cognizione e di espletare adeguatamente la propria difesa sugli stessi (Sez. 1, sent. 08 febbraio 2017, n. 51260, Archineto, Rv. 271261; Sez. 6, sent. 15 dicembre 2016, dep. 2017, n. 4461 Quaranta, Rv. 269615; Sez. 2, sent. 10 gennaio 2013, n. 14651, Chatbi, Rv. 255793; Sez. 6, sent. 28 settembre 2012, n. 40283, Diaji, Rv. 253776; Sez. 5, sent. 16 settembre 2008, n. 38588 Fornaro, Rv. 242027).

² In tal senso Sez. 3, sent. 08 ottobre 2014, dep. 2015, n. 6809, Sauro, Rv. 262550; Sez. 5, sent. 13 febbraio 2014, n. 12213, Amoruso, Rv. 260209, ovvero chiaramente evocative dell'efficacia fidefacente dell'atto ritenuto falso Sez. 5, sent. 18 aprile 2018, n. 30435 Trombetta, Rv. 273807.

³ Vedi Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

⁴ Sez. 5, sent. 16 settembre 2008, n. 38588, Fornaro, Rv. 242027; Sez. 5, sent. 14 settembre 2016, dep. 2017, n. 2712, Seddone, Rv. 268864; Sez. 1, sent. 12 marzo 2015, n. 24870, Morichelli. A sostegno di questa conclusione si è fatto particolare richiamo, nel nostro ordinamento, anche alla giurisprudenza comunitaria Corte Edu, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, in considerazione delle ampie possibilità che ciò consente nella previsione di questo esito processuale alla luce delle caratteristiche dell'atto indicato nella contestazione Sez. 5, sent. 04 aprile 2018, n. 23609, Musso, Rv. 273473; Sez. 5, sent. 04 aprile 2018, n. 33843, Scopelliti, Rv. 273624.

⁵ L'art. 417 c.p.p., lett. b); l'art. 429, comma 1, lett. b), per il decreto dispositivo del giudizio – a sua volta richiamato dall'art. 450, comma 3, per la citazione a giudizio direttissimo dell'imputato libero e dall'art. 456, comma 1, per il decreto dispositivo del giudizio immediato – e dall'art. 552 c.p.p., comma 1, lett. c), con riguardo al contenuto del decreto di citazione diretta a giudizio dinanzi al tribunale in composizione monocratica; art. 6, comma 3, lett. a) CEDU per la quale «ogni accusato ha diritto soprattutto ad essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico», ove il riferimento alla informazione dettagliata sulla natura dell'accusa non può che comprendere le circostanze aggravanti nella loro incidenza sull'entità del fatto contestato e sulle conseguenze sanzionatorie che ne derivano.

Diversamente avviene con riguardo alle circostanze aggravanti nelle quali, in luogo dei fatti materiali o in aggiunta agli stessi, la previsione normativa include componenti valutative; risultandone di conseguenza che le modalità della condotta integrano l'ipotesi aggravata ove alle stesse siano attribuibili particolari connotazioni qualitative o quantitative. Ove il risultato di questa valutazione non sia esplicitato dal P.M. nell'imputazione, la contestazione risulterà priva di una compiuta indicazione degli elementi costitutivi della fattispecie circostanziale. La necessità dell'enunciazione in forma chiara e precisa del contenuto dell'imputazione, prevista dalla legge processuale, impone che la scelta operata dalla pubblica accusa fra tali possibili conclusioni sia portata a conoscenza della difesa; non potendosi pertanto ravvisare una valida contestazione della circostanza aggravante nella mera prospettazione in fatto degli elementi materiali della relativa fattispecie.

Nel caso della circostanza aggravante oggetto della questione rimessa alle Sezioni unite, la stessa è prevista dall'art. 476 comma 2, nel caso in cui «la falsità concerne un atto, o parte di un atto, che faccia fede fino a querela di falso».

Posto che la struttura della fattispecie comprende un elemento materiale, costituito dal compimento della condotta su un atto che, nell'implicito riferimento alla disposizione incriminatrice del precedente comma 1, è oggettivamente determinato nelle sue caratteristiche pubblicistiche in quanto formato o comunque manipolato da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, è evidente come detta fattispecie includa anche un elemento valutativo, dato dalla possibilità di qualificare l'atto come facente fede fino a querela di falso o, nella sintesi terminologica comunemente adottata, fidefacente.

La peculiarità di questa ipotesi è data dal fatto che la componente valutativa concerne un profilo normativo, relativo all'efficacia fidefacente dell'atto. Tale efficacia è infatti descritta dall'art. 2700 c.c. nel fare l'atto «piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti»; ed è attribuita dalla stessa norma all'atto pubblico indicato dal precedente art. 2699, come «il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato».

La qualità di atto fidefacente è dunque affidata, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza penalistica di legittimità, alla ravvisabilità di due elementi essenziali, rispettivamente relativi alla titolarità, in capo al pubblico ufficiale, del potere di conferire all'atto l'efficacia fidefacente, ed all'oggetto di tale efficacia. Per il primo aspetto, l'atto deve provenire da un pubblico ufficiale autorizzato dalla legge, da regolamenti

o dall'ordinamento interno della pubblica amministrazione ad attribuire all'atto pubblica fede; per il secondo, la fede privilegiata deve investire le attestazioni del documento su quanto fatto o rilevato dal pubblico ufficiale, o su quanto avvenuto in sua presenza⁶.

Si tratta, all'evidenza, di profili che sono oggetto di una pluralità di giudizi valutativi con riguardo, in primo luogo, all'interpretazione ed all'applicazione di norme anche extrapenali; e di seguito, sulla base di tali riferimenti normativi, all'accertamento dell'efficacia probatoria di fede privilegiata dell'atto in quanto proveniente da un pubblico ufficiale facoltizzato ad attribuire all'atto stesso tale efficacia, e quindi alla sussistenza di tale facoltà in capo a quel pubblico ufficiale, nonché alla riconducibilità del contenuto dell'atto alla rappresentazione di operazioni compiute dal pubblico ufficiale o di fatti dallo stesso constatati.

La qualificazione dell'atto come fidefacente, che costituisce il risultato di queste valutazioni, non può di conseguenza ritenersi debitamente contestata con la mera indicazione dell'atto stesso nell'imputazione. Riducendosi alla descrizione dell'elemento materiale della fattispecie aggravatrice, tale indicazione non consente che sia portata ad effettiva conoscenza dell'imputato la componente valutativa costituita dall'attribuzione all'atto della qualità di documento fidefacente. Tanto, come si è detto con riguardo in generale alle circostanze aggravanti che comprendono connotazioni qualitative il cui riconoscimento è risultato di valutazioni rimesse all'autorità giudiziaria, esclude la validità di una contestazione nei termini sopra indicati, ossia, per come è definita, di una contestazione in fatto. Ciò a maggior ragione in presenza di una componente valutativa dell'aggravante che si è visto essere particolarmente articolata, e per la quale si accentuano dunque le ragioni di inesigibilità della previsione del loro possibile esito da parte della difesa, o comunque di insufficienza di tale previsione perchè la contestazione dell'accusa possa dirsi compiutamente realizzata.

Tale compiuta contestazione richiede, di contro, che la valutazione accusatoria, nel senso della ritenuta natura fidefacente dell'atto oggetto della condotta di falso, sia esplicitata mediante almeno una delle modalità di seguito descritte.

Con l'indicazione nell'imputazione della norma di cui all'art. 476 c.p. comma 2 che, essendo detta norma specificamente ed esclusivamente riferita alla previsione della circostanza aggravante identifica quest'ultima come inclusa nella contestazione;

con l'espressa qualificazione dell'atto come fidefacente; ovvero con l'adozione di formulazioni testuali che descrivano in termini equivalenti la natura fide-

⁶ Cfr. Sez. 3, sent. 13 dicembre 2017, dep. 2018, n. 15764, Adinolfi, Rv. 272589; Sez. 5, sent. 04 maggio 2016, n. 39682, Franchi, Rv. 267790; Sez. 6, sent. 12 marzo 2015, n. 25258, Guidi, Rv. 263806; Sez. 5, sent. 14 ottobre 2014, n. 48738, Moramarco, Rv. 261298.

facente dell'atto, nel riferimento alla fede privilegiata dello stesso o alla necessità della querela di falso perché la sua funzione probatoria sia esclusa.

Alla luce del seguente iter argomentativo le Sezioni unite hanno statuito il seguente principio di diritto: «Non può essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476 c.p. comma 2, qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione con la precisazione di tale natura o con formule alla stessa equivalenti, ovvero con l'indicazione della norma di legge di cui sopra».

a cura di
Andrea Alberico
 Ricercatore a tempo determinato in Diritto Penale

Rassegna di legittimità

Edilizia – In genere – Reati edilizi – Soggetto responsabile – Qualifica di usufruttuario – Sufficienza – Esclusione – Criteri per l'accollo della responsabilità – Individuazione.

In tema di reati edilizi, la mera qualità di usufruttuario dell'immobile abusivamente realizzato non è sufficiente ai fini dell'affermazione della responsabilità penale per il reato di cui all'art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, essendo necessaria, per l'attribuzione al predetto della qualifica di committente o di compartecipe con quest'ultimo nella commissione del reato, la sussistenza di un "quid pluris", indicativo di tale concorso, desumibile da elementi concreti, come la presentazione della domanda di condono edilizio, la piena disponibilità giuridica e di fatto del suolo, l'interesse specifico a edificare la nuova costruzione, i rapporti di parentela o di affinità con l'autore materiale delle opere, la riscontrata presenza "in loco" e lo svolgimento di attività di vigilanza nell'esecuzione dei lavori o il regime patrimoniale dei coniugi.

Cass., sez. 3, sentenza 14 marzo 2019, n. 25546
 (dep. 10 giugno 2019), Rv. 275564
 Pres. Ramacci, Rel. Reynaud, Imp. Pinto, P.M. Salzano (Conf.)
 Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Lecce

Pena – Sospensione condizionale – Potere-dovere attribuito al giudice d'appello ex art. 597, comma 5, c.p.p. – Motivazione circa il suo concreto esercizio – Necessità – Sussistenza – Omissione – Censurabilità in cassazione – Presupposti.

In tema di sospensione condizionale della pena, fermo l'obbligo del giudice d'appello di motivare circa il mancato esercizio del potere-dovere di applicazione di detto beneficio in presenza delle condizioni che ne consentono il riconoscimento, l'imputato non può dolersi, con ricorso per cassazione, della sua mancata concessione, qualora non ne abbia fatto richiesta nel corso del giudizio di merito.

Cass., sez. un., sentenza 25 ottobre 2018, n. 22533
 (dep. 22 maggio 2019), Rv. 275376
 Pres. Carcano, Rel. Mazzei, Imp. Salerno, P.M. Iacoviello (Diff.)
 Rigetia, Corte di Appello di Catanzaro

Procedimenti speciali – Giudizio abbreviato – Decisione – Imputato non comparso – Notifica dell'avviso di deposito della sentenza – Necessità – Esclusione – Ragioni.

La sentenza emessa a seguito di rito abbreviato non deve essere notificata all'imputato che non sia comparso per tutto il corso del giudizio (nella specie detenuto agli arresti domiciliari che aveva espressamente rinunciato a comparire), in quanto la previsione degli artt. 442, comma 3, c.p.p. e 134 disp. att. stesso codice deve ritenersi implicitamente abrogata dalla legge 28 aprile 2014, n. 67, che ha introdotto la nuova disciplina sull'assenza, volta a garantire l'effettiva conoscenza del processo ed a ricondurre ad una determinazione consapevole e volontaria la mancata partecipazione dell'imputato, rappresentato ad ogni effetto dal suo difensore, e ha modificato, altresì, l'art. 548, comma 3, c.p.p., abolendo l'obbligo di notifica dell'avviso di deposito della sentenza all'imputato contumace.

Cass., sez. 5, sentenza 22 marzo 2019, n. 22831
 (dep. 23 maggio 2019), Rv. 275405
 Pres. Morelli Rel. Pezzullo Imp. Saccuti P.M. Picardi (Diff.)
 Rigetta, Corte di Appello di L'Aquila

Prove – Mezzi di prova – Testimonianza – Oggetto e limiti – Persona offesa – Dichiarazioni della persona offesa – Valore probatorio – Opportunità di acquisire riscontri – Condizioni.

In tema di testimonianza, le dichiarazioni della persona offesa costituita parte civile possono essere poste, anche da sole, a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, più penetrante e ri-

gorosa rispetto a quella richiesta per la valutazione delle dichiarazioni di altri testimoni, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto e, qualora risulti opportuna l'acquisizione di riscontri estrinseci, questi possono consistere in qualsiasi elemento idoneo a escludere l'intento calunnioso del dichiarante, non dovendo risolversi in autonome prove del fatto, né assistere ogni segmento della narrazione.

Cass., sez. 5, sentenza 26 marzo 2019, n. 21135
(dep. 15 maggio 2019), Rv. 275312
Pres. De Gregorio, Rel. Pistorelli, Imp. S., P.M. Seccia (Conf.)
Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Trieste

Reati contro il patrimonio – Delitti – Truffa – In genere – Sostituzione dell'etichetta recante il codice a barre con quella applicata ad un prodotto meno costoso – Furto aggravato dal mezzo fraudolento – Esclusione – Truffa – Configurabilità – Ragioni.

Integra un'ipotesi di truffa, e non di furto aggravato dal mezzo fraudolento, la condotta di chi acquisti un prodotto al supermercato pagando un prezzo inferiore al dovuto mediante sostituzione dell'etichetta recante il codice a barre con quella applicata ad un prodotto meno costoso, atteso che, in tal caso, l'impossessamento non si realizza "invito domino", ma con il consenso pur viziato del cassiere.

Cass., sez. 5, sentenza 17 aprile 2019, n. 22842
(dep. 23 maggio 2019), Rv. 275555
Pres. Palla, Rel. Romano, Imp. Fusto, P.M. Lignola (Parz. Diff.)
Annulla senza rinvio, Corte di Appello di Genova

Reati contro la persona – Delitti contro la vita e l'incolumità individuale – Lesioni personali volontarie – In genere – Elementi costitutivi – Percosse – Differenze.

I reati di percosse e di lesioni personali volontarie hanno in comune l'elemento soggettivo, che consiste nella volontà di colpire taluno con violenza fisica, mentre differiscono nelle conseguenze della condotta, atteso che le lesioni superano la mera ed eventuale sensazione dolorosa tipica delle percosse, determinando un'alterazione delle normali funzioni fisiologiche dell'organismo, che richiede un processo terapeutico e specifiche cure mediche.

Cass., sez. 2, sentenza 21 febbraio 2019, n. 22534
(dep. 23 maggio 2019), Rv. 275422
Pres. Cammino, Rel. Beltrani, Imp. Arredondo, P.M. Cocomello (Conf.)
Dichiara inammissibile, Corte di Appello di Milano

Reati Contro l'ordine Pubblico – Delitti – Associazione per delinquere – In genere – Associazione di tipo mafioso – Circostanza aggravante di cui all'art. 416-bis, comma sesto, c.p. – Presupposti di operatività – Estorsioni finalizzate ad imporre imprese mafiose – Successivo reinvestimento dei profitti nelle attività delle medesime imprese – Sussistenza.

In tema di associazione a delinquere di stampo mafioso, aggravata ai sensi dell'art. 416 bis, comma sesto, c.p., si ha reinvestimento delle utilità procurate dalle azioni delittuose anche quando al soggetto passivo viene imposto, con violenza o minaccia, di far assegnare lavori in appalto ad imprese colluse o di cedere attività commerciali in favore di prestanome mafiosi, atteso che, in tali ipotesi, il profitto ingiusto del delitto estorsivo è costituito dalla remunerazione dei lavori e dei servizi svolti dall'impresa mafiosa, che si giova dell'imposizione criminale, ovvero dai proventi derivanti dall'acquisizione dell'attività commerciale altrui, ed il reimpiego si attua attraverso l'investimento di tale profitto nelle attività della medesima impresa mafiosa.

Cass., sez. 2, sentenza 19 marzo 2019, n. 21460
(dep. 16 maggio 2019), Rv. 275586
Pres. Diotallevi, Rel. Pardo, Imp. Buglisi, P.M. Casella (Parz. Diff.)
Rigetta, Corte di Assise di Appello di Palermo

Reato – Circostanze – Aggravanti in genere – Falso in atto pubblico – Aggravante di cui all'art. 476, comma secondo, c.p. – Contestazione – Requisiti – Indicazione.

In tema di reato di falso in atto pubblico, non può ritenersi legittimamente contestata, sì che non può essere ritenuta in sentenza dal giudice, la fattispecie aggravata di cui all'art. 476, comma secondo, c.p., qualora nel capo d'imputazione non sia esposta la natura fidefacente dell'atto, o direttamente, o mediante l'impiego di formule equivalenti, ovvero attraverso l'indicazione della relativa norma. (In applicazione del principio le Sezioni unite hanno escluso che la mera indicazione dell'atto, in relazione al quale la condotta di falso è contestata, sia sufficiente a tal fine in quanto l'attribuzione ad esso della qualità di documento fidefacente costituisce il risultato di una valutazione).

Cass., sez. un., sentenza 18 aprile 2019, n. 24906

(dep. 04 giugno 2019), Rv. 275436
 Pres. Carcano, Rel. Zaza, Imp. Sorge, P.M. Fimiani (Conf.)
 Annulla senza rinvio, Corte di Appello di L'aquila

Reato – Delitto Tentato (Tentativo) – Desistenza volontaria – Concorso nel reato – Desistenza del singolo concorrente – Configurabilità – Condizioni.

In tema di tentativo, il concorrente nel reato plurisoggettivo, per beneficiare della desistenza volontaria, non può limitarsi ad interrompere la propria azione criminosa, occorrendo, invece, un “quid pluris” consistente nell’annullamento del contributo dato alla realizzazione collettiva e nella eliminazione delle conseguenze dell’azione che fino a quel momento si sono prodotte.

Cass., sez. 2, sentenza 24 aprile 2019, n. 22503
 (dep. 22 maggio 2019), Rv. 275421
 Pres. Gallo, Rel. Monaco, Imp. Calabrò, P.M. Seccia (Diff.)
 Rigetta, Corte di Appello di Reggio Calabria

Reato – Reato continuato – In genere – Stato di tossicodipendenza – Rilevanza ai fini del riconoscimento dell’unicità del disegno criminoso – Condizioni.

In tema di reato continuato, a seguito della modifica dell’art. 671, comma 1, c.p.p. ad opera della legge 21 febbraio 2006, n.49, lo stato di tossicodipendenza, pur non comportando automaticamente il riconoscimento dell’unicità del disegno criminoso, può giustificarlo con riguardo ai reati che siano collegati e dipendenti a tale stato, sempre che ricorrano anche le altre condizioni individuate dalla giurisprudenza per la sussistenza della continuazione.

Cass., sez. 2, sentenza 21 marzo 2019, n. 22493
 (dep. 22 maggio 2019), Rv. 275420
 Pres. Cammino, Rel. Coscioni, Imp. Avanzini, P.M. Molino (Diff.)
 Annulla in parte con rinvio, Corte di Appello di Brescia

Termini processuali – Restituzione nel termine – Decreto di condanna – Grave incidente d’auto subito dall’unico difensore di fiducia dell’imputato prima del deposito di nomina ed opposizione – Causa di forza maggiore – Sussistenza – Ragioni.

Ricorre una situazione di fatto riconducibile ad una causa di forza maggiore, legittimante la restituzione nel termine per presentare opposizione a decreto penale di condanna ai sensi dell’art. 175 c.p., nel caso di grave incidente d’auto subito dall’unico difensore di fiducia dell’imputato che, ricevuta la nomina in proprio favore il giorno stesso dell’incidente, si sia trovato, in conseguenza di esso, nella materiale impossibilità di depositare detta nomina con l’atto di opposizione. (In motivazione, la Corte ha aggiunto che, la brevità del termine per proporre l’opposizione rende inesigibile sia una costante verifica, da parte dell’imputato, dell’effettiva capacità del difensore di portare a compimento il mandato conferitogli, sia il dovere, da parte di questi, qualora affetto da grave patologia, di informare direttamente od indirettamente il primo dell’impossibilità di adempiere).

Cass, sez. 2, sentenza 17 aprile 2019, n. 21726
 (dep. 17 maggio 2019), Rv. 275591
 Pres. Gallo, Rel. Di Pisa, Imp. Iannotti, P.M. Mignolo (Diff.)
 Annulla senza rinvio, GIP Tribunale di Latina

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Circostanze aggravanti: futili motivi – Caratteristiche.

(art. 61 n. 1 c.p.)

La circostanza aggravante dei motivi futili sussiste quando la determinazione criminosa sia stata causata da uno stimolo esterno così lieve, banale e sproporzionato rispetto alla gravità del reato, da apparire, secondo il comune modo di sentire, assolutamente insufficiente a provocare l'azione criminosa, tanto da potersi considerare, più che una causa determinante dell'evento, un mero pretesto per lo sfogo di un impulso criminale.

Tribunale Nola, G.M. Martucci di Scarfizzi, sentenza 1 aprile 2019, n. 965

Circostanze attenuanti: stato d'ira – Provocazione – Presupposti.

(art. 62 n. 2 c.p.)

Ai fini della configurabilità della attenuante della provocazione si ritiene necessaria la sussistenza di una serie di elementi: a) lo stato d'ira costituito da una situazione psicologica caratterizzata da un impulso emotivo incontenibile, che determina la perdita dei poteri di autocontrollo, generando un forte turbamento connotato da impulsi aggressivi; b) il fatto ingiusto altrui costituito non solo da un comportamento antiggiuridico in senso stretto ma anche dall'inservanza di norme sociali o di costume regolanti la ordinaria, civile, convivenza per cui possono rientrarvi, oltre ai comportamenti sprezzanti o costituenti manifestazione di iattanza, anche quelli sconvenienti o, nella particolari circostanze, inappropriati; c) un rapporto di causalità psicologica tra l'offesa e la reazione, indipendentemente dalla proporzionalità tra essa.

Tribunale Nola, G.M. Martucci di Scarfizzi, sentenza 1 aprile 2019, n. 965

Furto: sottrazione energia elettrica – Allacciamento abusivo – Aggravante – sussistenza.

(art. 625 c.p.)

In tema di furto di energia elettrica, sussiste l'aggravante di cui all'art. 625 n. 2 c.p., qualora la sottrazione di energia elettrica avvenga mediante l'allacciamento diretto alla rete di distribuzione, atteso che, in tal caso, il flusso abusivo può essere generato solo attraverso il seppur marginale danneggiamento per distacco dei fili conduttori, costituendo, peraltro, l'utilizzo di un filo conduttore saldato per allacciarsi abusivamente alla rete un artificio che rientra nell'ambito del "mezzo fraudolento" di cui all'art. 625 n. 2 c.p., attuato palesemente con violenza sulle cose.

Tribunale Nola, G.O.T. Fedele, sentenza 7 marzo 2019, n.687

Furto energia elettrica: allaccio abusivo realizzato da altri – Irrilevanza.

(art. 625 c.p.)

La sottrazione illecita di energia elettrica realizzata mediante l'abusivo allaccio con cavi elettrici alla rete di alimentazione integra il reato di furto ancorché detto allaccio non sia stato posto in essere dall'agente, il quale si sia limitato unicamente a farne uso.

Tribunale Nola, G.O.T. Fedele, sentenza 7 marzo 2019, n.687

Interruzione di un ufficio e/o pubblico servizio: mancata prestazione del servizio – Rilevanza.

(art. 340 c.p.)

La condotta relativa a tale reato, si sostanzia nel comportamento di colui che cagiona una interruzione o turba la regolarità di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità e dunque con la sua condotta determina una mancata prestazione o una cessazione totale dell'erogazione del servizio per un periodo di tempo apprezzabile,

ovvero in un'alterazione del funzionamento dell'ufficio o servizio pubblico nel suo complesso. La giurisprudenza ritiene che sia irrilevante la durata della condotta criminosa e l'entità della stessa, purchè non siano di minima o scarsa importanza, di conseguenza il reato è configurabile anche quando i fatti di interruzione o di turbativa incidono in qualsiasi misura sui mezzi che sono apprestati per il funzionamento del servizio, non occorrendo che essi concernano l'intero sistema organizzativo dell'attività.

Tribunale Nola, G.M. Zingales, sentenza 11 aprile 2019, n. 1119

Resistenza a p.u.: violenza e minaccia – Requisiti – Condotte punibili – Casistica.

(art. 337 c.p.)

Il delitto di cui all'art. 337 c.p. si configura laddove il soggetto ponga in essere una condotta aggressiva, violenta o minacciosa tale da coartare la libertà del p.u. mentre compie un atto del proprio ufficio o che sia idoneo ad ostacolare l'esecuzione della propria funzione. Infatti, la norma salvaguarda la libertà di azione del p.u. ed è posta a tutela della pubblica amministrazione.

La condotta criminosa sanzionata è specificamente diretta ad ostacolare il compimento dell'attività doverosa e legittima del p.u. sicchè la violenza o minaccia è usata durante il compimento dell'atto d'ufficio al fine di impedirlo e di opporsi ad esso, senza restare nell'ambito della mera manifestazione offensiva quale espressione di un semplice disprezzo verso il p.u. Rientra nell'ambito delle condotte penalmente rilevanti e sanzionabili, ogni comportamento idoneo ad opporsi all'atto che il p.u. sta doverosamente compiendo che costituisca oggettivamente minaccia e ponga in pericolo la pubblica e privata incolumità quali, la guida spericolata inseguiti dagli agenti, il divincolarsi o lo stratonare, esulando tali condotte dalla mera resistenza passiva. Ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 337 c.p., l'atto di divincolarsi posto in essere da un soggetto fermato dalla p.g. integra il requisito della violenza e non una condotta di mera resistenza passiva, quando non costituisce una reazione spontanea ed istintiva al compimento dell'atto del p.u., ma un vero e proprio impiego di forza diretto a neutralizzare l'azione ed a sottrarsi alla presa, guadagnando la fuga.

Tribunale Nola, G.M. Martucci di Scarfizzi, sentenza 1 aprile 2019, n. 965

Resistenza a p.u.: elemento soggettivo – Caratteristiche.

(art. 337 c.p.)

Quanto all'elemento psicologico la fattispecie richiede la coscienza e volontà di usare violenza o minaccia per opporsi al compimento dell'atto e la consapevolezza di trovarsi di fronte ad un rappresentante dell'autorità che sta adempiendo ad un dovere del proprio ufficio. L'elemento psicologico è costituito dall'azione dell'imputato diretta a sfuggire comunque all'operato del p.u. e cioè nella coscienza e volontà di precludergli, con la propria condotta minacciosa e violenta, l'atto di ufficio ritenuto pregiudizievole ai propri interessi, mentre del tutto estranei sono lo scopo mediato ed i motivi di fatto avuti di ira dall'agente.

Tribunale Nola, G.M. Martucci di Scarfizzi, sentenza 1 aprile 2019, n. 965

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: mancata corresponsione degli alimenti – Elementi costitutivi.

(art. 570 c.p.)

Al fine di ritenere integrato il reato di cui all'art. 570 cpv c.p. il giudice penale deve accertare se, per effetto di tale condotta, siano venuti a mancare ai beneficiari i mezzi di sussistenza, con l'ulteriore precisazione che il reato non viene meno qualora il figlio minore – il cui stato di bisogno risulta di intuitiva evidenza, non avendo un proprio reddito – abbia ricevuto da terzi, coobbligati o non coobbligati, i mezzi di sussistenza per le più urgenti necessità, in quanto proprio tale sostituzione costituisce prova dello stato di bisogno in cui versa il minore.

Tribunale Nola, G.O.T. Fedele, sentenza 7 febbraio 2019, n. 368

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: mezzi di sussistenza – Stato di bisogno – Nozione.

(art. 570 c.p.)

In punto di diritto appare opportuno evidenziare che la nozione di mezzi di sussistenza che rileva in tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare comprende solo ciò che è necessario per la sopravvivenza dei familiari dell'obbligato nel momento storico in cui il fatto avviene. Lo stato di bisogno, infatti, va apprezzato nel rapporto tra la persona che deve essere assistita ed il soggetto obbligato, con l'effetto che il reato non è escluso dal fatto che altri, coobbligati od obbligati in via sussidiaria, si sostituiscano all'inerzia del soggetto obbligato a prestare i mezzi di sussistenza.

Tribunale Nola, G.O.T. Fedele, sentenza 7 febbraio 2019, n. 368

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: elemento soggettivo – Dolo generico.

(art. 570 c.p.)

Il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare è reato a dolo generico, non richiedendosi, per la sua

configurabilità, che la condotta omissiva venga posta in essere dall'agente con l'intenzione e la volontà di fare mancare realmente i mezzi di sussistenza all'avente diritto, rimanendo integrato il dolo generico richiesto dalla norma dalla mera consapevolezza di sottrarsi all'adempimento dell'obbligo di mantenimento.

Tribunale Nola, G.o.T. Fedele, sentenza 7 febbraio 2019, n. 368

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: necessaria indigenza dell'obligato – Disoccupazione e/o mera difficoltà economica – Irrilevanza.

(art. 570 c.p.)

L'impossibilità alla somministrazione dei mezzi di sussistenza che costituisce esimente dalla responsabilità penale, deve concretizzarsi, non in mera difficoltà economica, ma in uno stato di vera e propria indigenza che inibisca l'adempimento anche solo parziale della prestazione e deve inoltre prescindere da una condotta colpevole dell'obligato, il quale è tenuto a fare tutto ciò che è nelle sue possibilità per mettersi in condizioni di adempiere ai propri obblighi di genitore. Neanche lo stato formale di disoccupazione fa venire meno gli obblighi di assistenza familiare. Infatti "è necessario che, oltre a ciò, il soggetto obligato al versamento dimostri che le sue difficoltà economiche si siano tradotte in uno stato di vera e propria indigenza economica e nell'impossibilità di adempiere, sia pure in parte, alla suddetta prestazione.

Tribunale Nola, G.o.T. Fedele, sentenza 7 febbraio 2019, n. 368

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: mancanza di mezzi di sussistenza – Valutazione – Criteri.

(art. 570 c.p.)

La valutazione circa la mancanza dei mezzi di sussistenza deve essere dunque rigorosa, ma compiuta caso per caso, concretamente, e deve comprendere tanto l'accertamento circa un effettivo stato di bisogno quanto quello concernente la reale capacità economica dell'agente di fornire i mezzi di sussistenza.

Tribunale Nola, G.o.T. Fedele, sentenza 7 febbraio 2019, n. 368

Violenza e minaccia a p.u.: reazione ad azione pregressa del p.u. – Esclusione della finalità di coartarne la sua volontà.

(art. 336 c.p.)

Non è integrato il reato di violenza e minaccia a p.u., dalle espressioni intimidatorie rivolte al p.u. come reazione alla pregressa attività dello stesso, in quanto, in tal caso, difetta la finalità di costringere la persona offesa e completare un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto dell'ufficio ovvero, quella di influire comunque su di esso, potendosi, piuttosto, configurare, in alternativa, il reato di minaccia aggravata ex art. 612 e 61 n. 10 c.p. Ancora non lo integra neppure la reazione genericamente minatoria del privato, mera espressione di sentimenti ostili non accompagnati dalla specifica prospettiva di un danno ingiusto, che sia sufficientemente concreta da risultare idonea a turbare il p.u. nell'assolvimento dei suoi compiti istituzionali. Dunque, il requisito ontologico indefettibile del delitto contestato al capo a) è il collegamento diretto ed imprescindibile con l'attività istituzionale posta in essere dal p.u., nel senso che la condotta violenta e/o intimidatoria devono essere state attuate al fine precipuo di coartarne la sua volontà e di costringerlo, quindi a compiere un atto contrario ai doveri istituzionali ovvero ad omettere l'atto doveroso del suo ufficio.

Tribunale Nola, G.M. Zingales, sentenza 11 aprile 2019, n.1119

Violenza o minaccia a p.u.: condotta punibile – Differenza con reato di resistenza a p.u.

(art. 336 c.p. – 337 c.p.)

Il delitto di cui all'art. 336 c.p. richiede che il soggetto ponga in essere una condotta aggressiva, violenta o minacciosa tale da coartare la libertà del p.u. e costringerlo a compiere un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto del proprio ufficio, laddove l'azione intimidatrice – la cui idoneità deve essere valutata secondo un criterio oggettivo ex ante – deve essere realizzata anteriormente al compimento dell'atto da parte del P.U. al fine di ostacolarlo e di condizionarne la libertà di determinazione. Infatti l'elemento distintivo tra il delitto in esame e quello di cui all'art. 337 c.p., è rappresentato proprio dal criterio temporale dell'atto doveroso compiuto dal p.u.: nel primo caso, la violenza o minaccia si riferiscono ad un'attività futura del p.u., prima ancora che sia stata compiuta, mentre nel delitto di resistenza, la violenza o minaccia sono attuate durante il compimento dell'atto doveroso del p.u. al fine di opporsi ad esso.

Tribunale Nola, G.M. Martucci di Scarfizzi, sentenza 1 aprile 2019, n. 965

Violenza privata: condotta punibile.

(art. 610 c.p.)

Ai fini della sussistenza del reato di violenza privata, ove l'elemento oggettivo del delitto di violenza privata è

costituito da una violenza o da una minaccia che abbiano l'effetto di costringere taluno a fare, tollerare od omettere una condotta determinata, poiché, in assenza di tale determinatezza, possono integrarsi i singoli reati da minaccia, molestia, ingiuria, percosse, ma non, per l'appunto quello di violenza privata. In sintesi il delitto in questione non è configurabile qualora gli atti di violenza e di natura intimidatoria integrino, essi stessi, l'evento naturalistico del reato, vale a dire a il patì cui la vittima sarebbe stata costretta. L'evento del reato, nell'ipotesi del ricorso alla violenza, non può coincidere con il mero attentato all'integrità fisica della vittima, o anche solo con la compressione della sua libertà di movimento conseguente e connaturata all'aggressione fisica subita.

Tribunale Nola, G.o.t. Ardolino, sentenza 17 maggio 2019, n. 1369

CODICE PROCEDURA PENALE

Riconoscimento fotografico: investigazione indiretta della p.g. – Formalità procedurali – Necessità – Esclusione.

(art. 349 c.p.p.)

Il riconoscimento fotografico effettuato dalla P.G. rientra tra gli atti di investigazione indiretta della polizia giudiziaria, segnatamente tra le identificazioni di persona previste dall'art. 349 c.p.p., e come tale può essere compiuto dalla polizia giudiziaria d'iniziativa, senza bisogno di delega da parte del P.M., e non richiede l'osservanza di particolari formalità procedurali (cfr. Cass. sez. IV, 28 marzo- Il giugno 2003, n. 25198); come più volte affermato dalla Suprema Corte, il riconoscimento fotografico costituisce "accertamento di fatto utilizzabile in virtù dei principi della non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento, che consentono il ricorso non solo alle cosiddette prove legali, ma anche a elementi di giudizio diversi, purché acquisiti non in violazione di specifici divieti" (cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14/10/2008, n. 45496). Trattasi, più dettagliatamente, di un "dato probatorio (più precisamente, di una prova atipica) la cui affidabilità non deriva dal riconoscimento in sé, ma dalla credibilità della deposizione di chi, avendo esaminato la fotografia dell'imputato, si dica certo della sua identificazione.

Tribunale Napoli, G.U.P. De Angelis, sentenza 4 marzo 2019, n. 346

Valutazione della prova: testimonianza della p.o.: valutazione frazionata – Criteri e modalità.

(art. 192 c.p.p.)

E' legittima la valutazione frazionata delle dichiarazioni della p.o., purché il giudizio di inattendibilità, riferito soltanto ad alcune circostanze, non comprometta per intero la stessa credibilità del dichiarante ovvero non infici la plausibilità delle altre parti del racconto, sempre che non esista un'interferenza fattuale e logica tra gli aspetti del narrato per i quali non si ritiene raggiunta la prova della veridicità e quelli che siano intrinsecamente attendibili ed adeguatamente riscontrati.

Tribunale Nola, G.M. Martucci di Scarfizzi, sentenza 1 aprile 2019, n. 965

LEGGI PENALI SPECIALI

Fallimento: bancarotta fraudolenta patrimoniale – reato di pericolo.

(art. 216 L.f.)

Il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è un reato di pericolo concreto, in quanto l'atto di depauperamento, incidendo negativamente sulla consistenza del patrimonio sociale, deve essere idoneo a creare un pericolo per il soddisfacimento delle ragioni creditorie, che deve permanere fino al tempo che precede l'apertura della procedura fallimentare.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 5 marzo 2019, n. 652

Fallimento: bancarotta riparata – Presupposti ed efficacia.

(art. 216 L.F.)

L'ipotesi di restituzione- preventiva alla dichiarazione di fallimento - di quanto sottratto alla massa fallimentare si qualifica come "bancarotta riparata", che si configura, determinando l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, quando la sottrazione di beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento, non rilevando, invece, il momento di manifestazione del dissesto come limite di efficacia della restituzione.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 5 marzo 2019, n. 652

Fallimento: operazione infragruppo – Natura distrattiva – Presupposti.

(art. 216 L.f.)

In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, per escludere la natura distrattiva di un'operazione infragruppo invocando il maturarsi di vantaggi compensativi, non è sufficiente allegare la mera partecipazione al gruppo, ovvero l'esistenza di un vantaggio per la società controllante, dovendo invece l'interessato dimostrare il saldo finale positivo delle operazioni compiute nella logica e nell'interesse del gruppo, elemento indispensabile per considerare lecita l'operazione temporaneamente svantaggiosa per la società depauperata.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 5 marzo 2019, n. 652

Fallimento: bancarotta fraudolenta patrimoniale – Extraneus – Concorso – Configurabilità – Limiti.

(art. 216 L.f.)

In tema di concorso in bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione, il dolo dell'extraneus è configurabile ogniqualvolta egli apporta un contributo causale volontario al depauperamento del patrimonio sociale, non essendo richiesta la consapevolezza dello stato del dissesto della società.

Tribunale Nola, coll. D), sentenza 5 marzo 2019, n. 652

Reati tributari: accertamento induttivo – Valutazione in sede penale – Limiti e criteri.

(art. 4 d.lgs. 74/2000)

In tema di reati tributari, l'accertamento induttivo compiuto dagli uffici finanziari può rappresentare un valido elemento di indagine per stabilire, in sede penale, se vi sia stata evasione e se questa abbia raggiunto le soglie di punibilità previste dalla legge, a condizione che il giudice non si limiti a constatarne l'esistenza e non faccia apodittico richiamo agli elementi nello stesso descritti comparandoli con quelli eventualmente acquisiti "aliunde". Peraltro, si è ritenuto che per verificare il superamento delle soglie di punibilità fissata nella norma incriminatrice, il Giudice penale può legittimamente avvalersi dell'accertamento compiuto dagli uffici finanziari per la determinazione dell'imponibile.

Tribunale Avellino, G.M. Lezzi, sentenza 27 giugno 2019, n.1576

Reati tributari: formazione della prova – Presunzioni legali – Operatività – Limiti.

(art. 4 d.lgs. 74/2000)

Le presunzioni legali operanti in campo tributario non possono essere utilizzare sic et simpliciter in sede penale, atteso che il procedimento di formazione della prova tributaria è ispirato ad un principio di inversione dell'onere della prova, sicchè il giudice è chiamato a svolgere delle verifiche circa l'esistenza e l'ammontare dell'imposta evasa, in una prospettiva di prevalenza del dato fattuale reale rispetto ai criteri di natura meramente formale che caratterizzano l'ordinamento tributario", potendo comunque assumere dette presunzioni il valore di elementi di fatto. Pertanto, le presunzioni per assumere portata probatoria devono trovare riscontro in altri elementi di prova o in altre presunzioni purchè siano gravi, precise e concordanti.

Tribunale Avellino, G.M. Lezzi, sentenza 27 giugno 2019, n.1576

Reati tributari: costi non contabilizzati – Valutazione – Criteri.

(art. 4 d.lgs. 74/2000)

Il Giudice deve tener conto dei costi non contabilizzati solo in presenza (quanto meno) di allegazioni fattuali da cui desumere la certezza o comunque il ragionevole dubbio in merito alla loro esistenza.

Tribunale Avellino, G.M. Lezzi, sentenza 27 giugno 2019, n.1576

Diritto amministrativo

ASPETTI AMMINISTRATIVI COMPARATI IN MATERIA DI POLITICHE SANITARIE PER I MIGRANTI IRREGOLARI: IL CASO ITALIANO E FRANCESE	478
Glogia Viola Lacasella	
IL CONTROVERSO RAPPORTO TRA IL TERZO SETTORE E IL D.LGS. 231/2001: ANALISI COMPARATA DELLA DISCIPLINA GIURIDICA DELLE ASSOCIAZIONI E DELLA RESPONSABILITÀ PENALE DEGLI ENTI	489
Angelo Terracciano	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	494
a cura di Almerina Bove	



Aspetti amministrativi comparati in materia di politiche sanitarie per i migranti irregolari: Il Caso Italiano e Francese

abstract

Irregular immigrants often live in difficult conditions and face many difficulties related to access to health care. For this reason, some countries belonging to the European Community (such as Italy and France) have introduced specific provisions, also of an administrative nature, aimed at guaranteeing access to the national health system for irregular immigrants living in the national territory. These guidelines differ significantly depending on the national health system, the sources of funding and the presence or absence of a separate regime for irregular migrants. This contribution analyzes some regulatory aspects and some practices adopted by these two countries in the light of the principles of human rights of accessibility and its elements of non-discrimination, physical accessibility, economic accessibility and accessibility of information. Through this comparative analysis, the work assesses the impact of different solutions centered on respect for the right to health care, identifies the main obstacles to the effective implementation of the principle of accessibility and proposes policy recommendations for the full implementation of the right to health care.

keywords

Health policies – Irregular migrants – The Italian and French case.

abstract

Gli immigrati irregolari spesso vivono in condizioni disagiate e affrontano molte difficoltà legate all'accesso all'assistenza sanitaria. Per questo motivo alcuni Paesi appartenenti alla Comunità Europea (come Italia e Francia) hanno introdotto delle specifiche disposizioni, anche di natura amministrativa, volte a garantire l'accesso al sistema sanitario nazionale per gli immigrati irregolari che vivono all'interno del territorio nazionale. Questi orientamenti differiscono significativamente a seconda del sistema sanitario nazionale, delle fonti di finanziamento e dalla presenza o meno di un regime separato per i migranti irregolari. Questo contributo analizza alcuni aspetti normativi e talune pratiche adottate da questi due Paesi alla luce dei principi dei diritti umani dell'accessibilità e dei suoi elementi di non discriminazione ovvero accessibilità fisica, accessibilità economica e accessibilità delle informazioni. Attraverso questa analisi comparata,

il lavoro valuta l'impatto di diverse soluzioni centrate sul rispetto del diritto all'assistenza sanitaria, identifica i principali ostacoli all'attuazione effettiva del principio di accessibilità e propone raccomandazioni politiche per la piena attuazione del diritto all'assistenza sanitaria.

parole chiave

Politiche sanitarie – Migranti irregolari – Caso Italiano e Francese.

La Convenzione n.143 sui lavoratori migranti¹ dell'Organizzazione internazionale del lavoro², all'art. 2 definisce la migrazione irregolare come: "La situazione di un migrante che durante il suo viaggio, al suo arrivo o durante la sua permanenza e la sua occupazione in un Paese, si trovi in condizioni che contravvengono alle Direttive e agli Accordi Internazionali in materia, multilaterali o bilaterali, o alla legislazione nazionale"³.

Ai sensi dell'art. 5 della Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie⁴ del 1990, i migranti irregolari sono coloro che non rispettano la legislazione nazionale e gli accordi internazionali riguardanti l'ingresso, la permanenza e l'occupazione

¹ Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti.

² L'Organizzazione Internazionale del Lavoro -ILO- è l'agenzia delle Nazioni Unite che si occupa di promuovere il lavoro dignitoso e produttivo in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità umana per uomini e donne.

³ Da qui l'affermazione del demografo francese Georges Tapinos (OCSE 1999) che fotografa l'immigrazione irregolare quale punto di incontro tra il destino del migrante e la normativa in materia di immigrazione, e concludendo che è molto difficile arrestarne il destino. http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/stenbic/30/2009/1124/INTERO.pdf

⁴ La Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie ovvero ICPMW -International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families- è un trattato multilaterale delle Nazioni Unite che disciplina la protezione dei lavoratori migranti e delle loro famiglie. La Convenzione costituisce un trattato internazionale globale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti. Tale trattato sottolinea il legame tra migrazione e diritti umani mirando a proteggere i lavoratori migranti e i membri delle loro famiglie, provvedendo a fissare uno standard morale e funge da guida e da stimolo per la promozione dei diritti dei migranti in ogni Paese.

nello Stato ospitante. A seconda della legislazione nazionale, possono diventare tali perché il loro ingresso all'interno del Paese avviene in modo irregolare o perché la loro permanenza perdura nonostante la scadenza del permesso di soggiorno o dopo che la loro domanda di asilo è stata respinta⁵.

I migranti variano ampiamente in base all'età, al Paese d'origine, all'integrazione sociale ed economica, alle condizioni di vita e al genere di appartenenza, una grande porzione ha tra i 20 ed i 40 anni e vive in condizioni abitative precarie, disponendo di risorse economiche insicure e instabili.

Il recente aumento dell'afflusso di migranti nell'Unione Europea e il conseguente aumento del numero di migranti irregolari sono stati accompagnati da crescenti preoccupazioni relativamente al rispetto dei diritti umani, nonché in merito a rivendicazioni di sovraccarico finanziario e demografico dei sistemi di sicurezza sociale nazionali⁶. I migranti che vivono in clandestinità sono particolarmente vulnerabili alle violazioni dei diritti umani e spesso soffrono delle conseguenze di condizioni di vita disagiate che comportano un impatto negativo sul loro stato di salute. Nonostante sia molto comune l'idea del migrante come *“portatore di malattie”* difatti solitamente è la quota più sana e giovane della popolazione ad intraprendere viaggi internazionali (quello che è stato definito *“effetto migrante sano”*⁷) ma il livello di assistenza sanitaria nel paese di destinazione è spesso influenzato negativamente da molteplici fattori tra cui possibili esperienze di violenza durante il viaggio e precarie condizioni abitative e di lavoro, difatti è scarsa l'attenzione rivolta ai necessari interventi di tutela e prevenzione della salute psichica e fisica di queste persone, che nella maggior parte dei casi arrivano in buona salute e successivamente si ammalano soprattutto per le condizioni di vita e di accoglienza⁸. Per quanto riguarda quest'ultime, i fattori di maggior vulnerabilità includono alloggi di fortuna sovraffollati⁹, il mancato rispetto delle norme sul lavoro in materia di sicurezza e salute, con la conseguente alta incidenza di infortuni sul lavoro, la sensazione di precarietà e instabilità e, infine, l'impossibilità di accesso al servizio sanitario nazionale.

Molti migranti irregolari soffrono di problemi psichiatrici, in particolare di sindrome da stress post traumatico e di sindrome dell'immigrato con stress cronico e multiplo – cd. sindrome di Ulisse – e altre forme di ansia e depressione legate al senso di precarietà e alla paura di essere rimpatriati, così come ma-

lattie croniche e infettive e problemi dentali¹⁰. Inoltre, molti clandestini sono lavoratori irregolari o precari e sono quindi spesso esclusi dai diritti sociali di base, compresi i sussidi di malattia. La loro posizione legale instabile, in aggiunta, porta al timore di perdere il lavoro in caso di assenza prolungata e limita ulteriormente la possibilità di consultare un medico o di trascorrere del tempo a casa per riprendersi dalla malattia¹¹. Infine, la crisi economica europea ha ulteriormente posto in pericolo le condizioni di salute dei migranti irregolari, in quanto ha generato un circolo vizioso in cui il peggioramento delle condizioni di vita ha portato ad un incremento delle prestazioni in termini di assistenza sanitaria, i cui costi elevati non potrebbero essere sostenuti dai migranti a causa della situazione economica compromessa¹².

Questo articolo mira ad analizzare le possibili risposte alla problematicità di garantire l'accesso alle cure ai migranti irregolari in Europa, attraverso lo studio comparato del sistema italiano e francese, i quali forniscono ugualmente ai migranti clandestini l'accesso all'assistenza sanitaria oltre che quella di emergenza. La scelta dei Paesi è stata guidata dal duplice scopo di valutare soluzioni ad ampio spettro e di confrontare gli ostacoli che si presentano in Paesi i cui quadri giuridici riconoscono in larga misura il diritto alle cure agli immigrati irregolari. Mentre il sistema sanitario italiano si basa su una copertura universale ed è finanziato attraverso la tassazione universale, il sistema francese è principalmente basato sul sistema assicurativo. Inoltre in Italia e in Francia i migranti hanno accesso gratuitamente ai trattamenti attraverso un canale diverso da quello disponibile per il resto della popolazione. Nonostante queste differenze, per i migranti irregolari vi sono ostacoli all'accesso effettivo all'assistenza sanitaria e, conseguentemente, il diritto umano alla salute non è pienamente assicurato.

In primo luogo, l'articolo analizzerà il quadro internazionale dei diritti umani in merito al diritto all'assistenza sanitaria e la sua applicazione ai migranti irregolari. In particolare, si concentrerà sul commento generale n. 14 della Commissione per i diritti economici, sociali e culturali¹³, che stabilisce i principi di disponibilità, accessibilità e qualità delle cure.

In secondo luogo, esaminerà come è affrontato il problema del diritto all'assistenza sanitaria per i mi-

⁵ Carta dei diritti dei migranti internazionali (2010), introduzione.

⁶ Statuto delle Nazioni Unite, Dichiarazione universale dei diritti umani (10 dicembre 1948).

⁷ “Salute di rifugiati e migranti” OMS Regione Europea (2018).

⁸ Carta dei diritti per i migranti internazionali (2010).

⁹ Convenzione di Ginevra, 28 luglio 1951.

¹⁰ Medecinsdu Monde, rapporto sull'accoglienza dei migranti che riflette una crisi di solidarietà

¹¹ Françoise Crèpeau, “Una nuova agenda per facilitare la mobilità umana dopo i vertici ONU su rifugiati e migranti (24 marzo 2017) <https://www.opendemocracy.net/en/beyond-trafficking-and-slavery/new-agenda-for-facilitating-human-mobility-after-un-summits-on-refugee> <https://www.unric.org/it/agenda-2030/30726-obiettivo-10-ridurre-lineaguaglianza-allinterno-e-fra-le-nazioni>.

¹² Relazione su Proposta di Risoluzione Parlamento Europeo (2016/2057 (INI).

¹³ <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf>.

granti irregolari, conformemente agli strumenti adottati dall'Unione Europea e dal Consiglio d'Europa, e presenterà una breve rassegna della letteratura disponibile sul diritto alla salute per i migranti irregolari in Europa.

In terzo luogo, verranno presentati i quadri giuridici nazionali italiani e francesi, allo scopo di comparare diverse soluzioni in termini di diritto, sistemi di finanziamento e mezzi di attuazione. Infine, queste leggi e la loro attuazione pratica saranno analizzate alla luce del principio di accessibilità dei diritti umani e dei suoi elementi di non discriminazione, accessibilità fisica, accessibilità economica e accessibilità delle informazioni.

Attraverso questa analisi comparata, l'articolo mira a valutare l'impatto, anche da un punto di vista amministrativo, delle diverse soluzioni basate sul rispetto del diritto all'assistenza sanitaria e ad individuare i principali ostacoli all'effettiva attuazione del principio dell'accessibilità delle cure. In definitiva, vengono suggerite quattro principali raccomandazioni: l'adozione di disposizioni di legge che garantiscano l'accesso all'assistenza sanitaria ai migranti irregolari e attuate in modo equo ed efficace in tutta la nazione; la creazione di un ambiente sicuro in cui i migranti possano accedere ai servizi pubblici senza temere l'identificazione o l'espulsione; la sostenibilità economica del sistema, che includa l'adozione di misure che concedono riduzioni delle tasse per chi ne ha bisogno e la promozione di campagne di informazione e sensibilizzazione tra il personale sanitario, le autorità di immigrazione e gli stessi migranti.

Il diritto alla salute è sancito da diversi strumenti internazionali vincolanti e non vincolanti. L'accesso all'assistenza sanitaria è un diritto umano fondamentale fruibile da ogni persona indipendentemente dal suo status. Secondo l'art. 25 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: *“Ogni individuo ha diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari”*. Analogamente, l'art.12 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali impone agli Stati parte¹⁴ il dovere di *“riconoscere il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire”*.

Il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di rispettare, proteggere e soddisfare il diritto umano alla salute, che include l'obbligo negativo di non interferire con il godimento di questo diritto, e gli obblighi positivi di prevenire qualsiasi interferenza da parte di terzi e di adottare misure legislative, amministrative,

finanziarie e sociali appropriate per realizzare pienamente questo diritto. Nel commento generale n. 14 sul diritto ad uno standard di salute più elevato (art. 12), la Commissione per i diritti economici, sociali e culturali ha elaborato quattro “elementi interrelati ed essenziali” che costituiscono il diritto all'assistenza sanitaria, ovvero: disponibilità, accessibilità, accettabilità e qualità.

L'elemento di disponibilità si riferisce alla presenza fisica di strutture sanitarie, beni e servizi in quantità sufficiente, inclusi *«i fattori determinanti della salute, come l'acqua potabile, strutture sanitarie adeguate e servizi igienici adeguati»*.

L'accessibilità del servizio si riferisce al rispetto del principio di non discriminazione di tutte le persone all'interno della giurisdizione dello Stato e comprende quattro dimensioni: non discriminazione, accessibilità fisica, accessibilità economica e accessibilità delle informazioni.

L'accettabilità del servizio si riferisce al rispetto dell'etica medica e della cultura dei beneficiari, nonché al principio di riservatezza.

Infine, la qualità delle strutture e dei servizi significa che *«i beni e i servizi devono anche essere scientificamente e medicalmente appropriati»*.

Secondo la Commissione, l'applicazione di questi elementi dipende dalle particolari condizioni applicate da ciascuno Stato e, a causa della loro correlazione, il pieno diritto all'assistenza sanitaria può essere raggiunto solo dopo aver soddisfatto tutti questi criteri.

Questi elementi si riferiscono principalmente al sistema sanitario generale, attuato a livello statale, che deve essere organizzato ed economicamente sostenibile al fine di garantire strutture, beni e servizi numericamente sufficienti, eticamente appropriati e di elevati standard qualitativi. L'adempimento di questi criteri è subordinato alla metodologia di finanziamento e alla struttura dei servizi nazionali, e quindi colpisce allo stesso modo migranti e non migranti. Al contrario, l'elemento dell'accessibilità include esplicitamente il rispetto del principio di non discriminazione, e quindi si riferisce alla parità di trattamento di tutte le persone all'interno della giurisdizione dello Stato, e l'adempimento dell'obbligo di astenersi *«dal negare o limitare la parità di accesso per tutte le persone, compresi i richiedenti asilo e gli immigrati irregolari, a servizi sanitari preventivi, curativi e palliativi»*. Quindi, in questo articolo, il livello di accesso alle cure sanitarie per i migranti in stato di clandestinità rispetto ai migranti regolari ed ai cittadini nazionali sarà analizzata alla luce del principio di accessibilità, in particolare in relazione ai suoi elementi di non-discriminazione, accessibilità fisica, accessibilità economica e accessibilità delle informazioni.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Eu-

¹⁴ Ad oggi sono 169 gli Stati firmatari del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, compresi tutti gli Stati membri dell'Unione Europea e la Svizzera. <http://indicators.ohchr.org/>.

ropea¹⁵ afferma che “ tutti hanno il diritto di accesso all’assistenza sanitaria preventiva¹⁶ e il diritto di beneficiare di cure mediche, alle condizioni stabilite dalle leggi e dalle prassi nazionali ». Per quanto concerne i migranti irregolari, la risoluzione del Parlamento europeo dell’8 marzo 2011¹⁷ sulla riduzione delle disuguaglianze sanitarie nell’UE¹⁸ raccomanda agli Stati di garantire un accesso equo all’assistenza sanitaria per «i gruppi più vulnerabili, compresi i migranti sprovvisti di documenti» e “valutare la fattibilità di soluzioni volte a sostenere l’assistenza sanitaria per i migranti irregolari, elaborando sulla base dei principi comuni una definizione degli elementi di base dell’assistenza sanitaria definita nelle relative norme nazionali”. La risoluzione riconosce inoltre l’impatto delle disuguaglianze socioeconomiche all’accesso all’assistenza sanitaria e invita gli Stati a “proseguire con solerzia gli sforzi per risolvere le disuguaglianze socioeconomiche in materia di assistenza sanitaria, sulla base dei valori universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà¹⁹, a concentrarsi sull’esigenze dei gruppi vulnerabili, tra cui i migranti svantaggiati”. Nonostante l’importanza di questi principi, non esisteva una direttiva europea che stabilisse standard minimi sui diritti per i migranti irregolari, tranne per coloro che sono stati identificati dalle autorità e che si trovano nei centri di detenzione o hanno ricevuto un congedo da sette a trenta giorni prima della partenza volontaria. Solo in queste situazioni la direttiva sul rimpatrio garantisce il diritto all’assistenza sanitaria d’urgenza e al trattamento essenziale delle malattie e impone agli Stati di prendere in considerazione le cause specifiche della vulnerabilità. L’insufficiente impegno ad adottare misure efficaci per migliorare i diritti dei migranti irregolari è dimostrato da una recente comunicazione della Commissione Europea, che ha commentato la mancata ratifica della Convenzione Internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti tra i Paesi dell’Unione europea affermando che l’insufficiente distinzione nella Convenzione tra i diritti economici e sociali dei lavoratori migranti regolari e irregolari non è in linea con le politiche nazionali e dell’Unione Europea, ed è quindi diventato un ostacolo fondamentale.

¹⁵ La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea – CDFUE – in Italia nota anche come Carta di Nizza è divenuta giuridicamente vincolante in seguito alla ratifica del trattato di Lisbona, nel 2009, e risponde alle necessità emerse di definire un gruppo di diritti umani e delle libertà fondamentali garantiti a tutti i cittadini degli Stati membri.

¹⁶ Carta dei diritti dei migranti internazionali (2010).

¹⁷ www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0081+0+DOC+XML+V0//IT

¹⁸ Riforma della legislazione nazionale del turismo, L. 29 marzo 2001 n. 135, art.4

¹⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2019 sull’attuazione del regolamento SPG (UE) n. 978/2012 (2018/2107 (INI))lett. B.

Nell’ambito del Consiglio d’Europa, la Risoluzione n.1509 del 2006 sui diritti umani dei migranti irregolari ha superato il limite sul diritto all’assistenza sanitaria d’emergenza incoraggiando gli Stati a “cercare di fornire un’assistenza sanitaria più olistica, tenendo conto, in particolare delle esigenze specifiche dei gruppi vulnerabili come bambini, le persone disabili, le donne incinte e gli anziani” (art. 13 comma 2). Inoltre, l’art.13 della Carta sociale europea richiede che gli Stati garantiscano l’assistenza a costi accessibili e l’assistenza sanitaria a tutte le persone indigenti, oltre alla parità di trattamento tra i loro cittadini e i cittadini di altri Stati parti. Anche se quest’ultima disposizione si riferisce solo ai migranti regolari, il Comitato europeo per i diritti umani ha dichiarato che qualsiasi rifiuto di assistenza di emergenza ai migranti, compresi quelli in situazione irregolare, dovrebbe essere considerato contrario all’art. 13 della Carta. Infine, nel 2011, il Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa ha adottato una Raccomandazione sulla mobilità, la migrazione e l’accesso all’assistenza sanitaria, basata, tra l’altro, sui contributi delle ONG internazionali che lavorano con migranti clandestini e che affermano esplicitamente la necessità di prestare particolare attenzione al diritto alle cure dei migranti in una situazione irregolare.

A livello nazionale, gli Stati membri dell’Unione Europea hanno adottato, negli ultimi decenni del XX secolo una serie di misure che conferiscono diversi diritti ai migranti irregolari²⁰, a prescindere dall’assicurare l’accesso alle cure d’emergenza e l’accesso gratuito ai trattamenti primari e secondari. Queste politiche sono state oggetto di diverse analisi comparative che mirano a classificare i Paesi in diverse categorie in base al livello di accesso all’assistenza sanitaria a cui hanno diritto i migranti privi di documenti.

Questi studi mostrano come tutti i Paesi appartenenti alla Comunità Europea garantiscono ai migranti irregolari l’accesso alle cure mediche di emergenza; tuttavia, in alcuni Paesi il pagamento totale dei costi della prestazione sanitaria è imposto ai migranti stessi, che normalmente non possono sostenerli. Inoltre, il concetto di emergenza spesso non è definito in modo esaustivo, con il rischio di interpretazioni discrezionali o disparità tra Regioni o Comuni. Oltre alle cure di emergenza, il livello di accesso all’assistenza sanitaria è stato analizzato focalizzandosi sulle sottocategorie di migranti irregolari e le tipologie di servizi inclusi. Devono poi essere presi in considerazione diversi fattori, quali i sistemi di stanziamento, la copertura prevista dal sistema sanitario nazionale, il livello di ripartizione dei costi e la base del diritto. Di conseguenza, i Paesi europei sono stati classificati in tre gruppi: Paesi

²⁰ Youth on the Move - rafforzare il sostegno ai giovani europei: un’iniziativa tesa ad incoraggiare i giovani a studiare o ricevere una formazione in un altro Paese e raggiungere una crescita intellettuale, sostenibile e inclusiva nell’Unione europea (2010).

in cui non vi è accesso all'assistenza sanitaria, Paesi che concedono un accesso minimo all'assistenza sanitaria e Paesi che concedono il pieno accesso all'assistenza sanitaria ai migranti irregolari. Questi tre gruppi riflettono diversi livelli di interrelazione tra politiche migratorie e politiche sanitarie: nel primo gruppo esiste una stretta connessione tra accesso alle cure e politiche migratorie, e quindi l'accesso all'assistenza sanitaria è severamente limitato per coloro che non rispettano le norme sull'immigrazione; nel secondo, vi è un certo collegamento tra il livello di intervento sociale e lo status amministrativo dell'individuo, che porta a diversi gradi di differenziazione tra cittadini nazionali e stranieri; infine, nel terzo gruppo c'è completa indipendenza delle politiche migratorie e sanitarie, in quanto si ritiene che i valori dei diritti umani abbiano autonomia²¹ rispetto alla politica migratoria.

I due Paesi che saranno analizzati in questo lavoro, Francia e Italia, sono stati inclusi nel gruppo che garantisce il più alto livello di accesso all'assistenza sanitaria per i migranti irregolari e dove quindi le politiche migratorie e sanitarie hanno una forte autonomia. Si analizzeranno più dettagliatamente i sistemi nazionali di questi Paesi, analizzando le condizioni del diritto, i servizi inclusi e le disposizioni economico-finanziarie.

Come accennato in precedenza, nel suo Commento Generale n.14, la Commissione per i Diritti Economici, Sociali e Culturali ha stabilito quattro elementi che, insieme, costituiscono il diritto umano alla salute e il cui conseguimento dipende dalla sua piena realizzazione. Questi elementi sono la disponibilità di strutture sanitarie, beni e servizi, la loro accessibilità, la loro accettabilità, che si riferisce alle componenti etiche e culturali del servizio, e alla loro qualità. Mentre gli elementi di disponibilità, accettabilità e qualità si riferiscono generalmente al sistema sanitario nazionale implementato in un Paese e non sono specifici per i migranti, il criterio dell'accessibilità richiede che le strutture, i beni e i servizi sanitari devono essere accessibili a tutti senza discriminazioni all'interno della giurisdizione dello Stato, e possono quindi essere utilizzati per analizzare il livello di accesso all'assistenza sanitaria per i migranti irregolari. In particolare, il contesto giuridico e pratico in Italia e in Francia sarà analizzato alla luce delle quattro dimensioni complementari che insieme costituiscono il principio dell'accessibilità: non discriminazione, accessibilità fisica, accessibilità economica e accessibilità delle informazioni.

Il principio di non discriminazione richiede che le strutture sanitarie, i beni e i servizi siano accessibili a tutti²², specialmente alle fasce più vulnerabili o marginalizzate della popolazione, di diritto e di fatto,

senza discriminazioni²³. Quindi, il rispetto di questo principio non deve essere misurato solo in termini di disposizioni di legge primaria, ma deve anche essere valutata attraverso l'analisi delle normative e delle pratiche attuate nel Paese. In effetti, in entrambi i Paesi oggetto di analisi in questo contributo sono stati osservati problemi legati a interpretazioni contrarie o poco chiare della legge, pratiche amministrative onerose e applicazioni errate del quadro giuridico che risultano discriminatorie tra i migranti in una situazione regolare e irregolare.

Anche il principio di accessibilità economica esige che le strutture sanitarie, i beni e i servizi siano accessibili a tutti, e che il pagamento per i servizi sanitari e i servizi correlati siano basati sul principio di equità, garantendo che questi servizi, forniti privatamente o pubblicamente, siano di fatto alla portata di tutti, compresi i gruppi socialmente svantaggiati: l'equità richiede che le famiglie più povere non siano sproporzionatamente gravate da spese sanitarie rispetto alle famiglie più ricche.

L'accessibilità delle informazioni include "il diritto di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee"²⁴ su problemi di salute. Per quanto riguarda questo elemento, sono state identificate questioni molto simili in Italia e in Francia, nonostante le notevoli differenze nei sistemi giuridici. In effetti, un accesso limitato alle informazioni sul sistema sanitario e sulle condizioni di diritto sia dalla parte dei pazienti che dalla parte del personale medico rappresenta uno dei principali ostacoli al pieno godimento del diritto alla salute. In particolare, studi condotti tra gli operatori sanitari di tutta Europa hanno sottolineato le difficoltà derivanti dalle barriere linguistiche, dalla mancanza di familiarità con i servizi sanitari, dalle differenze culturali e dalla diversa cognizione delle malattie e dei trattamenti. In particolare, la comunicazione si rivela un grosso problema, soprattutto a causa della limitata disponibilità dei servizi di interpretazione. Infine, è stato riferito che in alcune situazioni la mancanza di consapevolezza dei migranti privi di documenti sul diritto a ricevere l'assistenza sanitaria porta ad un uso abusivo delle carte di assicurazione appartenenti a parenti o amici in una posizione regolare, anche quando avrebbero diritto ad essere assicurati loro stessi, che può comportare seri problemi per la comprensione dell'anamnesi del paziente.

Infine l'accessibilità fisica necessita che le strutture sanitarie, i beni e i servizi siano a portata fisica sicura per tutte le fasce della popolazione, specialmente i gruppi vulnerabili o emarginati, come le minoranze etniche e le popolazioni indigene, le donne, i bambini, gli adolescenti, gli anziani, le persone con disabilità

²¹ "Quadro multilaterale dell' ILO (Organizzazione Internazionale del Lavoro) sulla Migrazione del lavoro: Convenzione sul quadro promozionale per la salute e la sicurezza sul lavoro.

²² CGET, Commissione generale per l'uguaglianza dei territori.

²³ UNWTO, Organizzazione Mondiale del Turismo Risoluzione A/RES/406(XIII) Approvazione del codice etico globale del turismo, art. 3 co. 1.

²⁴ Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, art. 19.

e persone affette da HIV/AIDS. Per quanto riguarda i migranti irregolari acquisisce particolare rilevanza in quelle situazioni in cui l'accesso alle strutture sanitarie comporterebbe il rischio di essere identificato dalle autorità di migrazione e di conseguenza di essere espulso.

In effetti, il timore di essere denunciati alle autorità e di essere espulsi dal Paese sembra essere uno dei motivi principali per cui i migranti privi di documenti non hanno accesso ai servizi sanitari pubblici, come riportato da diverse organizzazioni della società civile che operano nel settore. Per questo motivo, al fine di analizzare l'accessibilità fisica del diritto alla salute, è altrettanto importante analizzare sia le disposizioni giuridiche che il livello di rischio percepito dalla popolazione migrante, in quanto quest'ultimo è spesso aumentato dalla conoscenza limitata del legge, da diversi livelli di ambiguità nel quadro giuridico e dal clima generale di paura in cui spesso vivono i migranti privi di documenti.

Il caso italiano

L'art. 32 della Costituzione italiana "*tutela la salute come diritto fondamentale della persona ed interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*". Secondo la nostra Carta invero tutte le persone che si trovano sul territorio nazionale, non solo i cittadini, devono poter essere curate. Il sistema sanitario italiano si basa dunque sul principio della copertura universale secondo il quale ogni individuo ha diritto all'assistenza sanitaria. Non è richiesta la sottoscrizione di una polizza assicurativa e il sistema è finanziato attraverso la tassazione generale e le singole prestazioni previste dal Servizio Sanitario Nazionale. Mentre le Regioni hanno competenza in materia di organizzazione del sistema sanitario, i livelli minimi essenziali sono stabiliti a livello statale e includono il principio di uguaglianza tra cittadini nazionali e stranieri.

Sulla Carta dunque il diritto alla salute è tutelato. E non solo perché lo dice la Costituzione. Il diritto dei migranti all'assistenza sanitaria è stato notevolmente esteso per la prima volta con la riforma del quadro migratorio nel 1998, ed in particolare il principio è stato normato a cominciare dalla legge n.40 del 1998²⁵ e il Testo unificato sulla migrazione. Difatti gli stranieri regolarmente soggiornanti hanno l'obbligo di iscriversi al Servizio Sanitario Nazionale come i richiedenti asilo e le persone che hanno ricevuto una forma di protezione internazionale. Sono inclusi anche i minori stranieri non accompagnati e le donne in stato di gravidanza, fino ad un massimo di sei mesi dalla nascita del figlio. Per ciò che concerne gli irregolari, l'assenza del permesso di soggiorno non preclude la possibilità di ricevere cure ospedaliere. In particolare, queste leggi

hanno garantito a tutti i migranti sul territorio italiano il diritto di ricevere cure urgenti, essenziali e continuative, ambulatoriali e ospedaliere, compresi i programmi di medicina preventiva per salvaguardare la salute individuale e collettiva, la gravidanza e la maternità, la protezione dei minori, le vaccinazioni obbligatorie e la prevenzione, le diagnosi e il trattamento delle malattie infettive, andando ben oltre la precedente limitazione alle cure di emergenza.

In caso di bisogno, dunque, la struttura ospedaliera è tenuta ad accettare anche migranti senza documenti, registrando l'assistito e fornendogli un codice²⁶ che ha una validità di sei mesi, può essere rinnovato ed esenta completamente dal pagamento delle spese sanitarie. Inoltre, l'accesso ai servizi da parte di un migrante irregolare non deve comportare alcun tipo di segnalazione alle autorità.

Diversi sistemi si applicano ai migranti regolari in base alla loro origine e alla durata del loro soggiorno nel Paese, i migranti irregolari invece hanno accesso a questi trattamenti attraverso il codice STP, rilasciato gratuitamente dall'amministrazione ospedaliera o l'amministrazione sanitaria locale²⁷ ASL. Al momento della fornitura del trattamento, i migranti irregolari possono richiedere lo stato di indigenza che attesta la loro situazione di povertà e li esenta dal pagamento del ticket alle stesse condizioni dei cittadini. In questo caso, i costi di urgenza e le cure essenziali sono coperti dal Ministero degli Interni, mentre i costi delle cure preventive e dell'assistenza per motivi di salute pubblica sono coperti dal Fondo Sanitario Nazionale. Tuttavia, mentre il codice STP è rinnovabile, la dichiarazione di indigenza deve essere richiesta nuovamente ogni sei mesi. Alcuni tipi di trattamenti come le cure d'emergenza, l'assistenza di base, il trattamento ambulatoriale urgente con accesso diretto, l'assistenza alla maternità, l'assistenza ai bambini e agli anziani nonché il trattamento ambulatoriale delle malattie contagiose e croniche sono sempre esentati dai pagamenti.

L'estensione delle cure a cui hanno diritto i migranti in stato di clandestinità è stata oggetto di numerose decisioni della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione, che hanno ribadito all'unanimità che il livello di assistenza va oltre il livello di emergenza e dovrebbe includere tutti i trattamenti necessari per la vita della persona, e che il diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione è un diritto inviolabile di ogni persona indipendentemente dal suo status migratorio. Tuttavia, a differenza dei migranti in situazione regolare, i migranti irregolari non possono iscriversi al Servizio Sanitario Nazionale, e quindi non possono avvalersi di un medico generico, necessario per l'accesso alle cure secondarie, agli esami specialistici, alle cure

²⁶ Codice Stp - Straniero temporaneamente presente -.

²⁷ Per ricevere il codice, i migranti privi di documenti devono compilare un modulo con le proprie informazioni, ma non è necessario mostrare una prova di identità.

²⁵ cd. Legge Turco-Napolitano confluita nel D.Lgs. 286.

ambulatoriali e alle visite a domicilio.

Come sopraesposto in Italia i migranti irregolari accedono al sistema sanitario attraverso un canale separato, vale a dire la registrazione tramite il codice STP, e non possono registrarsi presso il Servizio Sanitario Nazionale. La principale conseguenza di questa distinzione è che i migranti privi di documenti non possono registrarsi presso un medico generico e quindi non possono essere prescritte visite specialistiche, ambulatoriali e domiciliari. Pertanto, i migranti che si trovano in una situazione irregolare sono esclusi da un'ampia area di assistenza secondaria, che rischia di compromettere seriamente la continuità del trattamento e introduce una disparità tra i migranti.

Inoltre, come riportato da diverse ONG che lavorano con l'accesso all'assistenza sanitaria dei migranti irregolari, il quadro giuridico nazionale non viene applicato in modo uniforme in diverse Regioni e ospedali, principalmente a causa dell'alto livello di decentramento nell'organizzazione del sistema sanitario²⁸. In particolare, sembra che il quadro giuridico è di solito interpretato in maniera più restrittiva nelle piccole città e nelle zone rurali, dove la presenza di organizzazioni della società civile è meno forte e dove le strutture spesso manifestano una resistenza ad accogliere migranti irregolari. Nondimeno, diverse sfide interessano anche le aree urbanizzate: in Lombardia, una delle regioni più industrializzate, la legge regionale vieta agli ospedali convenzionati che operano all'interno del servizio sanitario nazionale di prescrivere esami e visite mediche a pazienti che non hanno un permesso di soggiorno regolare. Questa situazione crea una contraddittoria situazione giuridica in base alla quale, da un lato, i fornitori privati sono responsabili, ai sensi della legge regionale, di fornire assistenza sanitaria a ogni persona sul territorio, mentre dall'altro è impedito loro di assicurare un'assistenza continuativa a una parte della popolazione. Infine, alcuni ospedali pubblici nell'area si rifiutano di emettere il codice STP e non concedono l'accesso all'assistenza secondaria ai migranti privi di documenti.

In Italia, i migranti in stato di clandestinità sono soggetti al pagamento del ticket alle stesse condizioni dei migranti regolari e dei cittadini. Tuttavia, al momento della registrazione del codice STP possono richiedere lo stato di indigenza compilando un modulo designato. In questo caso, gli ospedali possono emettere il codice X01, che esenta i migranti dal pagamento. Tuttavia, alcune associazioni hanno segnalato situazioni in cui migranti irregolari sono stati obbligati a pagare il ticket, che a volte può avere costi proibitivi.

Un altro problema diffuso è quello economico: gli immigrati che si iscrivono al SSN sono equiparati ai cittadini italiani per quanto riguarda l'esenzione del

ticket²⁹. Fino all'entrata in vigore del decreto 142³⁰ i richiedenti asilo erano trattati allo stesso modo dei disoccupati perché non potevano lavorare per i primi 6 mesi. La nuova norma ha accorciato i tempi a due mesi: dopo questo termine, per alcune amministrazioni (come nel caso del Veneto) devono essere considerati inoccupati e non disoccupati. Viene meno così l'esenzione dal ticket. E non è raro che anche gli irregolari faticino a vedersi esentati dal pagamento delle spese sanitarie. Un altro caso ancora riguarda i nuovi Livelli essenziali di assistenza³¹. Con i nuovi Lea il minore straniero, figlio di immigrati irregolari, ha diritto all'iscrizione al SSN fino all'età di sei anni e quindi non più considerato STP. Per i minori oltre i sei anni cade l'esenzione dal ticket. E così molte famiglie decidono di non rivolgersi al pediatra, continuando a usufruire del servizio di pronto soccorso, perché non hanno le capacità economiche per pagarsi le cure.

Un rapporto di Medici senza frontiere sui lavoratori che operano nel settore agricolo nel Sud Italia ha evidenziato che il 63% delle persone intervistate affermava di non aver avuto accesso al sistema sanitario per mancanza di informazioni. Inoltre, la mancanza di consapevolezza del funzionamento del sistema sanitario porta al diffuso sovra sfruttamento del Pronto Soccorso nei casi che mancano di urgenza, causando ulteriori arretrati e ritardi nella fornitura di cure e trattamenti.

Agli ostacoli di natura normativa e organizzativa si aggiungono, poi, quelli linguistico-culturali, che rendono poco fruibili molti servizi. La legislazione prevede, infatti, che l'accesso alle cure sia tutelato attraverso il ricorso a interpreti e mediatori. Figure importanti soprattutto in relazione ad alcune patologie specifiche come quelle di salute mentale. Ma pochi sono finora gli operatori formati presenti, anche perché il tema dei disturbi di natura psicologica, cognitiva e comportamentale dei migranti, è ancora molto sottovalutato. Diverse organizzazioni internazionali, nell'ultimo periodo, hanno più volte lanciato l'allarme sulle ferite invisibili di chi arriva nel Paese di destinazione dopo aver superato un viaggio estenuante e aver subito ogni forma di abuso e tortura, come Medici senza frontiere³² nel

²⁹ È possibile ottenere l'esenzione del ticket in particolare casi ovvero in presenza di alcune patologie o in stato di disoccupazione.

³⁰ Cd. Decreto Accoglienza del 18/08/2015.

³¹ LEA - Livelli Essenziali di Assistenza, sono le prestazioni e i servizi che il Servizio sanitario nazionale è tenuto a fornire a tutti i cittadini, gratuitamente o dietro pagamento di una quota di partecipazione (ticket), con le risorse pubbliche raccolte attraverso la fiscalità generale (tasse). Il 18 marzo 2017 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale (Supplemento ordinario n.15) il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) del 12 gennaio 2017 con i nuovi Livelli essenziali di assistenza.

³² MSF - Medici senza frontiere è un'organizzazione internazionale non governativa che si prefigge lo scopo di portare soccorso sanitario ed assistenza medica nelle zone del mondo in cui il diritto alla cura non è garantito.

²⁸ Riforma Titolo V della Costituzione L. Cost. 3/2001 che riconosce le autonomie locali quali enti esponenziali preesistenti alla formazione della Repubblica.

suo report³³ “Traumi Ignorati”, e nel dossier “Esodi”³⁴ di Medici per i diritti umani³⁵. Il tema è stato affrontato per la prima volta anche nell’ultimo rapporto sulla protezione internazionale³⁶ del Ministero dell’Interno e Anci³⁷ in cui si sottolinea l’indebolimento dei fattori di resilienza legati all’esperienza migratoria, ma anche di traumatizzazione e ri-traumatizzazione secondaria, soprattutto quando, una volta arrivate in Europa, queste persone si trovano ancora in una condizione di vulnerabilità, dovuta ad una mancanza di tutele e a barriere di tipo etnico-culturale. “I fattori riconosciuti come potenzialmente in grado di aumentare il rischio di sofferenza psichica tra gli immigrati sembrano tuttora essere in crescita ma per quanto riguarda l’offerta assistenziale, essa vede al momento i servizi psichiatrici in difficoltà in quanto oltre ad essere sottodimensionati, soffrono talvolta della mancanza di competenze specifiche, sia per quanto riguarda la psicotraumatologia da violenza internazionale, un settore della psicologia relativamente recente, pur essendo già presenti studi sull’etnopsichiatria, sia per la capacità di intervenire in modo culturalmente sensibile. Difatti appare necessario interrogarsi sulle culture, sul rapporto fra cultura e psichismo, ma soprattutto sulla legittimità dei saperi occidentali nell’intervento terapeutico a favore di immigrati³⁸, portando avanti l’idea di un’etnopsichiatria comunitaria capace di saldare il lavoro teorico e clinico con una strategia più complessiva di alleanze con altri gruppi, istituzioni e soggetti. Anche a livello internazionale il problema del rapporto di cura tra culture diverse è stato oggetto di studi. L’obiettivo è quello di trovare una terapia adatta ed efficace che risponda però alle caratteristiche di determinati gruppi di persone, culturalmente diverse.

Tradizionalmente, il Testo Unico sull’immigrazione includeva il divieto esplicito per le istituzioni sanitarie e gli operatori sanitari di segnalare alle autorità le irregolarità dei loro pazienti. Tuttavia, questa disposizione è stata in parte contraddetta dall’introduzione, nel 2009, del reato di ingresso e soggiorno irregolari nel Paese, che implicava che ogni funzionario pubblico e funzionario di servizio pubblico (compresi i medici) era soggetto all’obbligo di segnalarlo alla polizia. In se-

guito a questa riforma, nonostante il numero limitato di rapporti effettivi alla polizia, molte ONG hanno registrato una forte diminuzione dell’accesso agli ospedali pubblici, presumibilmente legati alla irregolarità del soggiorno, il crescente timore dei migranti di essere denunciati e l’ambiguità dell’aspetto giuridico. Alcuni mesi dopo, una circolare del Ministero degli Interni risolse l’incoerenza affermando la natura dominante del divieto di denunciare. Tuttavia, le incertezze generate dalle leggi in conflitto hanno contribuito ad alimentare la scarsa fiducia nel sistema sanitario da parte dei migranti in una situazione irregolare.

Il caso francese

In Francia, il Preambolo della Costituzione del 1948, integrato dalla Costituzione del 1958, concede a tutti³⁹ la protezione della salute⁴⁰. Storicamente, il principio della copertura sanitaria universale è stato introdotto per la prima volta nel 1999 attraverso la Legge 641 del 1999, che istituiva la CMU⁴¹ e mirava a garantire livelli più elevati di protezione per le persone con redditi più bassi⁴². Allo stesso tempo dell’entrata in vigore del CMU, nel 2000 fu creato un sistema separato per i migranti irregolari denominato Assistenza medica di stato⁴³.

Da gennaio 2016, la copertura sanitaria universale⁴⁴ è stata riformata nella protezione universale della salute⁴⁵, con l’obiettivo di semplificare la procedura di accesso e le condizioni di registrazione. Tuttavia, si applicano ancora due sistemi separati per i migranti a seconda del loro stato di regolarità o meno, garantendo il diritto a diversi livelli di trattamento e di assistenza. Di conseguenza, da un lato, ogni migrante residente in modo stabile e regolare ha accesso al sistema sanitario generale francese attraverso PUMA⁴⁶, mentre, d’altra parte, l’AME si applica agli immigrati irregolari, fornendo loro l’accesso ai servizi sanitari di base.

Per registrarsi con l’AME un migrante deve dimostrare la propria identità, la residenza permanente in Francia per più di tre mesi consecutivi⁴⁷ e una capacità reddituale inferiore a una soglia fissa. Tuttavia, la condizione di residenza minima non si applica ai

³³ <https://www.medicisenzafrontiere.it/news-e-storie/news/traumi-ignorati-rapporto/>.

³⁴ <http://esodi.mediciperidirittiumani.org/>.

³⁵ MEDU-Medici per i Diritti Umani, un’organizzazione umanitaria e di solidarietà internazionale, senza fini di lucro, indipendente da affiliazioni politiche, sindacali, religiose ed etniche. Medici per i Diritti Umani, fondata a Roma nel 2004, nasce per iniziativa di un gruppo di medici, ostetriche ed altri volontari provenienti da un’esperienza associativa e umanitaria con il movimento internazionale di Médecins du Monde.

³⁶ <http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/rapporto-sulla-protezione-internazionale-italia-2015>.

³⁷ https://www.sprar.it/wp-content/uploads/2017/11/Rapporto_protezione_internazionale_2017_extralight.pdf.

³⁸ Roberto Beneduce, “Politiche dell’etnopsichiatria e politiche della cultura” (2000).

³⁹ Convenzione europea sulla nazionalità, STE n.166, Strasburgo 06/11/1997.

⁴⁰ “Elle garantit à tous, notamment à l’enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé” Preambolodella Costituzione francesedel 27/10/1946 art.11.

⁴¹ Copertura Sanitaria Universale.

⁴² L 641/1999 art.1.

⁴³ AME “Aide Médicale de l’Etat”.

⁴⁴ CMU.

⁴⁵ PUMA “Protection Universelle Maladie”.

⁴⁶ Proposta del Governo brasiliano sulla base di un progetto per la convenzione e cooperazione per i turisti internazionali, 2015. <https://assets.hcch.net/docs/74b12153-45a4-45fa-a86e-814fa5bf9d2a.pdf>.

⁴⁷ UNWTO, Organizzazione Mondiale del Turismo Risoluzione A/RES/406 (XIII) Approvazione del codice etico globale del turismo, art.6 co.1.

bambini, che dovrebbero avere accesso attraverso l'AME dal primo giorno di arrivo. Come sottolineato in molte critiche, i beneficiari dell'AME hanno diritto a una serie di trattamenti parzialmente diversi rispetto ai beneficiari di PUMA e il divario tra i due sistemi è stato ulteriormente aumentato dalla riforma finanziaria nel 2010. Inoltre, i beneficiari di AME sono esclusi dal rimborso delle spese mediche. Un'altra differenza tra i due sistemi riguarda la fonte di finanziamento, dato che PUMA è finanziato attraverso contributi statali, mentre AME si basa sui crediti di bilancio, rendendolo vulnerabile alle politiche governative e a riforme in continua evoluzione. Una volta emesso, AME ha una validità di un anno, dopodiché può essere rinnovato dopo la nuova presentazione di tutta la documentazione necessaria.

Infine, i migranti irregolari risultati inidonei o non registrati all'AME hanno diritto all'assistenza sanitaria d'urgenza e di base, attraverso il dipartimento di accesso sanitario⁴⁸ che comprende il trattamento in situazioni potenzialmente pericolose o in cui l'assenza di assistenza porterebbe a un serio e duraturo deterioramento della salute, e si prende cura di evitare la diffusione di una malattia, l'assistenza alla maternità e alla nascita, l'aborto e la cura dei bambini. A tal fine, nel 2004 è stato istituito un fondo speciale statale che viene destinato agli ospedali in base a prove di urgenza e di assenza di qualsiasi altra copertura.

Come analizzato sopra, l'attuale legislazione in Francia mantiene un sistema a due flussi, che fornisce un accesso differenziato all'assistenza sanitaria per i migranti regolari e irregolari. Questa distinzione è stata fortemente criticata da molte organizzazioni, difatti il concetto di copertura universale è intrinsecamente contraddetto dalla creazione di due vie e dal divario nella serie di trattamenti a cui i beneficiari hanno diritto. Inoltre, sono stati sollevati due principali punti di criticità riguardo all'ambiguità del quadro giuridico, il primo in relazione alle condizioni di accesso a PUMA e il secondo relativo alla documentazione richiesta per registrarsi ad AME.

Per quanto riguarda il primo, persiste un certo livello di ambiguità riguardo alla definizione dei criteri di residenza stabile e regolare, che pone una distinzione tra migranti aventi diritto a PUMA e migranti che hanno accesso solo ad AME. In effetti, una decisione del Consiglio costituzionale del 1993 affermava che i migranti irregolari hanno il diritto di rimanere iscritti al sistema sanitario generale per un anno dopo la perdita del permesso di soggiorno. Una successiva circolare ministeriale del 2000 relativa al sistema CMU ha confermato l'applicazione di questa regola alla cd.copertura complementare, che rimane invariata nell'ultima riforma. Ciò nonostante, alcune criticità sono state sollevate su questo punto, come l'interru-

zione della copertura sanitaria in caso di perdita dello status di residenza, che si pone in contraddizione con la decisione del Consiglio Costituzionale. Allo stato attuale, il Consiglio di Stato emette un decreto⁴⁹ che disciplina i criteri di residenza stabile e regolare, lasciando così aperta la possibilità di ottenere l'appoggio legale⁵⁰ del diritto di rimanere assicurati per un anno.

Per quanto riguarda il secondo punto, i migranti devono affrontare gravi difficoltà nel fornire la documentazione richiesta per la registrazione ad AME, in particolare in riferimento alla necessità di dimostrare la residenza continuativa in Francia per più di tre mesi e fornire informazioni sulla disponibilità economica per i dodici mesi precedenti. Infatti, se vi è indisponibilità di questa documentazione, una circolare emessa nel 2000 impone l'obbligo di accettare in sostituzione una dichiarazione giurata unitamente ad altri elementi di informazione sostanziale che dovrebbero consentire un controllo successivo. Tuttavia, nel 2004 una lettera del Fondo Nazionale di Assicurazione Sanitaria⁵¹ ha escluso la possibilità di provare i tre mesi di residenza all'interno del territorio statale solo tramite dichiarazione giurata. Per quanto riguarda l'attuazione pratica di questa disposizione, Medici senza frontiere e PICUM⁵² riferiscono che, nella maggior parte dei casi, le domande basate su dichiarazioni giurate non sono accettate, se non nei casi in la richiesta di migranti irregolari è supportata da organizzazioni governative. Inoltre, alcuni centri sanitari richiedono ai migranti irregolari di dimostrare la residenza in Francia per ciascuno dei tre mesi di residenza, anche se questa pratica è stata dichiarata illegale da una circolare del Fondo nazionale di Assicurazione Sanitaria. Infine, pone criticità la pratica ingiustificata di rifiutare le domande di immigrati che non hanno potuto dimostrare di trovarsi in una situazione regolare o la cui posizione potrebbe essere teoricamente regolarizzata, una pratica spesso incoraggiata da direttive interne informali.

Come precedentemente esposto in Francia la registrazione all'assistenza sanitaria di Stato è gratuita per tutti i migranti irregolari in grado di dimostrare che il loro livello di reddito è inferiore a una certa soglia, stabilita su base annuale, e dipendente dalla dimensione della famiglia. Al momento della registrazione, il beneficiario ha accesso a tutti i trattamenti inclusi in AME gratuitamente. Ciononostante i beneficiari di AME non ricevono la *Carte Vitale*⁵³, necessaria per il

⁴⁹ ILO - Organizzazione Internazionale del Lavoro -: "Quadro multilaterale sulla migrazione del lavoro: principi e linee guida non vincolanti per un approccio basato sui diritti alla migrazione di manodopera".

⁵⁰ ILO - Organizzazione Internazionale del Lavoro - Convenzione n. 189 del 2011 sulle lavoratrici e lavoratori domestici art.1.

⁵¹ Cassa Nazionale di Assicurazione Sanitaria.

⁵² Piattaforma per la cooperazione internazionale sui migranti privi di documenti.

⁵³ La *Carta Vitale* è la tessera sanitaria dell'assicurazione sanitaria in Francia. È una carta in formato carta di credito (più preci-

⁴⁸ PASS "Permanence d' accès de Soins de Santé".

rimborso del costo dei medicinali, e devono quindi sostenere l'onere di tali spese. Inoltre, i migranti in stato di irregolarità non registrati con AME hanno accesso all'assistenza sanitaria di emergenza tramite PASS⁵⁴, che prevede una serie di trattamenti urgenti e di base gratuiti.

In Francia, PICUM registra un basso livello di informazioni sulle condizioni per poter accedere all'AME e, in particolare, per quanto riguarda le procedure di reclamo in caso di rifiuto ingiustificato di registrazione. Inoltre, i dipartimenti di accesso all'assistenza sanitaria⁵⁵, che hanno il compito di facilitare l'accesso al sistema sanitario e fornire informazioni sui diritti dei migranti, sono distribuiti in modo non uniforme tra i dipartimenti, con poche informazioni disponibili sulla loro posizione. Un'ulteriore conseguenza della mancanza di informazioni sul diritto all'assistenza sanitaria è la necessità di dover ricorrere a medici privati e sostenere costi elevati. Infine, è stato dimostrato che il clima generale di paura e sospetto ha un'influenza negativa sulla percezione dei migranti irregolari e dei prestatori di assistenza sanitaria, il che porta allo stesso tempo ad un accesso ridotto ai servizi sanitari e ad interpretazioni più restrittive delle disposizioni di legge.

Inoltre il personale medico francese è vincolato dal segreto professionale a non riportare alcuna informazione scoperta nell'esercizio della propria professione, tranne nei casi di malattia contagiosa. Sebbene questa disposizione sia giuridicamente vincolante e prevalga sull'obbligo di denunciare reati⁵⁶, l'accesso sicuro alle cure sanitarie per i migranti irregolari è seriamente minacciato dal rischio di essere arrestati all'interno gli ospedali⁵⁷. Tuttavia, l'abolizione del reato di soggiorno illegale nel territorio statale solleva una questione valida sull'applicabilità duratura della disposizione ministeriale, che rimanda esplicitamente al precedente quadro penale.

Per concludere, in molte situazioni l'eccessivo carico burocratico, spesso al limite della legalità, imposto ai migranti irregolari induce gli stessi ad abbandonare la procedura e genera una mancanza di fiducia nel sistema sanitario. Inoltre, questa pratica è un'ulteriore fattore di discriminazione tra gli stessi immigrati irregolari, in quanto condizioni disomogenee sono appli-

cate in diversi centri, a seconda della posizione geografica o del numero variabile di richieste.

Conclusioni

I quadri giuridici nazionali e la loro attuazione pratica sono stati analizzati alla luce del principio dei diritti umani dell'accessibilità e dei suoi quattro elementi di non discriminazione, accessibilità fisica, accessibilità economica ed accesso all'informazione. I risultati dell'analisi mostrano che, nonostante le diverse misure attuate nei due Stati, persistono molte sfide comuni. I principali ostacoli che sono venuti alla luce riguardano gli scontri tra legge e prassi, l'attuazione irregolare della legge, gli oneri amministrativi, il timore di espulsione e l'accessibilità delle informazioni.

I tre elementi analizzati sono il tipo di sistema, l'esistenza di un canale separato per i migranti irregolari e la struttura finanziaria adottata. Per quanto riguarda la prima, l'Italia applica il principio della copertura universale, garantendo l'accesso all'assistenza sanitaria ad ogni persona presente sul territorio e non richiedendo la sottoscrizione di un'assicurazione. In Francia, i cittadini, i migranti regolari e coloro che si trovano in una situazione irregolare devono registrarsi presso un'assicurazione, tramite il sistema PUMA o AME, che è pubblico e organizzato a livello nazionale. Per quanto riguarda il secondo punto in Italia i migranti privi di documenti non possono registrarsi presso il Sistema sanitario nazionale e in Francia accedono all'assistenza sanitaria attraverso un regime specifico, AME. Infine, le disposizioni finanziarie differiscono notevolmente tra i due Paesi. In Francia, AME è finanziata dal budget governativo e gli immigrati irregolari non sono tenuti a pagare alcuna tassa al momento della registrazione. In Italia, il sistema è finanziato attraverso la tassazione generale, ma ai migranti irregolari può essere richiesto di pagare una tariffa alle stesse condizioni dei cittadini.

L'impatto di queste differenze sul principio dell'accessibilità è vario. Da un lato, la distinzione tra i sistemi basati sulla tassazione e sull'assicurazione non sembra avere un grande impatto sull'efficacia del diritto all'assistenza sanitaria, poiché tutti i Paesi affrontano problemi analoghi per quanto riguarda il principio di non discriminazione, accessibilità fisica e accessibilità delle informazioni. Tuttavia, l'istituzione di un sistema separato per i migranti irregolari, che concede l'accesso solo ad un numero limitato di trattamenti, può avere un impatto discriminatorio. In particolare, l'esclusione dal sistema sanitario nazionale è una problematica che, nel caso dell'Italia, impedisce ai migranti irregolari di poter accedere alle cure specialistiche. In Francia, le differenze tra PUMA e AME sono meno acute, ma comportano ancora diversi livelli di accesso al diritto per quanto riguarda alcuni tipi di trattamento e il rimborso dei costi dei medicinali. Nondimeno, la semplice possibilità di parità di trattamento non è una con-

samente nel formato ID1) per giustificare i diritti del titolare della carta (o dei suoi beneficiari, minori o coniuge) alla copertura da parte di un'assicurazione dell'organizzazione di sicurezza sociale delle spese sanitarie in Francia. Questa carta, identica per tutti i piani di assicurazione sanitaria obbligatoria, è disponibile solo in Francia. È complementare alla tessera sanitaria europea che non può essere utilizzata sul territorio nazionale.

⁵⁴ Il Massimale annuale della sicurezza sociale, cd. PASS, è un sistema di riferimento che consente di determinare la base di calcolo dei contributi sociali sul salario, l'assicurazione vecchiaia, i regimi pensionistici integrativi.

⁵⁵ PASS, vedi nota nr. 55.

⁵⁶ Art. 40 co. 2 c.p.c.

⁵⁷ Circolare Ministeriale del 2006.

dizione sufficiente per garantire l'accesso all'assistenza sanitaria, quando ciò non è accompagnato dall'accessibilità economica.

Nonostante queste differenze, entrambi i Paesi affrontano ostacoli simili per quanto concerne gli elementi di non discriminazione, accessibilità fisica e accessibilità delle informazioni. In particolare, i problemi più ricorrenti riguardanti l'elemento di non discriminazione consistono nella mancanza del pieno diritto legale agli stessi trattamenti dei migranti regolari, pratiche amministrative illegittime in conflitto con il quadro giuridico e l'applicazione discrezionale e diseguale delle norme nazionali a livello regionale. Per quanto riguarda l'accessibilità fisica, la paura dell'espulsione dal Paese rappresenta un grave ostacolo, perciò molti migranti irregolari preferiscono non utilizzare i servizi pubblici per paura di essere identificati e segnalati alle autorità di migrazione. Come sopra analizzato, il rischio percepito è spesso superiore al rischio reale: tuttavia, segnalazioni di pratiche contraddittorie e disposizioni giuridiche poco chiare, riducono ulteriormente la fiducia nel sistema. Di conseguenza, i migranti in stato di clandestinità spesso rinviando la decisione di ricorrere agli ospedali pubblici fino a situazioni di forte emergenza o preferiscono ricorrere a rimedi casalinghi che possono avere effetti collaterali pericolosi sulla loro salute. Infine, una limitata consapevolezza dei diritti da parte dei migranti irregolari e degli operatori sanitari ha un forte impatto negativo sull'elemento dell'accessibilità delle informazioni. In particolare, la mancanza di informazioni spesso riguarda sia il diritto legalmente riconosciuto, sia le misure pratiche necessarie per accedere all'assistenza sanitaria e ai mezzi giudiziari per attuare questo diritto, ed è ulteriormente compromesso dalle difficoltà nel raggiungere gli immigrati in una situazione irregolare. Questi ostacoli, che mettono seriamente in pericolo l'effettiva accessibilità dell'assistenza sanitaria, sembrano non essere significativamente influenzati dalle differenze nei sistemi di assistenza sanitaria analizzati sopra.

Conclusione

Questo articolo ha analizzato i sistemi sanitari italiani e francesi alla luce del principio di accessibilità dei diritti umani, con l'obiettivo di confrontare e valutare l'efficacia delle diverse misure legali e amministrative nel concedere l'accesso all'assistenza sanitaria per i migranti irregolari. Il confronto ha evidenziato notevoli differenze per quanto riguarda i diversi sistemi sanitari implementati nei Paesi, in particolare in relazione al tipo di sistema sanitario nazionale, l'esistenza di un regime separato per i migranti irregolari e il metodo di finanziamento. Nondimeno, l'analisi di tali sistemi secondo il principio dell'accessibilità mostra problemi molto simili per quanto riguarda l'attuazione di questo diritto anche da un punto di vista amministrativo. In particolare, Italia e Francia affrontano ostacoli analo-

ghi relativamente al rispetto del principio di non discriminazione, dell'accessibilità fisica e dell'accessibilità delle informazioni. Di conseguenza, questo studio dimostra che il divario tra il riconoscimento teorico del diritto umano all'assistenza sanitaria e il suo adempimento nella pratica non è esclusivamente attribuibile alle differenze tra i sistemi sanitari nazionali, poiché la maggior parte degli ostacoli al principio di accessibilità sono presenti in entrambi i Paesi analizzati.

L'apparente incongruenza tra il diritto all'assistenza sanitaria e la sua mancanza di efficacia nella pratica può essere superata attraverso l'adozione dell'approccio ai diritti umani come discusso sopra, e in particolare dando rilevanza alle diverse componenti del principio di accessibilità. Di conseguenza, quattro principali raccomandazioni, anche di natura politica, possono essere tratte dall'analisi comparata di questi due sistemi giuridici e della loro attuazione pratica. In primo luogo, gli Stati dovrebbero garantire che disposizioni coerenti garantiscano ai migranti irregolari il diritto all'assistenza sanitaria, sancito nel quadro nazionale e applicato in modo equo ed efficace in tutta la nazione. In particolare, ciò dovrebbe essere ottenuto attraverso la revisione degli strumenti giuridici e amministrativi pertinenti, al fine di garantire congruenza e mancanza di ambiguità, la creazione di standard minimi nazionali riguardanti sia l'accesso all'assistenza sanitaria che l'accessibilità finanziaria, l'istituzione di rimedi giudiziari efficaci e accessibili e controlli interni. In secondo luogo, la creazione di un ambiente sicuro in cui l'accesso all'assistenza sanitaria è indipendente dagli obiettivi di controllo della migrazione. Questo rappresenterebbe un passo essenziale per garantire ai migranti irregolari l'accesso a strutture pubbliche, liberi dalla paura dell'identificazione e dell'espulsione. In terzo luogo, gli Stati dovrebbero garantire la sostenibilità economica del sistema sanitario, attraverso l'adozione di misure che concedano riduzioni delle tasse per coloro che ne hanno bisogno, includendo sia i trattamenti primari che secondari ed i farmaci necessari, come elemento chiave per garantire i servizi accessibili a chi ne ha bisogno. Infine, dovrebbero essere organizzate campagne di informazione tra il personale sanitario, le autorità per l'immigrazione e le comunità di migranti al fine di garantire la consapevolezza sul diritto all'assistenza sanitaria e alle procedure per accedervi.

Angelo Terracciano
Dottore in Giurisprudenza

Il controverso rapporto tra il terzo settore e il d.lgs. 231/2001: analisi comparata della disciplina giuridica delle associazioni e della responsabilità penale degli enti

abstract

This article provides a comparative overview of the criminal liability of companies, and seeks to understand how necessary it is to apply compliance to the Code of Third sector (Charity Sector).

The intent is to be able to understand if the associations can adopt a simplified system of compliance, less costly and complex.

keywords

Code of Third sector – Legislative decree 231/2001 – Comparative analysis.

abstract

Questo articolo fornisce una panoramica comparativa della responsabilità penale delle aziende e cerca di capire quanto sia necessario applicare la conformità al Codice del terzo settore (settore caritatevole).

L'intento è quello di essere in grado di capire se le associazioni possono adottare un sistema semplificato di conformità, meno costoso e complesso.

parole chiave

Codice del terzo settore – D.lgs. 231/2001 – Analisi comparata.

sommario

1. Premessa. – **2.** I principi nazionali ed europei posti alla base del d. lgs. 231/01. – **3.** La responsabilità penale degli enti nei sistemi giuridici di *common law*. – **4.** Il ruolo degli enti del terzo settore nella Economia Sociale dell'UE. – **5.** La disciplina italiana degli enti del terzo settore alla luce della recente riforma. – **6.** L'incidenza del c.d. decreto spazza-corrotti nell'assetto organizzativo degli enti. – **7.** Conclusioni.

1. Premessa

L'impatto degli enti del terzo settore nell'assetto sociale, politico ed economico dell'Unione Europea è di non poca rilevanza.

In un crescente clima di euroscetticismo e di forte instabilità economica, tra le innumerevoli tensioni che Bruxelles deve sostenere, è possibile scorgere una sola certezza: il terzo settore.

È indubbia la capacità degli enti associativi di inserirsi nel tessuto sociale, di formare e informare, di vi-

vere in maniera concreta principi talvolta difficilmente trasmissibili attraverso l'attività politica di partito, ed è proprio attraverso gli enti del terzo settore che l'Unione Europea riesce a veicolare enormi quantità di denaro volte a finanziare progetti che abbiano come fine ultimo quello di interpretare concretamente i più alti fini dell'UE; insomma tra il *no profit* e l'impresa sociale, il mondo del terzo settore da un lato pare che si stia imponendo sempre di più come un "nuovo pilastro" sociale dell'organo sovranazionale e dall'altro sembra che stia divenendo una vera e propria fonte di sostentamento per molti cittadini europei.

È risaputo che le somme finanziate dall'UE, nonché dallo Stato Italiano e dagli enti regionali, sono erogate a seguito di difficili selezioni poste in essere attraverso bandi di gara con i quali si tende a premiare non soltanto l'idea più meritevole ma anche la capacità organizzativa e la virtuosità delle associazioni, fattori questi ultimi che si estrinsecano attraverso peculiarità amministrative fondate soprattutto sulla trasparenza di queste ultime organizzazioni.

Insomma, alla luce di quanto appena detto, l'associazionismo, in maniera più o meno indiretta, pare che stia assumendo un vero e proprio ruolo di "partner" delle istituzioni europee e nazionali.

Il rapporto che intercorre, quindi, tra gli enti del terzo settore e gli enti nazionali e sovranazionali induce ad effettuare alcune riflessioni circa la necessità, da parte del legislatore italiano, di regolamentare, anche se in maniera più semplificata, l'adozione dei modelli organizzativi introdotti nel nostro ordinamento con il d. lgs. 231/01.

Va a tal proposito ricordato che il Decreto Legislativo poc'anzi citato, venne adottato con il precipuo fine di prevedere la "disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300" introducendo pertanto nel nostro ordinamento la "rivoluzionaria" idea del *societas delinquere potest*, o meglio ancora del *societas puniri potest*, prevedendo così una responsabilità penale in capo agli enti, che si aggiunge a quella della persona fisica che ha realizzato materialmente il fatto illecito a "vantaggio dell'organizzazione" o anche solamente "nell'interesse dell'organizzazione", senza che ne sia ancora derivato neces-

sariamente un vantaggio concreto¹.

Pertanto, dato l'ambito entro il quale si compie l'attività degli enti del terzo settore, al fine di comprendere a fondo la corretta disciplina delle organizzazioni associative anche alla luce della paventata ipotesi di configurazione in capo ad esse della responsabilità penale, occorre provvedere ad una analisi storica e comparata della normativa inerente tale tipologia di responsabilità degli enti anche negli altri ordinamenti, nonché esaminare i motivi che hanno spinto il legislatore italiano ad introdurre la disciplina della responsabilità amministrativa dipendente da reato.

È altresì necessario ricostruire la disciplina nazionale ed europea degli enti del terzo settore anche alla luce della recente riforma proposta con la legge delega 106/2016 in maniera tale che possa definirsi meglio il ruolo degli enti associativi nel tessuto sociale, politico ma soprattutto economico italiano e comunitario.

2. I principi nazionali ed europei posti alla base del d. lgs. 231/01

L'avvento del nuovo millennio si è caratterizzato, nell'ambito del diritto penale, per il superamento del principio, fino ad allora mai messo in dubbio, del *societas delinquere non potest*.

In effetti l'introduzione nel nostro ordinamento di un complesso apparato sanzionatorio amministrativo con contestuale accertamento ad opera del Giudice Penale della responsabilità delle persone giuridiche rappresenta una delle attività riformatrici più rilevanti del diritto penale economico degli ultimi anni².

Certamente la novità introdotta col d. lgs. 231/01 fu accompagnata da non poche critiche in dottrina, dissertazioni ovviamente ampiamente superate dalla forte spinta comunitaria ed in particolare dalla Raccomandazione del Comitato del Consiglio dei Ministri della Comunità Europea n. 18, del 28 Ottobre 1988, la quale si ricollega alla precedente Raccomandazione n. 12 del 1981 sulla criminalità degli affari e prima ancora a quella n. 28 del 1977.³

La Raccomandazione n. 18 del 1988 sollecitava, pertanto, gli Stati Membri della Comunità Europea ad introdurre il principio di responsabilità delle persone giuridiche.

All'emanazione del decreto legislativo in esame si è giunti anche attraverso la ratifica da parte dell'Italia di una serie di convenzioni internazionali volte a disciplinare il fenomeno della criminalità d'impresa. Nello specifico le convenzioni di cui si è detto sono la P.I.F. Di Bruxelles del 27.07.1995, relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee, e la Con-

venzione O.C.S.E sulla lotta alla corruzione dei Pubblici Funzionari stranieri nelle operazioni economiche internazionali, siglata a Parigi il 17 Settembre 1997.⁴

L'introduzione della "responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti", per quanto innovativa, ha vissuto negli anni delle vere e proprie fasi caratterizzate dall'inserimento dei c.d. reati presupposto. Ebbene a tal proposito occorre chiarire che l'ordinamento italiano non ha previsto una diretta responsabilità penale dell'ente bensì una responsabilità amministrativa in capo ad esso derivante dalla commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso. Pertanto tale responsabilità in capo alla persona giuridica è rinvenibile solo nel caso di commissione di determinati reati previsti dal d. lgs. 231/01.

La scelta delle fattispecie delittuose da inserire nel catalogo è stata oggetto di notevoli oscillazioni già durante i lavori preparatori della legge delega.

Il testo che venne approvato dalla Camera dei deputati invitava il Governo a prevedere una responsabilità per le persone giuridiche solo per i reati espressamente previsti all'intero delle suddette convenzioni oggetto di ratifica con la legge delega.

Il testo che fu approvato dal Senato, aveva notevolmente esteso la delega fino a comprendere ulteriori ipotesi di responsabilità delle persone giuridiche.⁵

In effetti il d. lgs. 231/01 adottato non si attenne al dettato della legge delega, lasciando ampi vuoti alle previsioni in quest'ultima contenute; solo le successive integrazioni, operate nel corso degli anni, hanno consentito di rendere più corposo l'elenco dei reati presupposto, affrontando in maniera peculiare e a tratti chiarendo le potenzialità criminali della *societas*.

3. La responsabilità penale degli enti nei sistemi giuridici di *common law*

Se l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche ha causato non poche diatribe tra la dottrina in Italia, come del resto nei paesi di tradizione di *civil law*, lo stesso non può dirsi nell'esperienza degli stati di *common law*.

L'indubbia capacità di far risalire la disciplina astratta della fattispecie delittuosa dalla necessità di arginare e intervenire giuridicamente nel caso concreto, ha consentito agli ordinamenti di diritto comune di recepire, già da tempo, con molto meno clamore e più semplicità il concetto di responsabilità penale degli enti e/o persone giuridiche. Difatti l'intervento "d'oltre manica" e "d'oltre oceano" prende le mosse dal dilagante fenomeno della criminalità d'impresa e dei *white collar crimes* e dinnanzi alla relativa insufficienza dei classici rimedi sanzionatori previsti nei confronti

¹ *Societas Delinquere Potest*, in www.portale231.com.

² S. DI PINTO, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti, Profili penali sostanziali e ricadute sul piano civilistico*, p. 6 ss., Torino, 2003.

³ L. ORLANDO, *La responsabilità amministrativa della persona giuridica nell'attuale quadro normativo italiano* in *Diritto.it*.

⁴ *ibidem*.

⁵ M. MIEDICO, *I reati che determinano la responsabilità amministrativa dell'ente*. In *La Responsabilità Amministrativa degli Enti*. IPSOA, 2002. p. 141 ss.

degli autori materiali del reato⁶.

Per quanto concerne in particolare la disciplina britannica inerente la responsabilità penale degli enti occorre operare degli opportuni chiarimenti in merito allo sviluppo di quest'ultima. Difatti nel diritto penale inglese è di particolare rilevanza la figura della persona fisica e degli atti da essa compiuti e alla relativa perseguibilità; nello specifico quella del c.d. *vicarious liability* ove un soggetto non solo risponde del reato commesso in prima persona ma anche di quello commesso dal suo incaricato. Ebbene tale singolare fattispecie delittuosa, che per certi versi sembra richiamare il concorso di persone nel reato ma che in concreto ha ben poco in comune con quest'ultimo, è parallela e a tratti contestuale alla responsabilità penale delle persone giuridiche nell'ordinamento criminale britannico.

Questa responsabilità vicariale consisteva nella responsabilità penale oggettiva per il fatto colpevole commesso da un soggetto legato al *vicariously responsible* da vincoli di un determinato tipo, in particolare del datore di lavoro nei confronti del suo dipendente. Tale forma di responsabilità, peraltro, non era automatica ma necessitava di esplicita previsione normativa. Allo stato attuale la *vicarious liability* si fonda su due principi: il *delegation principle* e l'*attributed principle*. Entrambi precisano lo specifico rapporto richiesto fra l'esecutore materiale del reato ed il *vicariously responsible* per configurare la corrispondente ipotesi di responsabilità oggettiva⁷.

Peculiarità dell'ordinamento penale inglese è l'assenza dell'elenco dei reati presupposto per i quali l'ente può essere chiamato a rispondere, pertanto per individuare i limiti di operabilità della responsabilità penale delle persone giuridiche occorre fare riferimento a quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'ente non potrebbe essere considerato responsabile dei reati al cui verdetto di colpevolezza non potrebbe seguire la condanna ad una pena effettiva e di quei reati che per loro natura non possono essere commessi da un ente⁸. Pertanto è lasciato all'organo giudicante l'arduo compito di verificare di volta in volta, sulla base del predetto assunto, la procedibilità, o meglio ancora la punibilità dell'ente.

L'ordinamento statunitense si caratterizza per altre peculiarità decisamente orientate all'individuazione aprioristica dei reati presupposto. A tal proposito occorre precisare che le prime soluzioni profilatesi nel corso degli anni negli USA sono state diverse e pertanto distinti sono stati i due approcci: uno adottato dalla *State Jurisdiction* ed un altro dalla *Federal Jurisdiction*. La disciplina attuale, che più direttamente ci interes-

sa è quella adottata nel 1991 con l'introduzione delle *Federal Sentencing Guidelines*, con cui il legislatore ha determinato delle vere e proprie linee guida standard per l'individuazione e l'accertamento dei reati riconducibili a condotte poste in essere dalle persone giuridiche, con questo intervento si è riuscito effettivamente a predisporre un vero e proprio elenco di reati per i quali è possibile che si configuri una responsabilità penale dell'ente.

4. Il ruolo degli enti del terzo settore nella Economia Sociale dell'UE

La Carta dei principi dell'economia sociale promossa dalla Conferenza Europea Permanente delle cooperative, mutue, associazioni e fondazioni è giunta a definire in modo compiuto l'ambito operativo della c.d. economia sociale. Nella predetta Carta sono sanciti, peraltro, i principi che sottendono questa nuova dimensione dell'economia comunitaria e che la caratterizzano nel suo realizzarsi attraverso gli enti sociali tipici del terzo settore; tra le caratteristiche in essa annoverate occorre ricordare quelli della prevalenza dell'individuo e dell'obiettivo sociale sul capitale, quello della adesione volontaria ed aperta, nonché il controllo democratico da parte dei soci (tranne che per le fondazioni in quanto non ne hanno), vanno altresì ricordate la combinazione degli interessi dei soci/utenti e dell'interesse generale, la difesa e applicazione dei principi di solidarietà e responsabilità, l'autonomia di gestione e indipendenza dalle autorità pubbliche ed infine il vincolo della destinazione della maggior parte dell'avanzo di bilancio al conseguimento di obiettivi di sviluppo sostenibile, a servizi di interesse per i membri o a servizi di interesse generale⁹.

Gli enti del terzo settore, in ragione della loro eterogeneità di intervento sociale, si sono mostrati particolarmente idonei ad interpretare i principi della Economia Sociale, in particolar modo attraverso gli enti appartenenti alla categoria delle associazioni *non profit*.

Sono annoverabili tra gli enti senza scopo di lucro soltanto quelle organizzazioni private il cui statuto proibisce di distribuire utili ai fondatori o a coloro che le controllano o le finanziano e che si distinguono per avere le seguenti caratteristiche: sono organizzazioni, private, autonome, non distribuiscono utili e si basano sul lavoro volontario dei soci. Nello specifico:

- per essere organizzazioni si intende che abbiano una struttura e una presenza istituzionale. Di solito si tratta di persone giuridiche;
- l'essere private va inteso nel senso che debbano separate istituzionalmente dai poteri pubblici, anche se possono ricevere finanziamenti pubblici e posso-

⁶ D. PATAMIA, "Corporate crime trial: il processo penale a carico degli enti nell'esperienza anglosassone. Una nuova prospettiva di comparazione", in Rivista231.it del 31/5/2019.

⁷ Ibidem.

⁸ S. VINCIGUERRA, *Diritto penale comparato. I principi*, Cedam, Padova, 2002.

⁹ "L'economia sociale nell'Unione Europea" tratto dalla sintesi della relazione elaborata dal Centro internazionale di ricerca e di informazione sull'economia pubblica, sociale e cooperativa (Ciri-ec) su richiesta del Comitato economico e sociale europeo.

- no avere funzionari pubblici nei loro organi direttivi;
- per essere autonome occorre che siano in grado di controllare le loro attività e che siano libere di scegliere e deporre i loro organi direttivi;
- che non distribuiscano utili, o meglio possono realizzare utili ma questi ultimi devono esser reinvestiti nell'attività principale dell'organizzazione e non possono essere distribuiti ai proprietari, ai fondatori oppure agli organi direttivi dell'organizzazione;
- che siano connotate del carattere volontario del lavoro, e cioè in primo luogo, che l'adesione non sia obbligatoria o imposta dalla legge e, in secondo luogo, che esse debbano contare su volontari che partecipino alle attività o alla gestione¹⁰.

Ebbene le organizzazioni senza scopo di lucro non soltanto sono le migliori interpreti dei principi di economia sociale tanto care all'Unione Europea, ma, per giunta, sono veicolo di enormi quantità di denaro, erogati attraverso bandi pubblici. Ed è proprio in virtù di questo stretto rapporto intercorrente tra ente pubblico e privato, e in ragione degli alti fini prefissati da entrambi, che, a sommosso parere di chi scrive, occorre che le organizzazioni appartenenti al Terzo settore che si interfacciano, spesso e volentieri, con l'amministrazione pubblica nazionale e sovranazionale siano caratterizzate dalla chiarezza e trasparenza organizzativa.

5. La disciplina italiana degli enti del terzo settore alla luce della recente riforma

Un seppur breve accenno merita l'attuale Codice del Terzo Settore che ha cristallizzato, dopo una serie di decreti succedutale, la riforma del Terzo Settore.

Tra le novità di maggior rilievo occorre evidenziare il raggruppamento in un solo testo della disciplina dei nuovi Enti del Terzo Settore classificabili in sette tipologie così individuate: organizzazioni di volontariato (che dovranno aggiungere Odv alla loro denominazione); associazioni di promozione sociale (Aps); imprese sociali (incluse le attuali cooperative sociali); enti filantropici; reti associative; società di mutuo soccorso; altri enti e cioè associazioni riconosciute e non, fondazioni, enti di carattere privato senza scopo di lucro diversi dalle società¹¹.

Non sono ricompresi nel novero degli enti del terzo settore le amministrazioni pubbliche, le fondazioni di origine bancaria, i partiti, i sindacati, le associazioni professionali, di categoria e di datori di lavoro. Mentre per gli enti religiosi il Codice si applica limitatamente alle attività di interesse generale¹².

Per essere riconosciuti come Ets gli enti sono tenuti, alla luce del nuovo codice, ad iscriversi nel Registro unico nazionale del Terzo settore tenuto dal Ministero

delle Politiche sociali, presso il quale è prevista anche l'istituzione di un Consiglio nazionale del Terzo settore con l'arduo compito di sovrintendere gratuitamente all'armonizzazione della nuova disciplina; la gestione del Registro unico è devoluta alle singole regioni.

Gli enti, iscrivendosi nel Registro, sono tenuti al rispetto di vari obblighi riguardanti la democrazia interna, la trasparenza nei bilanci, i rapporti di lavoro e i relativi stipendi, l'assicurazione dei volontari, la destinazione degli eventuali utili.

Il codice del Terzo settore è decisamente più ampio e meriterebbe una approfondita analisi, ma per quel che riguarda l'argomento in trattazione ci si limiterà a questi aspetti, giacché sono proprio questi gli elementi che più si avvicinano al tema della *compliance*.

6. L'incidenza del c.d. decreto spazza-corrotti nell'assetto organizzativo degli enti

Il Decreto anticorruzione, noto anche come Spazza-corrotti, varato dal governo ha introdotto una serie di novità atte a preservare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Di certo quel che ci interessa in questa sede è la rilevanza del decreto in parola nell'accertamento della responsabilità penale degli enti ed in particolare quelli del terzo settore¹³. Occorre, per tale ragione, soffermarsi sul dettato del nuovo articolo 5, comma 4, del decreto legge 28 dicembre 2013, n. 149, relativo al finanziamento dei partiti politici, così come recentemente modificato dall'articolo 1, comma 2, della legge 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. decreto "spazza-corrotti").

Così come novellato, l'articolo 5, comma 4¹⁴, estende enormemente rispetto al passato l'ambito di equiparazione degli enti privati ai partiti politici per ciò che riguarda la materia degli obblighi di trasparenza finalizzati alla prevenzione di fenomeni corruttivi¹⁵.

La norma, pertanto, ha finito per disciplinare in maniera unitaria e senza tener conto delle profonde

¹³ C. MORRESI, *La legge anticorruzione e prevenzione del rischio da reato ex d. lgs. 231/01*, in *www.portale231.com*, 17.01.2019.

¹⁴ "Ai sensi e per gli effetti del presente articolo, sono equiparate ai partiti e movimenti politici le fondazioni, le associazioni e i comitati la composizione dei cui organi direttivi sia determinata in tutto o in parte da deliberazioni di partiti o movimenti politici ovvero i cui organi direttivi siano composti in tutto o in parte da membri di organi di partiti o movimenti politici ovvero persone che siano o siano state, nei dieci anni precedenti, membri del Parlamento nazionale o europeo o di assemblee elettive regionali o locali ovvero che ricoprano o abbiano ricoperto, nei dieci anni precedenti, incarichi di governo al livello nazionale, regionale o locale ovvero incarichi istituzionali per esservi state elette o nominate in virtù della loro appartenenza a partiti o movimenti politici, nonché le fondazioni e le associazioni che erogano somme a titolo di liberalità o contribuiscano in misura pari o superiore a euro 5.000 l'anno al finanziamento di iniziative o servizi a titolo gratuito in favore di partiti, movimenti politici o loro articolazioni interne, di membri di organi di partiti o movimenti politici o di persone che ricoprono incarichi istituzionali".

¹⁵ A. FICI, *Spazzacorrotti: le conseguenze (irragionevoli) per il Terzo Settore*, in *www.vita.it*, 16.03.2019.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Il Codice del Terzo settore è legge. Cosa cambia con il grande "riordino" in *www.csvnet.it*.

¹² Ibidem.

diversità degli enti associativi, riservando il medesimo trattamento ai partiti e ai movimenti politici nonché a tutti gli altri enti operanti nel terzo settore, sottoponendo in tal guisa le associazioni agli stessi obblighi di trasparenza cui devono soggiacere i partiti politici.

In effetti il decreto spazza corrotti ha finito col spiegare più o meno direttamente gli effetti su

a) fondazioni, associazioni e comitati la composizione dei cui organi direttivi sia determinata in tutto o in parte da deliberazioni di partiti o movimenti politici;

b) fondazioni, associazioni e comitati i cui organi direttivi siano composti in tutto o in parte da:

- membri di organi di partiti o movimenti politici, ovvero
- persone che siano o siano state, nei dieci anni precedenti, membri del Parlamento nazionale o europeo o di assemblee elettive regionali o locali, ovvero
- persone che ricoprano o abbiano ricoperto, nei dieci anni precedenti, incarichi di governo al livello nazionale, regionale o locale ovvero incarichi istituzionali per esservi state elette o nominate in virtù della loro appartenenza a partiti o movimenti politici;

c) fondazioni e associazioni che erogano somme a titolo di liberalità o contribuiscano in misura pari o superiore a euro 5.000 l'anno al finanziamento di iniziative o servizi a titolo gratuito in favore di partiti, movimenti politici o loro articolazioni interne, di membri di organi di partiti o movimenti politici o di persone che ricoprono incarichi istituzionali¹⁶.

Difatti queste tipologie di enti, alla luce del dettato dello spazza-corrotti, avrebbero dovuto adottare i gravosi oneri in materia di trasparenza di cui al d.l. 149/2013.

La gravosità di tali oneri, per gran parte degli enti, avrebbe ridotto gli stessi a sottrarre le risorse necessarie a realizzare le proprie attività di interesse generale, essendo peraltro costretti nei fatti a tradire la *mission* statutaria.

La veemente polemica sollevata dagli operatori del terzo settore all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 3 del gennaio 2019, ha finito per ottenere un passo indietro da parte del Governo che, ha cercato di porre una "toppa" con il c.d. Decreto Crescita escludendo l'equiparazione ai partiti politici per tutti quegli enti rientranti nel Registro unico del Terzo settore¹⁷.

7. Conclusioni

Con questo contributo si è cercato di accennare al tema della responsabilità penale degli enti ponendo maggiore attenzione allo *status* di quelli operanti nel terzo settore.

A parere di chi scrive, l'enorme quantità di mate-

riale legislativo, ma anche giurisprudenziale e dottrinario in materia lascia intendere che il tema di cui si è trattato sarà, nei prossimi anni, oggetto di ulteriori e forse anche profonde modifiche.

Le *partnership* industriali sono ormai votate sempre di più alla globalizzazione, ed è risaputo che la forte influenza commerciale statunitense ha da sempre condizionato notevolmente l'*asset* economico, politico e giuridico anche degli stati dell'Europa continentale, talvolta piegando finanche i rigidi principi di *civil law*.

Ebbene non è improbabile che l'evoluzione della disciplina della responsabilità penale degli enti segua lo stesso *iter*, magari mutuando proprio dagli ordinamenti di *common law* l'interpretazione del concetto di "persona" cui ricondurre la responsabilità penale per la commissione di reati in senso universale, senza distinzioni decise e nette tra quella fisica e giuridica.

A prescindere dalla previsione comparata della potenziale evoluzione della responsabilità penale degli enti, che allo stato per quanto probabile è comunque in fase embrionale, decisamente acerba, ciò che dovrebbe profilarsi nel più breve termine è l'esigenza di predisporre dei modelli organizzativi semplificati per gli enti del terzo settore, o meglio per quelli operanti nel ramo del *no profit*.

È questione nota che attualmente l'adozione dei modelli organizzativi comporti oneri importanti che, difatti, non sarebbero sostenibili da una associazione senza scopo di lucro; eppure l'orientamento dell'economia sociale comunitaria è improntata a conferire una enorme fiducia a questi enti che, vista la quantità di capitali che veicolano spesso in cordata anche con enti pubblici, necessiterebbero di uno *screening* e di una valutazione dei rischi di modo che anch'esse possano dotarsi di quei mezzi atti a rendere trasparenti le strutture associative, i fini e le attività ottenendo in tal guisa maggiore affidabilità e credibilità.

Il terzo settore, dunque, non è il futuro dell'economia ma ne è già il presente. Occorrerebbe che il legislatore riflettesse e si adoperasse affinché non sia tardivo un suo intervento in materia di responsabilità penale degli enti del terzo settore.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ S. DE CARLI, *Spazzacorrotti e Terzo Settore nel decreto Crescita c'è la retromarcia*, in *www.vita.it*, 26.04.2019.

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 e ss.mm. e ii.*)

Aggiudicazione – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Servizi ad alta intensità di manodopera

Gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice.

Cons. di Stato, Ad.Pl., 21 maggio 2019, n. 8, Pres. F. Patroni Griffi, Est. F. Franconiero

Aggiudicazione illegittima – Responsabilità – Risarcimento danni – Non è richiesta la prova dell'elemento soggettivo della colpa

La responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata - secondo le previsioni contenute nelle direttive europee - a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio.

Cons. di Stato, sez. IV, 15 aprile 2019, n. 2429, Pres. A. Anastasi, Est. D. Di Carlo

Annullamento in autotutela – Ripristino della legalità – Influenza dell'operatore economico nei processi decisionali dell'amministrazione

Per l'esercizio dell'autotutela revocatoria, è sufficiente che sussistano profili sintomaticamente concordanti ed univoci della sussistenza di elementi tali da poter ricavare la ragionevole convinzione che si sia verificata un'indebita influenza dell'operatore economico nei processi decisionali dell'amministrazione. Il potere di annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa da parte della stessa Amministrazione procedente, sussiste anche dopo l'aggiudicazione della gara ed anche nel caso in cui è intervenuta la stipulazione del contratto con conseguente inefficacia di quest'ultimo.

Cons. di Stato, sez. V, 01 aprile 2019, n. 2123, Pres. C. Saltelli, Est. U. Realfonzo

Esclusione legittima – L'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara può essere perseguito solo dall'impresa che non è stata esclusa

Nell'ambito di una gara pubblica, l'interesse strumentale alla riedizione della procedura di gara può essere perseguito solo dall'impresa che non è stata esclusa, poiché la legittima esclusione dalla gara priva il concorrente della disponibilità di interessi qualificati, anche di mera natura strumentale, preordinati ad ottenerne la riedizione integrale.

Cons. di Stato, sez. V, 28 marzo 2019, n. 2065, Pres. R. Giovagnoli, Est. G. Grasso

Gravi illeciti professionali – Valutazione della stazione appaltante sull'affidabilità ed integrità dell'operatore economico – Obblighi informativi

L'elencazione dei gravi illeciti professionali che possono portare all'esclusione dalla gara pubblica, contenuta nell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. 50/2016, è meramente esemplificativa. La stazione appaltante può desumere il compimento di "gravi illeciti" da ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui è stata accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa. Per consentire alla stazione appaltante un'adeguata e ponderata valutazione sull'affidabilità e sull'integrità dell'operatore economico, sono posti a carico di quest'ultimo i c.d. obblighi informativi: l'operatore è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti.

Cons. di Stato sez. V, 12/04/2019, n. 2407, Pres. F. Franconiero, Est. F. Di Matteo

Gravi illeciti professionali – La violazione degli obblighi informativi può costituire "grave illecito professionale"

La violazione degli obblighi informativi può integrare, a sua volta, il "grave illecito professionale" endoprocedurale, con conseguente facoltà della stazione appaltante di valutare tale omissione o reticenza ai fini dell'attendibilità e dell'integrità dell'operatore economico.

Cons. di Stato sez. V, 12/04/2019, n. 2407, Pres. F. Franconiero, Est. F. Di Matteo

Impugnazione atti di gara – Legittimazione – Deroghe – Contestazione immediata del bando di gara

Sono tre le ipotesi in cui si deroga al principio per cui la legittimazione ad impugnare atti di procedure di affidamento di contratti pubblici postula necessariamente che ad esse si sia partecipato e cioè: laddove si contesti in radice l'indizione della gara; all'inverso, si contesti che una gara sia mancata; o si impugnino clausole immediatamente escludenti. Rientra nell'ipotesi di contestazione immediata del bando di gara, l'ipotesi del titolare di una posizione contrattuale con la stessa amministrazione che ha indetto la nuova gara incompatibile con quest'ultima. Di fronte alla scelta di affidare il contratto mediante una procedura ad evidenza pubblica viene infatti immediatamente pregiudicato l'interesse ad una proroga del precedente rapporto, per cui il relativo titolare è posto di fronte all'alternativa di partecipare alla nuova gara o di impugnarla.

Cons. di Stato, sez. V, 27 marzo 2019, n. 2020, Pres. C. Saltelli, Est. F. Franconiero

Offerta – Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – Punteggio – È necessario utilizzare tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo

Nell'ambito delle gare pubbliche, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta.

T.A.R. Napoli, sez. VI, 04 aprile 2019, n.1880, Pres. P. Passoni, Est. P.Palmarini

Raggruppamenti temporanei di impresa di tipo verticale – Limite – Onere di specificazione delle parti del servizio che ciascun componente ha eseguito

La possibilità di dar vita a raggruppamenti di tipo verticale (o, più correttamente, di ammetterli ad una gara) sussiste solo laddove la stazione appaltante abbia preventivamente individuato negli atti di gara, con chiarezza, le prestazioni "principali" e quelle "secondarie", essendo precluso al partecipante alla gara di procedere di sua iniziativa alla scomposizione del contenuto della prestazione, distinguendo fra prestazioni principali e secondarie, onde ripartirle all'interno di un raggruppamento di tipo verticale. L'onere di specificazione delle parti di servizio eseguite da ciascun componente del raggruppamento è teso ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate.

T.A.R. Napoli, sez. VIII, 08 aprile 2019, n.1929, Pres. F. Gaudieri, est. R. Giansante

Requisiti di ammissione – Onere di immediata impugnazione delle clausole escludenti – Eccezione – Clausola ambigua

Nelle gare pubbliche è onere dell'interessato procedere all'immediata impugnazione delle clausole del bando o della lettera di invito che prescrivano il possesso di requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara la cui carenza determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta. Solo il carattere ambiguo della clausola, che non rende immediatamente percepibile l'effetto preclusivo alla partecipazione per chi sia privo di un requisito soggettivo richiesto dal bando, ne esclude l'immediata lesività e ne consente l'impugnazione unitamente all'atto di esclusione, applicativo della clausola stessa suscettibile di diverse interpretazioni.

Cons. di Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n.2387, Pres. F. Caringella, Est. P. G. N. Lotti

Revisione dei prezzi – Eccessiva onerosità sopravvenuta – Diminuzione qualitativa delle prestazioni – Fianalità

La finalità dell'istituto della revisione dei prezzi è da un lato quella di salvaguardare l'interesse pubblico a che le prestazioni di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa, a causa dell'eccessiva onerosità sopravvenuta delle prestazioni stesse, e della conseguente incapacità del fornitore di farvi compiutamente fronte, dall'altro di evitare che il corrispettivo del contratto di durata subisca aumenti incontrollati nel corso del tempo tali da sconvolgere il quadro finanziario sulla cui base è avvenuta la stipulazione del contratto.

Cons. di Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n.1980, Pres. L. Balucani, Est. R. Sestini

Revisione dei prezzi – Tutela dell'interesse pubblico – Prestazioni di servizi qualitativamente adeguate

Lo scopo principale dell'istituto della revisione dei prezzi è quello di tutelare l'interesse pubblico ad acquisire prestazioni di servizi qualitativamente adeguate; solo in via mediata e indiretta la disciplina realizza anche l'interesse dell'impresa, a non subire l'alterazione dell'equilibrio contrattuale conseguente alle modifiche dei costi che si verificano durante l'arco del rapporto.

Cons. di Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n.1980, Pres. L. Balucani, Est. R. Sestini

Revisione dei prezzi – Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

L'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di revisione dei prezzi ha assunto una portata ampia e generale e abbraccia, ormai, ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del quantum debeat.

Cons. di Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n.1937, Pres. F. Frattini, Est. Francesco Guarracino

Soccorso Istruttorio – Irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci – Limiti

L'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili. Non esiste un limite sistematico al soccorso istruttorio processuale, se non quello che deve attenersi a carenze di natura formale, in quanto tali afferenti ad attività vincolata e tradursi dunque, nell'accertamento della sussistenza del requisito non dichiarato, il che consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione.

Cons. di Stato, sez. V, 05 aprile 2019, n. 2242, Pres. C. Saltelli, Est. S. Fantini

Diritto tributario

- SULLA NON APPLICAZIONE DELL'ART. 32 DEL D.P.R. N. 601/1973 IN TEMA DI ESENZIONE DALLE IMPOSTE IPOCATASTALI SULL'ATTO DI ASSEGNAZIONE, AL SOCIO DI UNA COOPERATIVA, DI UN IMMOBILE EDIFICATO IN ATTUAZIONE DI PROGRAMMI PUBBLICI RESIDENZIALI.
Nota a Corte di Cassazione, sez. VI civile, ordinanza n. 8094, 3 aprile 2018 498
di Nicolò Treglia
- RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE 503
a cura di Maria Pia Nastri



Sulla non applicazione dell'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973 in tema di esenzione dalle imposte ipocatastali sull'atto di assegnazione, al socio di una cooperativa, di un immobile edificato in attuazione di programmi pubblici residenziali.

Nota a Corte di Cassazione, sez. VI civile, ordinanza n. 8094, 3 aprile 2018

abstract

The tax advantage in art. 32, paragraph 2, of presidential decree no. 601/1973, that provides for the payment of stamp duty in fixed rate and the exemption from the payment of the mortgage and cadastral taxes, does not apply whether the transfer of real estate built following public housing projects, in accordance with Law no. 865/1971, is subject to VAT. Recently the Supreme Court, Section VI, with the judgment of 3 April 2018, n. 8094, has stated that the tax advantage in art. 32 of D.P.R. no. 601/1973, is not applicable for the case under exam, due to VAT presidential decree posteriority and its nature of narrow interpretation.

keywords

Mortgage and cadastral taxes – Tax advantage of art. 32 D.P.R. No. 601/1973 – Subjective and objective requirements.

abstract

La norma agevolativa di cui al secondo comma dell'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973, che prevede il pagamento dell'imposta di registro in misura fissa e l'esenzione dalle imposte ipocatastali, non si applica qualora il trasferimento della proprietà di immobili edificati in attuazione di programmi di edilizia pubblica residenziale ai sensi della legge n. 865/1971, sia soggetto ad IVA. Recentemente si è pronunciata al riguardo la Suprema Corte di Cassazione, VI sezione, con l'Ordinanza n. 8094 del 3 Aprile 2018, secondo la quale la fattispecie agevolativa di cui al art. 32 del D.P.R. n. 601/1973 non è applicabile al caso in oggetto stante la sua posteriorità al Decreto IVA e la sua natura di stretta interpretazione.

parole chiave

Imposte ipotecarie e catastali – Agevolazione ex art. 32 D.P.R. n. 601/1973 – Requisiti soggettivi e oggettivi.

Esenzione dalle imposte ipotecarie e catastali – Tassazione atto di trasferimento al socio di una cooperativa di un immobile edificato in attuazione di programmi di edilizia pubblica residenziale

Il secondo comma dell'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973, successivo al decreto IVA, non indicando i soggetti all'imposizione IVA tra i beneficiari dell'agevolazione, deve intendersi, stante la sua natura di norma di stretta interpretazione, ad essi non applicabile.

Cass., sez. VI civile, 3 aprile 2018, ord. n. 8094,
Pres. Cirillo, Rel. Napolitano

(Omissis)

FATTO E DIRITTO

La Corte, costituito il contraddittorio camerale ai sensi dell'art. 380-bis c.p.c., come integralmente sostituito dal comma 1, lett. e), dell'art. 1-bis del d.l. n. 168/2016, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 197/2016; dato atto che il collegio ha autorizzato, come da decreto del Primo Presidente in data 14 settembre 2016, la redazione della presente motivazione in forma semplificata, osserva quanto segue:

Con sentenza n. 4885/21/2015, depositata il 23 novembre 2015, la CTR della Sicilia – sezione staccata di Caltanissetta – rigettò l'appello proposto dall'Agenzia delle Entrate nei confronti del sig. G.G., avverso la sentenza della CTP di Caltanissetta, che aveva accolto il ricorso del contribuente avverso avviso di liquidazione per il recupero delle imposte ipotecarie e catastali ritenute dall'Ufficio comunque dovute in misura fissa.

Avverso la sentenza della CTR l'Amministrazione finanziaria ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un solo motivo.

L'intimato non ha svolto difese.

Con l'unico motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 32 del d.P.R. n. 601/1973, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3,

c.p.c., nella parte in cui la sentenza impugnata ha riconosciuto l'agevolazione prevista dal comma 2 del citato art. 32 del d.P.R. n. 601/1973 (esenzione dalle imposte ipotecarie e catastali) sull'atto di assegnazione al socio G. G. di alloggio percivile abitazione edificato in cooperativa ex L. n. 865/1971.

Secondo l'Amministrazione ricorrente, la norma agevolativa, di stretta interpretazione, non avrebbe potuto essere applicata laddove l'assegnazione dell'immobile al socio, come nella fattispecie in esame, doveva intendersi assoggettata ad imposizione IVA, ex art. 2, comma 2, n. 6 del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, trattandosi di cessione avvenuta prima del quinquennio dall'ultimazione dell'immobile stesso, non potendo quindi, qualificarsi esente ai fini IVA ai sensi dell'art. 10, n. 8-bis, del c.d. decreto IVA.

Il motivo è fondato.

L'esenzione prevista dall'art. 32, comma 2, del d.P.R. n. 601/1973 è stata riconosciuta dalla CTR della Sicilia in virtù del presupposto che l'atto riguardasse la vendita di un immobile attuativo di un programma pubblico di edilizia residenziale, di cui all'art. 48, titolo IV, della l. n. 865/1971.

La norma agevolativa prevede che «Gli atti di trasferimento della proprietà delle aree previste al titolo III della legge indicata nel comma precedente» (cioè la l. n. 865/1971) e gli atti di concessione del diritto di superficie sulle aree stesse sono soggetti all'imposta di registro in misura fissa e sono esenti dalle imposte ipotecarie e catastali. Le stesse agevolazioni si applicano agli atti di cessione a titolo gratuito delle aree a favore dei comuni o loro consorzi nonché agli atti e contratti relativi all'attuazione dei programmi pubblici di edilizia residenziale di cui al titolo IV della legge indicata nel primo comma».

Detta norma, successiva al decreto IVA, non indicando i soggetti all'imposizione IVA tra i beneficiari dell'agevolazione, deve intendersi, stante la sua natura di norma di stretta interpretazione, ad essi non applicabile, portando sostanzialmente l'assegnazione soggetta ad IVA fuori dal campo dell'edilizia sovvenzionata e dai relativi benefici di cui al d.P.R. n. 601/1973 (in generale, sull'esclusione, riguardo al godimento dell'agevolazione, di qualsiasi altro programma al di fuori dal titolo IV della l. n. 865/1971, ove anche introdotto da altro ente pubblico, quale una Regione, rispetto a quelli ivi indicati, cfr. Cass. sez. 5, 15 luglio 2015, n. 14800; Cass. sez. 5, 7 ottobre 2016, n. 20173, risultando quindi non richiamata in modo pertinente dalla decisione impugnata ai fini della decisione della controversia anche l'analoga Cass. sez. 5, 24 maggio 2005, n. 10950).

La pronuncia impugnata, che non ha verificato se la cessione fosse soggetta ad imposizione IVA, va dunque cassata.

Ritiene la Corte che la cassazione dell'impugnata pronuncia debba avvenire con rinvio, demandandosi

espressamente al giudice di rinvio l'accertamento, che l'Amministrazione assume come pacifico – affermazione che tuttavia la Corte, in mancanza del fascicolo d'ufficio del doppio grado di merito non è in grado di verificare – sull'epoca di ultimazione dei lavori dell'alloggio assegnato al socio al fine di verificare se la cessione sia avvenuta effettivamente, come assunto dall'Amministrazione, nel quadriennio dalla data di ultimazione della costruzione.

Il giudice di rinvio, nell'uniformarsi al principio di diritto sopra espresso, all'esito dell'accertamento di cui sopra, provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

(Omissis)

***Nota ad ordinanza

sommario

1. La vicenda giudiziaria. – 2. La mancata applicazione della previsione agevolativa di cui all'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973 in virtù del richiamo al D.P.R. IVA. – 3. La posizione dell'AdE e della giurisprudenza. – 4. Considerazioni di sintesi.

1. La vicenda giudiziaria

L'Ordinanza in oggetto trae origine dal ricorso proposto dall'Agenzia delle Entrate contro il contribuente, avverso la sentenza n. 4885 del 2015 della Commissione Tributaria Regionale di Palermo, sezione distaccata di Caltanissetta. L'AdE aveva precedentemente impugnato la sentenza della C.T.P. di Caltanissetta, che aveva accolto il ricorso del contribuente avverso un avviso di liquidazione riguardante il mancato versamento di imposte ipotecarie e catastali in misura fissa. La ricorrente AdE ha impugnato la sentenza della C.T.R. di Palermo per violazione e falsa applicazione dell'articolo 32 del D.P.R. n. 601/1973, relativamente all'esenzione delle imposte ipotecarie e catastali dovute per l'atto di assegnazione al socio di una cooperativa di un immobile per civile abitazione, edificato in attuazione di programmi pubblici di edilizia ex lege n. 865/1971.

Secondo l'AdE non si applicherebbe alla fattispecie in esame la norma agevolativa di cui all'art. 32, poiché in questo caso il trasferimento sarebbe soggetto ad IVA (ex art. 2 comma 2, numero 6) del D.P.R. IVA), ma non da considerarsi esente ai fini IVA ai sensi dell'art. 10 numero 8-bis del D.P.R. n. 633/1972.

La mancata applicazione della previsione agevolativa di cui all'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973 in virtù del richiamo al D.P.R. IVA.

Il secondo comma dell'articolo 32 del D.P.R. n. 601/1973, rubricato "Edilizia economica e popolare", recita: "Gli atti di trasferimento della proprietà delle aree previste al titolo III della legge indicata nel

comma precedente (legge 865/1971) e gli atti di concessione del diritto di superficie sulle aree stesse sono soggetti all'imposta di registro in misura fissa e sono esenti dalle imposte ipotecarie e catastali. Le stesse agevolazioni si applicano agli atti di cessione a titolo gratuito delle aree a favore di comuni o loro consorzi nonché agli atti e contratti relativi all'attuazione dei programmi pubblici di edilizia residenziale di cui al titolo IV della legge indicata nel primo comma¹.

Detto articolo stabilisce, nel caso di atti di trasferimento della proprietà relativi ad alloggi edificati nell'ambito di programmi di edilizia residenziale (legge 865/1971), il pagamento dell'imposta di registro in misura fissa e un'esenzione² dal pagamento delle imposte ipotecarie.

L'ordinanza in commento fa riferimento all'art. 2 comma 2 numero 6) del D.P.R. IVA secondo cui "Costituiscono inoltre cessioni di beni 6) le assegnazioni dei beni ai soci fatte a qualsiasi titolo da società di ogni tipo e oggetto...", e all'art. 10 numero 8-bis del D.P.R. IVA per il quale "Sono esenti dall'imposta

¹ Detta norma è stata oggetto di interpretazione autentica ex art. 1 comma 58 della legge n. 208/2015 (Legge di Stabilità 2016), per la quale le agevolazioni di cui all'art. 32 si applicano agli atti di trasferimento della proprietà "indipendentemente dal titolo di acquisizione della proprietà da parte degli enti locali" (esproprio o qualunque altro atto d'acquisto).

² L'esenzione, rientrando nel *genus* delle agevolazioni tributarie, introduce una disciplina derogatoria di una norma generale. Si distingue dall'esclusione poiché, in quest'ultima, il legislatore delimita l'applicazione del tributo intervenendo sul presupposto e sulla base imponibile.

Per agevolazione fiscale si intende un trattamento fiscale più favorevole rispetto a quello ordinario che si può realizzare in vari modi, ad esempio un'attenuazione del prelievo oppure un suo spostamento nel tempo. Nel *genus* agevolazione possono ricomprendersi varie *species*, tra le quali: esenzioni, esclusioni, crediti di imposta, deduzioni e detrazioni.

In tal senso M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)*, in *Rassegna Tributaria*, n. 2/2002, pp. 421 e ss.; A. URICCHIO, M. AULENTA, G. SELICATO, *La dimensione promozionale del fisco*, Bari, 2015, pp. 33 e ss.

Diversi autori, tra cui N. D'AMATI in *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, Novissimo digesto, Torino, 1980, pp. 158 e ss, si sono interrogati circa i possibili contrasti tra le agevolazioni tributarie e il principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. D'Amati ammette la legittimità delle agevolazioni fiscali, che dipende "non già dalla mera ripetizione degli stessi schemi impositivi, ma dall'adeguamento di questi alle particolari condizioni economiche, sociali e di fatto riscontrabili nella realtà sociale", in quanto ritiene che "la soluzione della questione dev'essere ricercata, invece, all'interno dello stesso art. 3 Cost., che non si limita a stabilire l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, ma attribuisce alla Repubblica il compito di 'rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese'".

Per approfondire sul punto si vedano F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, pp. 145 e ss.; S. LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da Amatucci, Padova, 1994, pp. 416 e ss.

le cessioni di fabbricati o di porzioni di fabbricati diversi da quelli al numero 8-ter, escluse quelle effettuate dalle imprese costruttrici degli stessi entro cinque anni dalla data di ultimazione della costruzione". Con il suddetto articolo il legislatore ha ritenuto di esentare dal pagamento dell'IVA le cessioni di fabbricati abitativi, tranne nel caso in cui la cessione sia stata effettuata dall'impresa costruttrice entro cinque anni dalla costruzione; l'imposta infatti in tale ultimo caso è dovuta.

Nella fattispecie in esame l'Amministrazione finanziaria ritiene che la cessione sia avvenuta nel quadriennio dalla costruzione; di conseguenza l'operazione è soggetta ad IVA e per tale motivo non può essere applicata l'agevolazione di cui al secondo comma dell'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973, cioè l'esenzione dalle imposte ipotecarie.

La posizione dell'AdE e della giurisprudenza.

La stessa AdE non opera alcuna distinzione tra atti soggetti o meno a IVA; con la circolare 18/E del 2013 punto sub 3.22 – Trasferimento a titolo oneroso di immobili costruiti in attuazione dei programmi pubblici di edilizia residenziale – afferma che: "ai sensi dell'articolo 32 del D.P.R. n. 601/1973, sono soggetti all'imposta di registro in misura fissa e sono esenti dalle imposte ipotecarie e catastali: (...) gli atti e contratti relativi all'attuazione dei programmi pubblici di edilizia residenziale di cui al titolo IV della legge n. 865/1971...".

Con la risoluzione n. 333 del 2007, l'AdE ha risposto ad un interpello del contribuente concernente il trattamento fiscale ai fini dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale degli atti di vendita di alloggi di proprietà dell'ATER (Azienda territoriale per l'edilizia residenziale pubblica) nei confronti degli assegnatari. Il notaio interpellante ha chiesto di sapere se a tali cessioni siano o meno applicabili le agevolazioni di cui all'art. 32 comma 2 del D.P.R. n. 601/1973. Nonostante tale fattispecie sia diversa da quella oggetto della presente nota³, il riferimento alla predetta risoluzione può comunque risultare d'interesse, in quanto, nella sua risposta, l'AdE, nell'ammettere la fruizione del regime agevolativo di cui all'art. 32 a tali operazioni, non valorizza in alcun modo la circostanza che le cessioni in oggetto fossero esenti ai fini IVA ai sensi dell'art. 10, comma 8-bis del D.P.R. IVA.

Dello stesso tenore la risoluzione n. 69/2009 dell'AdE, che ha però negato la fruizione del regime agevolativo alla società acquirente⁴.

³ Nel caso prospettato infatti il notaio interpellante chiarisce che tali cessioni sono esenti ai fini IVA "essendo già trascorso un quadriennio dalla fine dell'intervento della costruzione".

⁴ La precitata risoluzione riguardava la risposta ad un interpello del contribuente – una società controllata da un Comune – che doveva acquistare da una società di cartolarizzazione "un complesso edilizio costituito da 180 appartamenti, al fine di ovviare al disagio che potrebbe essere arrecato alle persone assegnatarie dei predetti appartamenti in caso di vendite degli stessi a soggetti ter-

Su una fattispecie simile a quella in esame è intervenuta la giurisprudenza di merito con la sentenza n. 134/2011 della Commissione Tributaria Regionale di Palermo Sezione staccata di Catania. La predetta sentenza ha avuto origine a seguito dell'appello proposto dal contribuente avverso la sentenza della C.T.P. di Catania, che aveva ritenuto legittimo l'avviso di liquidazione relativo all'imposta ipotecaria e catastale non percepita in sede di registrazione di un atto di assegnazione di un alloggio al socio di una cooperativa; fattispecie che il contribuente riteneva potesse rientrare nell'ambito dell'art. 32 comma 2 del D.P.R. n. 601/1973. L'Ufficio ha ritenuto non applicabile al caso la norma agevolativa, in quanto sussistevano i presupposti imponibili ai fini IVA.⁵ La C.T.R., accogliendo l'appello del contribuente, ha ritenuto incongruo l'assunto dell'Ufficio, "attesa la posteriorità dell'art. 32 comma 2 cit. alla disciplina dell'IVA: l'eventuale esclusione dell'agevolazione agli atti soggetti all'IVA doveva essere sancita espressamente secondo il canone dell'*ubivolvit dixit*. Il silenzio del legislatore attesta allora l'esatto contrario di quanto sostenuto dall'Ufficio." Tale sentenza della C.T.R. Sicilia appare pienamente condivisibile, anche con riguardo alla motivazione; non ci si spiega infatti perché l'assoggettamento o meno all'IVA debba fungere da discriminante per l'applicazione della previsione agevolativa, stante il completo silenzio dell'art. 32 sul tema.

CONSIDERAZIONI DI SINTESI

I giudici della S.C. hanno, confermando la tesi dell'Amministrazione finanziaria, stabilito che "L'art. 32 secondo comma, successivo al decreto IVA, non indicando i soggetti all'imposizione IVA tra i beneficiari dell'agevolazione, deve intendersi, stante la sua natura di stretta interpretazione, ad essi non applicabile".

Non convince la suddetta posizione espressa nell'Ordinanza, che, invocando il principio di tassatività delle previsioni agevolative, esclude l'applicazione

zi". Anche in tale caso l'operazione era esente ai fini IVA poiché la società di cartolarizzazione cedente non era qualificabile come impresa di costruzione. L'AdE ha però ritenuto che non potesse essere applicata l'agevolazione in parola poiché la società acquirente non era tra i soggetti deputati all'attuazione dei programmi di cui al Titolo IV della legge n. 865 del 1971.

⁵ L'Ufficio, con una motivazione che ricorda molto quella dell'Ordinanza in commento, riteneva che occorresse "distinguere se per gli atti di assegnazione degli alloggi ricorrono i presupposti di imponibilità ai fini IVA o meno: nel caso di non imponibilità ai fini IVA ricorrono le condizioni oggettive e soggettive prescritte dalla legge 865/71 e quindi gli atti di assegnazione rientrano nella previsione di esenzione di cui all'art.32 D.P.R. n. 601/73. Diversamente per gli atti in cui ricorrono i presupposti di imponibilità IVA, come nel caso in esame, sono dovute in misura fissa le imposte di registro, ipotecaria e catastale. Tale tesi trova conferma nel fatto che l'art. 32 D.P.R. n. 601/73, pur essendo stato emanato successivamente all'istituzione dell'IVA non prevede espressamente che gli atti soggetti ad IVA godano delle agevolazioni in esso contenute".

del trattamento di favore a causa del mancato espresso riferimento nell'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973 agli atti soggetti ad IVA. Improprio appare il richiamo della S.C. al suddetto principio; richiamo che al contrario sarebbe stato consono qualora la controversia avesse riguardato i requisiti soggettivi e/o oggettivi dell'agevolazione espressamente individuati dalla normativa, quindi in fattispecie in cui il contribuente avesse ampliato la portata dell'agevolazione, andando oltre il tenore letterale della legge⁶.

Se da un lato la Corte di Cassazione ha in diverse occasioni⁷ precisato che l'espressa elencazione dei soggetti che possono avvalersi delle norme agevolative di carattere fiscale va considerata tassativa, con esclusione quindi della possibilità di ricorrere a un'interpretazione estensiva; dall'altro va considerato che una tale interpretazione restrittiva porterebbe a rilevare un'incostituzionalità della norma. Non si comprenderebbe infatti per quale ragione il socio assegnatario di un alloggio di edilizia popolare che vede il trasferimento in suo favore già assoggettato ad IVA, dovrebbe essere trattato in maniera difforme – in modo pregiudizievole – dal socio che vede la sua assegnazione assoggettata alla sola imposta di registro: il primo dovrebbe corrispondere come il secondo l'imposta di registro in misura fissa, ma dovrebbe altresì versare l'IVA ed ancora corrispondere, a differenza del secondo, anche le imposte ipotecarie e catastali, per le quali il secondo sarebbe esentato, già pagando complessivamente minori imposte.

Verrebbero quindi tassate in maniera diversa due uguali manifestazioni di ricchezza, senza che sussista

⁶ Come nel caso prospettato nella nota 4 o quello della Risoluzione n. 66/E del 2008, avente ad oggetto un'istanza di interpello del contribuente, che chiede il trattamento fiscale ai fini dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale di un atto di vendita di un immobile ad uso abitativo di proprietà dello Stato e gestito dal Demanio. L'istante ritiene applicabile la norma agevolativa di cui all'art. 32 in quanto detti immobili vanno considerati alloggi di edilizia residenziale pubblica, ai sensi della legge n. 560/1993. L'AdE spiega nella risoluzione, che per poter applicare l'agevolazione debbono sussistere determinati requisiti soggettivi e oggettivi. Con riferimento ai primi, la legge n. 560/1993 ha individuato i soggetti legittimati a realizzare i programmi di edilizia pubblica residenziale, mentre con riferimento a quelli oggettivi si ritiene che "la vendita, nel rispetto di determinate condizioni, sia attuativa di un programma pubblico di edilizia residenziale". In conclusione l'AdE ritiene non applicabile la norma agevolativa di cui all'art. 32, per la mancanza dei requisiti soggettivi e oggettivi tassativamente individuati dalla normativa.

⁷ Tra le altre si vedano la Cass. n. 11106/2008 per la quale le norme agevolative di carattere fiscale rientrano tra quelle "...di carattere eccezionale che (...) esigono un'esegesi ispirata al criterio di stretta interpretazione (...) e non ammettono interpretazioni analogica o estensiva (...) con la conseguenza che i benefici da essa contemplati non possono essere estesi oltre l'ambito di applicazione come rigorosamente identificato in base alla normativa" e la Cass. n. 6925/2011 secondo cui le norme che recano agevolazioni o benefici fiscali, sono di stretta interpretazione e la loro applicazione non può essere estesa a fattispecie non espressamente contemplate dal legislatore.

alcun giustificato motivo. Il socio soggetto ad IVA verrebbe eccessivamente penalizzato solo in quanto soggetto ad altra forma di imposizione indiretta, ma ciò appare assolutamente contrario alla *ratio* dell'agevolazione, cioè quella di ridurre il carico fiscale relativo ad operazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela.

Volendo prescindere da qualunque esegesi logico-sistematica, ed effettuando un'interpretazione basata unicamente sul dato letterale, come sancito dalla Suprema Corte⁸, non si comprende perché l'agevolazione non si possa applicare al caso di specie, se la disposizione di cui all'art. 32, non fa alcun riferimento all'IVA; per tale motivo, a parere di chi scrive, l'art. 32 del D.P.R. n. 601/1973 è applicabile solo qualora sussistano i requisiti soggettivi e oggettivi previsti dalla normativa⁹, indipendentemente dal regime IVA.

⁸ A tal proposito si veda la Cass. Sezioni Unite n. 18574/2016 che distingue tra interpretazione logico-sistematica delle disposizioni in materia, tesa ad evidenziare la *ratio* ad esse sottesa e interpretazione fondata sul dato letterale. Detta Cassazione ha ritenuto che “a salvaguardia dell'equilibrio tra gli interessi che si contrappongono nel rapporto tributario (la garanzia dei contribuenti e le esigenze di bilancio dell'ente impositore), che si esprime a livello costituzionale nell'art. 53 Cost., nella riserva di legge sancita dall'art. 23 Cost. e nella previsione dell'art. 81 Cost. (vieppiù dopo la l. cost. n. 1 del 2012), l'ambito dell'imposizione è tracciato dal legislatore (in positivo come in negativo) attraverso la precisa indicazione di oggetti e soggetti tassabili, con la conseguenza che in relazione alle norme impositive è pacificamente escluso che la tassazione possa investire oggetti o soggetti non espressamente emergenti dal dato normativo espresso, onde anche le norme agevolative, per esigenza speculare, non possono essere suscettibili di integrazione ermeneutica trascendente i confini semantici del dato normativo espresso”. Ne discende che in relazione alle norme agevolative “non può ritenersi ammessa un'operazione ermeneutica che, sia pure attraverso un'interpretazione logico-sistematica, si spinga oltre la lettera della legge..., dovendo evidenziarsi che in relazione a norme eccezionali o comunque di “stretta interpretazione”, anche l'esegesi logico-evolutiva (ed eventualmente quella costituzionalmente orientata) sono precluse se, operando non difformemente dalla interpretazione analogica, conducano ad un'estensione della sfera di operatività della norma interpretata ad ipotesi non sussumibili nel relativo specifico significato testuale.”

In senso contrario alla succitata Cassazione, G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, pp. 428, per cui “la giurisprudenza ha sovente utilizzato a proposito delle agevolazioni la distinzione tra interpretazione estensiva e integrazione analogica, muovendo dall'assunto che l'art. 14 preleggi vieterebbe l'analogia e non anche l'interpretazione estensiva”.

⁹ Sul punto si veda la Cass. n.10950/2005 in *Mass. Giur. It.*, 2005, che ha emanato il seguente principio di diritto “... le agevolazioni consistenti nell'applicazione dell'imposta del registro in misura fissa e dell'esenzione dalle imposte catastale e ipotecaria prevista dall'art. 32 comma 2 D.P.R. 29.9.1973 n. 601, si applicano solo agli atti e contratti relativi all'attuazione dei programmi di edilizia residenziale previsti dal titolo V della legge 22.10.1971 n. 865, affidati a istituti autonomi, cooperative edilizie, società con prevalente partecipazione statale, con esclusione di qualsiasi altro programma, sia pure introdotto da altro ente pubblico, quale una regione...”.

a cura di Maria Pia Nastri

Professore associato di diritto tributario, facoltà di Giurisprudenza, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE

Accertamento – TARI – Esercizio alberghiero – Sospensione invernale – Inutilizzo soggettivo dei locali – Esenzione – Non spettante

Il presupposto della TARI è individuato nel possesso o detenzione a qualsiasi titolo di locali o di aree scoperte, a qualsiasi titolo adibiti, suscettibili di produrre rifiuti urbani; ne deriva che sono tassabili tutti i locali, rimanendone esclusi solo quelli oggettivamente inutilizzabili e non soltanto i locali soggettivamente inutilizzabili, permanendo, in capo a quest'ultimi, la possibilità di usufruire del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani. Secondo la Suprema Corte, nel caso di esercizi alberghieri dotati di licenza annuale, ai fini dell'esenzione dalla tassa, non è sufficiente la sola denuncia di chiusura invernale, ma occorre allegare e provare la concreta inutilizzabilità della struttura, così evidenziando che la tassa è dovuta ove sussista l'obiettivo possibilità di usufruire del servizio, a prescindere dalla sua fruizione. L'espressione "suscettibili" riportata nella norma sta a significare che è sufficiente la potenzialità dei locali a produrre rifiuti, potenzialità che non sussiste solo nel periodo di apertura alla clientela.

Cass., sez. trib., 11 aprile 2019, ord. n. 10156 - Pres. D. Chindemi, rel. O. De Masi

IMU – Contratto di locazione ad uso diverso da abitazione – Patto traslativo d'imposta – Accollo – Capacità contributiva – Autonomia negoziale

La disciplina fiscale dei contratti di locazione ad uso diverso da abitazione è rivoluzionata dalla pronuncia delle Sezioni Unite in commento. La Suprema Corte asserisce la legittimità della clausola del contratto di locazione che impone al conduttore il pagamento dell'imposta municipale unica, di ogni altra tassa ed onere relativo all'immobile locato tenendo manlevato il locatore. Il patto traslativo d'imposta, infatti, non contrasta con il principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.), né nella sua accezione oggettiva di adempiere al quantum giustificato dalla propria capacità contributiva, né in quella soggettiva per cui il prelievo fiscale incide sulle manifestazioni di ricchezza del solo soggetto passivo individuato per legge. Pertanto, il locatore rimane l'unico soggetto obbligato effettivamente nei confronti del fisco e il pagamento di una somma di pari importo del tributo dovuto a carico del conduttore ha la mera funzione di integrare il canone di locazione. L'accollo, quindi, non ha ad oggetto direttamente il tributo, non trasla sul conduttore l'onere di assolvere l'IMU e non è vietato espressamente da norme imperative. La clausola contrattuale, che riversa sul conduttore il pagamento delle imposte che interessano l'immobile locato, non viola né l'art. 53 Cost. né l'art. 1418 c.c., rientrando nella libera determinazione delle parti l'ammontare del canone e l'eventuale previsione di un rimborso per oneri accessori.

Cass., sez. un., 8 marzo 2019, ord. n. 6882 - Pres. V. Di Cerbo, rel. L. A. Scarano

IMU – Esenzione – Enti non profit – Scuole paritarie

Con la sentenza in commento, la Suprema Corte di Cassazione ha stabilito che sanità privata, enti-non profit e scuole paritarie non sono più esenti dal pagamento dell'IMU. I giudici di legittimità hanno cassato il decreto ministeriale del Ministero dell'Economia n. 200/2012 che stabiliva che le paritarie, essendo le loro rette al di sotto del costo medio sostenuto da quelle statali, non erano considerate enti commerciali, per cui non erano tenute a versare l'IMU. Secondo gli Ermellini, il provvedimento del MEF del 2012 non ha valore di legge per cui sia la sanità privata che le organizzazioni non profit e le scuole paritarie non potranno più dichiararsi esenti dal pagamento dell'IMU. Premesso che la sentenza 10124/2019 non ha in alcun modo considerato la natura delle funzioni di interesse generale, quale è appunto quella pubblica d'istruzione, che il diritto unionale giudica come prive di rilevanza economica e quindi prive di impatto sulla normativa in materia di aiuti di Stato, rimarrà dunque la necessità, atteso che la Corte di Cassazione non è certo Giudice delle leggi, di verificare caso per caso la sussistenza della modalità non commerciale esercitata nel concreto. Pertanto la pronuncia nulla toglie e nulla aggiunge all'assunto che è stato raggiunto con la sentenza CGUE,

Grande Sezione, 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16P a C-624/16P in materia di aiuti di Stato per le scuole paritarie: "l'esenzione IMU non è un aiuto di Stato".

Cass., sez. V, 11 aprile 2019, n. 10124 - Pres. O. De Masi, rel. M. Caprioli

Tributi locali - ICI - Abitazione principale - Detrazioni- Onere probatorio - Contenzioso tributario - Principio collaborazione

La detrazione di cui al D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 8, comma 2 è dovuta per l'unità immobiliare adibita ad abitazione principale, laddove per abitazione principale non si intende solo quella necessariamente legata alla residenza anagrafica, avendo le risultanze anagrafiche valore meramente presuntivo, ma può essere riconosciuta come tale anche la casa del contribuente che la possiede a titolo di proprietà, usufrutto o altro diritto reale, e i suoi familiari vi dimorano abitualmente. La Corte di Cassazione ha quindi ribadito che l'agevolazione prevista per l'abitazione principale deve essere riconosciuta anche quando il contribuente dimostri di dimorare abitualmente con qualsiasi mezzo idoneo, confermando l'efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà. Pertanto, è inapplicabile il Regolamento comunale che condiziona la detrazione dell'ICI sull'abitazione principale all'invio dell'apposito modulo, valendo la dichiarazione sostitutiva di atto notorio inviata a mezzo fax ed è inoltre ammessa la successiva prova della spettanza del beneficio in sede giudiziaria in presenza di dimora abituale del contribuente e dei suoi familiari, anche se non coincidente con la residenza anagrafica, in ossequio al principio di collaborazione e buona fede sancito dallo Statuto del Contribuente.

Cass., sez. trib., 28 marzo 2019, n. 8627 - Pres. D. Chindemi, rel. O. De Masi

Tributi locali - ICI - Terreni agricoli posseduti da coltivatori diretti o da imprenditori agricoli - Detrazioni- Società di persone aventi la qualifica di imprenditore agricolo professionale - Art. 9, D.Lgs. 504/1992

In tema di ICI, le agevolazioni di cui all'art. 9 del d.lgs. n. 504 del 1992, consistenti nel considerare agricolo anche il terreno posseduto da una società agricola di persone si applicano qualora detta società possa essere considerata imprenditore agricolo professionale ove lo statuto preveda quale oggetto sociale l'esercizio esclusivo delle attività agricole di cui all'art. 2135 c.c. ed almeno un socio sia in possesso della qualifica di imprenditore agricolo ovvero abbia conoscenze e competenze professionali, ai sensi dell'art. 5 del Regolamento (CE) n. 1257 del 1999 del Consiglio, e dedichi alle attività agricole di cui all'art. 2135 c. c. almeno il cinquanta per cento del proprio tempo di lavoro complessivo ricavando da dette attività almeno il cinquanta per cento del proprio reddito globale da lavoro. Con la pronuncia in commento, la Suprema Corte espressamente dichiara di voler dare seguito ad un orientamento recente, ma in via di consolidamento, espresso in sede di legittimità (Cass. n. 28062 del 2018, Cass. n. 375 del 2017), il quale tiene conto della portata novativa introdotta dalla modifica dell'art. 12 della I. n. 153 del 1975 da parte dell'art. 10 del d.lgs. n. 228 del 2001 e della sua successiva abrogazione e sostituzione con l'art. 1 del d.lgs. n. 99 del 2004. Le disposizioni citate, sostiene la Corte, hanno profondamente inciso sulla configurazione del requisito soggettivo per la fruizione dell'agevolazione in oggetto, fornendo una lettura più in linea con la normativa eurounitaria.

Cass., sez. trib., 30 aprile 2019, n. 11415 - Pres. D. Chindemi, rel. S. Billi

Diritto internazionale

APPLICABILITÀ DEL PRINCIPIO DELLA “CONTINUITÀ ECONOMICA” IN TEMA DI RISARCIMENTO DANNI DA ILLECITO ANTITRUST COSA CAMBIA PER IL <i>PRIVATE ENFORCEMENT</i> ? <i>Nota a CGUE, Seconda Sezione, 14 marzo 2019, C-724/17</i> 506 Sara Cinque	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA 516 a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce	



Applicabilità del principio della "continuità economica" in tema di risarcimento danni da illecito antitrust cosa cambia per il *private enforcement*?

Nota a CGUE, Seconda Sezione, 14 marzo 2019, C-724/17

abstract

The paper analyzes the judgment of the EU Court of Justice of 14 March 2019 concerning the interpretation of article 101 TFUE and the principle of effectiveness of EU law with regard to Finnish law rules applicable to actions for damages for infringements of EU competition law.

For the first time the EU Court of Justice has ruled the applicability of the principle of economic continuity to determine persons that may be held liable to pay compensation for antitrust damages as result of the direct applicability of the article 101 TFUE. According to the Court, the right to claim compensation for damage caused by an agreement or conduct prohibited by Article 101 TFUE ensures the full effectiveness of that article. In conclusion, in its judgment, the CJEU has stated the complementarity between public and private antitrust enforcement and the applicability of the EU Law instead Member State' domestic law concerning extra-contractual liability to determine who must pay compensation for harm caused by antitrust violations.

keywords

Preliminary ruling competition law – Private antitrust enforcement – Economic continuity principle.

abstract

Il presente lavoro analizza la pronuncia resa in via pregiudiziale dalla Corte di Giustizia sull'interpretazione dell'articolo 101 TFUE e del principio di effettività del diritto dell'Unione relativamente alle norme dell'ordinamento giuridico finlandese applicabili alle azioni di risarcimento danni per violazione del diritto della concorrenza. La Corte afferma l'applicabilità diretta del diritto dell'Unione europea in luogo della normativa interna degli Stati membri in tema di responsabilità extracontrattuale e, per la prima volta, utilizza il principio della continuità economica per determinare i soggetti tenuti al pagamento dei danni derivanti da un illecito antitrust. Il diritto di chiedere il risarcimento del danno

antitrust, cd. private enforcement, garantisce la piena efficacia dell'articolo 101 TFUE ed in particolare l'effetto utile del divieto di cui al primo comma, in un'ottica di deterrenza generale e di complementarità con il public enforcement delle autorità antitrust.

parole chiave

Rinvio pregiudiziale diritto della concorrenza – Risarcimento danni da illecito concorrenziale – Principio della continuità economica.

Rinvio pregiudiziale – Concorrenza – Articolo 101 TFUE – Risarcimento del danno causato da un'intesa vietata da tale articolo – Determinazione degli enti responsabili del risarcimento – Successione di enti giuridici – Nozione di "impresa" – Criterio della continuità economica

L'articolo 101 TFUE dev'essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nella quale tutte le azioni delle società che hanno partecipato a un'intesa vietata da tale articolo sono state acquistate da altre società, che hanno dissolto tali prime società e ne hanno proseguito le attività commerciali, le società acquirenti possono essere ritenute responsabili del danno causato da tale intesa.

Sentenza CGUE, Seconda Sezione, 14 marzo 2019, C-724/17

(Omissis)

CONTESTO NORMATIVO

Ai sensi del capo 2, articolo 1, della *vahingonkorvauslaki* 412/1974 (legge 412/1974 relativa al risarcimento dei danni), chiunque dolosamente o colposamente cagioni ad altri un danno è obbligato al risarcimento.

Ai termini del capo 6, articolo 2, di tale legge, se il danno è stato cagionato da due o più persone, o se due o più persone sono tenute a risarcire lo stesso

danno, esse sono responsabili in solido.

Conformemente alla normativa finlandese relativa alle società per azioni, ogni società per azioni costituisce un ente giuridico distinto, dotato di un proprio patrimonio e personalmente responsabile.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

Tra il 1994 e il 2002 è stata attuata in Finlandia un'intesa sul mercato dell'asfalto (in prosieguo: l'«intesa di cui trattasi»). Tale intesa, che riguardava la ripartizione dei mercati, le tariffe e la presentazione di offerte per lavori a forfait, riguardava l'intero Stato membro summenzionato ed era atta a pregiudicare anche il commercio tra gli Stati membri. La *LemminkäinenOyj*, la *SataAsfalttiOy*, l'*InterasfalttiOy*, l'*AsfalttinelioOy* e l'*AsfalttiTekraOy*, in particolare, hanno partecipato alla suddetta intesa.

Il 22 marzo 2000 l'*AsfalttiTekra*, la cui denominazione sociale è divenuta, a decorrere dal 1° novembre 2000, *Skanska AsfalttiOy*, ha acquistato tutte le azioni della *SataAsfaltti*. Il 23 gennaio 2002, quest'ultima società è stata dissolta in seguito a una procedura di liquidazione volontaria, nell'ambito della quale le sue attività commerciali sono state trasferite, a partire dal 13 dicembre 2000, alla *Skanska Asfaltti*. Anche quest'ultima ha partecipato all'intesa di cui trattasi. Il 9 agosto 2017 la denominazione sociale di tale società è divenuta *Skanska Industrial Solutions* (in prosieguo: la «SIS»)

L'*Interasfaltti* era una controllata al 100% della *OyLäntinenTeollisuuskatu 15*. Il 31 ottobre 2000, la *NCC FinlandOy* ha acquistato le azioni della *LäntinenTeollisuuskatu 15*. Il 30 settembre 2002 l'*Interasfaltti* è stata assorbita dalla *LäntinenTeollisuuskatu 15*, che in tale occasione ha assunto la denominazione di *Interasfaltti*. Il 1° gennaio 2003 la *NCC Finland* è stata scissa in tre nuove società. Una di queste, la *NCC RoadsOy*, è divenuta proprietaria della totalità delle azioni dell'*Interasfaltti*. Il 31 dicembre 2003 l'*Interasfaltti* è stata dissolta in seguito a una procedura di liquidazione volontaria, nell'ambito della quale le sue attività commerciali sono state trasferite, a partire dal 1° febbraio 2003, alla *NCC Roads*. Il 1° maggio 2016 la denominazione sociale di quest'ultima società è divenuta *NCC Industry* (in prosieguo: la «NCC»).

Il 20 giugno 2000 la *Siilin Sora Oy*, la cui denominazione sociale è divenuta, dal 17 ottobre 2000, *RudusAsfalttiOy*, ha acquistato tutte le azioni dell'*Asfalttinelio*. Il 23 gennaio 2002 l'*Asfalttinelio* è stata dissolta in seguito a una procedura di liquidazione volontaria, nell'ambito della quale le sue attività commerciali sono state trasferite, a partire dal 16 febbraio 2001, alla *RudusAsfaltti*. Il 10 gennaio 2014 la denominazione sociale di quest'ultima società è divenuta *Asfaltmix*.

Il 31 marzo 2004 il *kilpailuvirasto* (Autorità garante della concorrenza, Finlandia) ha proposto di infliggere sanzioni pecuniarie a sette società. Con sentenza

del 29 settembre 2009, in applicazione del criterio della continuità economica, riconosciuto dalla Corte nella sua giurisprudenza, il *Korkein hallinto-oikeus* (Corte amministrativa suprema, Finlandia) ha condannato, in particolare, la SIS per il proprio comportamento e per quello della *SataAsfaltti*, la NCC per il comportamento dell'*Interasfaltti*, e l'*Asfaltmix* per il comportamento dell'*Asfalttinelio*, a sanzioni pecuniarie per violazione della *kilpailunrajoituslaki* (legge sulle restrizioni della concorrenza) e dell'articolo 81 CE (divenuto articolo 101 TFUE).

Sul fondamento di tale sentenza del *Korkein hallinto-oikeus* (Corte amministrativa suprema), la città di Vantaa, che aveva concluso con la *Lemminkäinen* contratti a forfait nel settore dell'asfalto per gli anni dal 1998 al 2001, ha proposto dinanzi al *käräjäoikeus* (Tribunale di primo grado, Finlandia), in data 2 dicembre 2009, un ricorso per risarcimento danni nei confronti, segnatamente, della SIS, della NCC e dell'*Asfaltmix*, sostenendo che queste tre società erano responsabili in solido per i costi supplementari che essa aveva dovuto sopportare per la realizzazione di lavori di asfaltatura, a causa della sovrapproduzione dei lavori realizzati a forfait risultante dall'intesa di cui trattasi. La SIS, la NCC e l'*Asfaltmix* hanno ribattuto di non essere responsabili per i danni causati dalle società giuridicamente autonome che avevano partecipato a tale intesa e che la domanda di risarcimento avrebbe dovuto essere presentata nell'ambito delle procedure di liquidazione di queste ultime società.

Il *käräjäoikeus* (Tribunale di primo grado) ha condannato la SIS al risarcimento dei danni per il proprio comportamento e per quello della *SataAsfaltti*, la NCC per il comportamento dell'*Interasfaltti*, e l'*Asfaltmix* per quello dell'*Asfalttinelio*. Tale giudice ha considerato che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, era in pratica impossibile o eccessivamente difficile, per un soggetto leso da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, ottenere il risarcimento del danno subito a causa di tale infrazione in forza del diritto finlandese in materia di responsabilità per danni e in materia di società. Detto giudice ha ritenuto che, al fine di garantire l'efficacia dell'articolo 101 TFUE, occorresse applicare il criterio della continuità economica all'imputazione della responsabilità per il risarcimento di tale danno allo stesso modo in cui esso è applicato in sede di imposizione di ammende.

Adito in appello, l'*hovioikeus* (Corte d'appello, Finlandia) ha considerato che il principio di effettività non poteva rimettere in discussione le caratteristiche fondamentali del regime finlandese sulla responsabilità civile e che il criterio della continuità economica, applicato in materia di imposizione di ammende, non poteva, in mancanza di modalità o di disposizioni più precise, essere trasposto alle azioni di risarcimento danni. Di conseguenza tale giudice ha respinto le

domande della città di Vantaa nei limiti in cui erano dirette contro la SIS, in ragione del comportamento della *SatAsfaltti*, nonché contro la NCC e *l'Asflatmix*.

La città di Vantaa ha proposto ricorso per cassazione contro la decisione *del hovioikeus* (Corte d'appello) dinanzi al *Korkeinoikeus* (Corte suprema, Finlandia).

Quest'ultimo giudice rileva che il diritto finlandese non prevede regole d'imputazione della responsabilità per danni causati da una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione in una situazione come quella di cui al procedimento principale. Le norme sulla responsabilità civile rinvenibili nel diritto finlandese si basano sul principio secondo il quale soltanto l'ente giuridico che ha cagionato il danno è responsabile. Per quanto concerne le persone giuridiche, è possibile derogare a tale principio escludendo l'autonomia della persona giuridica. Ciononostante, tale via è percorribile solo nel caso in cui gli operatori interessati si siano serviti della struttura del gruppo, dei collegamenti tra le imprese o del controllo dell'azionista in una maniera censurabile o artificiosa che ha condotto all'elusione della responsabilità giuridica.

Il giudice del rinvio osserva che dalla giurisprudenza della Corte risulta che chiunque può chiedere il risarcimento del danno subito a causa di una violazione dell'articolo 101 TFUE, qualora esista un nesso di causalità tra tale danno e la suddetta violazione, e che spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro fissare le modalità di esercizio di tale diritto.

Tuttavia, dal tale giurisprudenza non emergerebbe chiaramente se la determinazione delle persone chiamate a risarcire tale danno debba essere operata sul fondamento di un'applicazione diretta dell'articolo 101 TFUE o se debba essere invece effettuata in base alle modalità fissate dall'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro.

Nell'ipotesi in cui si dovessero determinare le persone responsabili del risarcimento di un danno provocato da una violazione dell'articolo 101 TFUE applicando direttamente tale articolo, si dovrebbe ancora chiarire, secondo il giudice del rinvio, chi siano le persone alle quali possa essere imputata la responsabilità di tale violazione.

A tale proposito sarebbe possibile determinare o la responsabilità della persona che ha violato le regole del diritto della concorrenza, oppure quella dell'«impresa» ai sensi dell'articolo 101 TFUE che ha contravenuto a tali regole. Dalla giurisprudenza della Corte risulterebbe che, qualora un'impresa costituita da più persone giuridiche violi le regole di concorrenza, essa è tenuta, secondo il principio della responsabilità personale, a rispondere di tale violazione. Sarebbe possibile, in applicazione di tale giurisprudenza, imputare la responsabilità di una violazione dell'articolo 101 TFUE all'ente che ha proseguito le attività commerciali dell'ente che ha commesso tale infrazione, qualora quest'ultimo ente abbia cessato di esistere.

Il giudice del rinvio considera che, nell'ipotesi in cui non occorra determinare le persone responsabili del risarcimento di un danno causato da una violazione dell'articolo 101 TFUE applicando direttamente tale articolo, esso dovrebbe procedere all'imputazione della responsabilità per il danno derivante dall'intesa di cui trattasi sul fondamento delle disposizioni del diritto finlandese e del principio di effettività del diritto dell'Unione.

A questo proposito, tale giudice chiede se il suddetto principio implichi che la responsabilità per la violazione del diritto della concorrenza dell'Unione debba essere imputata alla società che ha rilevato il capitale e ha proseguito le attività commerciali della società dissolta, che aveva partecipato all'intesa. Si porrebbe allora la questione se il principio di effettività osti a una normativa nazionale come quelle descritta al punto 15 della presente sentenza e, in caso affermativo, se sia possibile considerare che la responsabilità della società che ha proseguito le attività commerciali della società che ha partecipato all'intesa entri in gioco solo se la prima di tali società sapeva o avrebbe dovuto sapere, al momento dell'acquisizione del capitale della seconda, che essa aveva commesso tale violazione. In tale contesto, il *Korkeinoikeus* (Corte Suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

Se la questione di chi sia tenuto al risarcimento del danno conseguente a una condotta contraria all'articolo 101 TFUE debba essere risolta applicando direttamente tale articolo o in base alle disposizioni nazionali.

Qualora il soggetto obbligato al risarcimento sia individuato applicando direttamente l'articolo 101 TFUE, se risponda del risarcimento chi rientra nella nozione di «impresa» di cui al predetto articolo e se, per individuare i soggetti obbligati al risarcimento, siano applicabili i medesimi principi utilizzati dalla Corte di giustizia in cause in materia di ammende per individuare i soggetti ivi responsabili, in base ai quali è possibile, in particolare, giustificare una responsabilità in base all'appartenenza alla stessa entità economica o alla continuità economica.

Qualora il soggetto obbligato al risarcimento sia individuato in base alle norme di diritto interno dello Stato membro, se violi il principio di effettività, ai sensi del diritto dell'Unione, una disposizione nazionale, in base alla quale una società che, successivamente all'acquisto della totalità delle azioni di una società partecipante a un'intesa contraria all'articolo 101 TFUE, ha sciolto tale società e ne ha proseguito l'attività, non risponda del risarcimento del danno cagionato dalla società estinta mediante una condotta restrittiva della concorrenza, nonostante sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere un risarcimento dalla società estinta. Se il principio di effettività osti a un'interpretazione del diritto interno

di uno Stato membro, in base alla quale si richiede, come condizione per una responsabilità per danni, che una modifica societaria come quella precedentemente descritta sia illecitamente o artificiosamente realizzata al fine di eludere gli obblighi risarcitori in materia di concorrenza, o sia altrimenti attuata in maniera sleale o che, almeno, la società conoscesse o avrebbe dovuto conoscere la violazione delle norme in materia di concorrenza al momento della realizzazione della modifica societaria».

SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI

Con le questioni prima e seconda, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 101 TFUE debba essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nella quale tutte le azioni delle società che hanno partecipato a un'intesa vietata da tale articolo sono state acquistate da altre società, che hanno dissolto tali prime società e ne hanno proseguito le attività commerciali, le società acquirenti possano essere ritenute responsabili del danno causato da tale intesa.

A tale proposito occorre ricordare che l'articolo 101, paragrafo 1, e l'articolo 102 TFUE producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli ed attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare (sentenza del 5 giugno 2014, *Kone* e a., C557/12, EU:C:2014:1317, punto 20 e giurisprudenza citata).

Per giurisprudenza costante, la piena efficacia dell'articolo 101 TFUE e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al paragrafo 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se per chiunque risultasse impossibile chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza (sentenza del 5 giugno 2014, *Kone* e a., C557/12, EU:C:2014:1317, punto 21 e giurisprudenza citata).

Conseguentemente, tutti hanno il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando sussiste un nesso di causalità tra tale danno e un'intesa o una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE (sentenza del 5 giugno 2014, *Kone* e a., C557/12, EU:C:2014:1317, punto 22 e giurisprudenza citata).

Certamente, in assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività (v., in tal senso, sentenza del 5 giugno 2014, *Kone* e a., C557/12, EU:C:2014:1317, punto 24 e giurisprudenza citata).

Tuttavia, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale ai paragrafi da 60 a 62 delle sue conclusioni, la questione della determinazione dell'ente tenuto a

risarcire il danno causato da una violazione dell'articolo 101 TFUE è direttamente disciplinata dal diritto dell'Unione.

Infatti, dal tenore letterale dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, risulta che gli autori dei Trattati hanno scelto di utilizzare la nozione di «impresa» per designare l'autore di un'infrazione al divieto enunciato in tale disposizione (v., in tal senso, sentenza del 27 aprile 2017, *Akzo Nobel* e a./Commissione, C516/15 P, EU:C:2017:314, punto 46).

Inoltre, secondo costante giurisprudenza, il diritto della concorrenza dell'Unione riguarda le attività delle imprese (v., in tal senso, sentenze dell'11 dicembre 2007, *ETI* e a., C280/06, EU:C:2007:775, punto 38 e giurisprudenza citata, nonché del 18 dicembre 2014, *Commissione/Parker Hannifin*, C434/13 P, EU:C:2014:2456, punto 39 e giurisprudenza citata).

Orbene, dato che la responsabilità per il danno risultante dalle violazioni delle regole di concorrenza dell'Unione è personale, spetta all'impresa che viola tali regole rispondere del danno causato dalla violazione.

Dalle considerazioni che precedono risulta che gli enti tenuti a risarcire il danno cagionato da un'intesa o da una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE sono le imprese, ai sensi di tale disposizione, che hanno partecipato a tale intesa o a tale pratica.

Tale interpretazione non è rimessa in discussione dall'argomento della Commissione europea, esposto in udienza, secondo il quale dall'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea (GU 2014, L 349, pag. 1), in base al quale gli Stati membri provvedono affinché le imprese che hanno violato il diritto della concorrenza con un comportamento congiunto siano responsabili in solido per il danno causato dalla violazione del diritto della concorrenza, risulterebbe che spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro determinare l'ente tenuto a risarcire tale danno, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Infatti, tale disposizione della direttiva 2014/104, direttiva che, peraltro, non è applicabile *ratione temporis* ai fatti di cui al procedimento principale, non riguarda la determinazione degli enti tenuti al risarcimento di tale danno, bensì la ripartizione della responsabilità tra i suddetti enti, e, pertanto, non conferisce agli Stati membri il potere di procedere a tale determinazione.

Al contrario, la suddetta disposizione conferma, al pari dell'articolo 1 della direttiva 2014/104, rubricato «Oggetto e ambito di applicazione», al suo paragrafo 1, prima frase, che i responsabili del danno causato

da una violazione del diritto della concorrenza dell'Unione sono proprio le «imprese» che hanno commesso tale violazione.

Stante tale precisazione, occorre ricordare che la nozione di «impresa», ai sensi dell'articolo 101 TFUE comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento (sentenza dell'11 dicembre 2007, *ETI e a.*, C280/06, EU:C:2007:775, punto 38 e giurisprudenza citata).

Tale nozione, nell'ambito di tale contesto, dev'essere intesa nel senso che essa si riferisce a un'unità economica, anche qualora, sotto il profilo giuridico, tale unità economica sia costituita da più persone, fisiche o giuridiche (sentenza del 27 aprile 2017, *Akzo Nobel e a./Commissione*, C516/15 P, EU:C:2017:314, punto 48 e giurisprudenza citata).

Per quanto riguarda una situazione di ristrutturazione d'impresa, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, nella quale l'ente che ha commesso l'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione ha cessato di esistere, occorre ricordare che, qualora un ente che ha commesso tale infrazione sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti (v., in tal senso, sentenze dell'11 dicembre 2007, *ETI e a.*, C280/06, EU:C:2007:775, punto 42; del 5 dicembre 2013, *SNIA/Commissione*, C448/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:801, punto 22, nonché del 18 dicembre 2014, *Commissione/Parker Hannifin Manufacturing e Parker-Hannifin*, C434/13 P, EU:C:2014:2456, punto 40).

Pertanto, non è incompatibile con il principio della responsabilità personale il fatto di imputare la responsabilità di un'infrazione a una società, nella sua qualità di società che ha assorbito quella che ha commesso l'infrazione quando quest'ultima ha cessato di esistere (sentenza del 5 dicembre 2013, *SNIA/Commissione*, C448/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:801, punto 23 e giurisprudenza citata). Inoltre, la Corte ha precisato che può rivelarsi necessario, ai fini dell'efficace attuazione delle regole di concorrenza dell'Unione, imputare la responsabilità di un'infrazione a dette regole all'acquirente dell'impresa che ha commesso detta infrazione, quando quest'ultima impresa cessa di esistere a seguito dell'assorbimento ad opera di detto acquirente il quale subentra, come società che ha operato l'assorbimento, nelle posizioni attive e passive della società assorbita, e quindi anche nelle responsabilità ad essa incombenti a causa di una violazione del diritto dell'Unione (sentenza del 5 dicembre 2013, *SNIA/Commissione*, C448/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:801, punto 25).

A tale proposito *l'Asflatmix* sostiene, in sostanza,

che, poiché la giurisprudenza ricordata ai punti da 36 a 40 della presente sentenza è stata sviluppata nel contesto dell'imposizione, da parte della Commissione, di ammende ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli [101] e [102 TFUE] (GU 2003, L 1, pag. 1), tale giurisprudenza non è applicabile a un'azione di risarcimento danni, come quella di cui al procedimento principale.

Tale argomento non può essere accolto.

Infatti, come è stato ricordato al punto 25 della presente sentenza, il diritto riconosciuto a chiunque di chiedere il risarcimento del danno cagionato da un'intesa o da una pratica vietata dall'articolo 101 TFUE garantisce la piena efficacia di tale articolo, in particolare l'effetto utile del divieto enunciato al suo paragrafo 1.

Tale diritto rafforza infatti il carattere operativo delle regole di concorrenza dell'Unione ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulati, idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza, contribuendo quindi al mantenimento di un'effettiva concorrenza nell'Unione (sentenza del 5 giugno 2014, *Kone e a.*, C557/12, EU:C:2014:1317, punto 23 e giurisprudenza citata).

Pertanto, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 80 delle sue conclusioni, le azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione costituiscono parte integrante del sistema di applicazione di tali regole, che mira a contrastare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e a dissuaderle dall'adottare tali comportamenti.

Pertanto, se le imprese responsabili del danno provocato da un'infrazione alle regole di concorrenza dell'Unione potessero sfuggire alla loro responsabilità per il semplice fatto che la loro identità è stata modificata a seguito di ristrutturazioni, cessioni o altre modifiche di natura giuridica o organizzativa, l'obiettivo perseguito da tale sistema nonché l'effetto utile delle suddette regole sarebbe compromesso (v., per analogia, sentenza dell'11 dicembre 2007, *ETI e a.*, C280/06, EU:C:2007:775, punto 41 e giurisprudenza citata).

Ne consegue che la nozione di «impresa», ai sensi dell'articolo 101 TFUE, che costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione, non può avere una portata diversa nel contesto dell'imposizione, da parte della Commissione, di ammende ai sensi dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003 e in quello delle azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell'Unione.

Nel procedimento principale, dalle informazioni fornite dal giudice del rinvio risulta che la SIS, la NCC e *l'Asflatmix* hanno acquistato tutte le azioni, rispettivamente, della *SataAsfaltti*, dell'*Interasfaltti* e

dell'*Asfalttinelio*, società che hanno partecipato all'intesa di cui trattasi, e che, successivamente, in occasione di procedure di liquidazione volontaria intervenute nel corso degli anni 2000, 2001 e 2003, hanno rilevato tutte le attività commerciali rispettive di queste ultime società e le hanno dissolte.

Risulta quindi, con riserva di una valutazione definitiva da parte del giudice del rinvio alla luce di tutti gli elementi pertinenti, che, dal punto di vista economico, vi è identità tra la SIS, la NCC e l'*Asfaltmix*, da un lato, e, rispettivamente, la *SataAsfaltti*, l'*Interasfalttie l'Asfalttinelio*, dall'altro – società, queste ultime tre, che hanno cessato di esistere in quanto persone giuridiche.

In tale contesto, occorre considerare che la SIS, la NCC e l'*Asfaltmix*, in quanto successori, rispettivamente, della *SataAsfaltti*, dell'*Interasfaltti* e dell'*Asfalttinelio*, hanno assunto la responsabilità di queste ultime società per il danno cagionato dall'intesa di cui trattasi, a causa del fatto che esse hanno garantito, in quanto persone giuridiche, la continuità economica delle predette società.

Alle luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione che l'articolo 101 TFUE dev'essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nella quale tutte le azioni delle società che hanno partecipato a un'intesa vietata da tale articolo sono state acquistate da altre società, che hanno dissolto tali prime società e ne hanno proseguito le attività commerciali, le società acquirenti possono essere ritenute responsabili del danno causato da tale intesa.

In considerazione della risposta fornita alla prima e alla seconda questione, non è necessario rispondere alla terza questione.

Sulla domanda di limitazione degli effetti della presente sentenza nel tempo.

In udienza la NCC ha chiesto alla Corte di limitare gli effetti nel tempo della presente sentenza nel caso in cui essa dovesse dichiarare che il criterio della continuità economica è applicabile alla determinazione dei soggetti tenuti a risarcire il danno causato da una violazione delle regole di concorrenza dell'Unione.

A sostegno della sua domanda, la NCC afferma che tale interpretazione era imprevedibile, che conferisce un effetto retroattivo a tali regole e che comporta conseguenze non previste sull'attività delle imprese.

Si deve ricordare al riguardo che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione, da quest'ultima fornita nell'esercizio della competenza attribuitale dall'articolo 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa, nel senso in cui deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata sin dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata

dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda d'interpretazione, purché, d'altro canto, sussistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione di detta norma (sentenza del 22 settembre 2016, Microsoft Mobile Sales International e a., C110/15, EU:C:2016:717, punto 59 e giurisprudenza citata).

Solo in via del tutto eccezionale, in applicazione di un principio generale di certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, la Corte può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di invocare una disposizione da essa interpretata al fine di rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Affinché una tale limitazione possa essere disposta, è necessario che siano soddisfatti due criteri essenziali, cioè la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti (sentenza del 22 settembre 2016, Microsoft Mobile Sales International e a., C110/15, EU:C:2016:717, punto 60 e giurisprudenza citata).

Più specificamente, la Corte ha fatto ricorso a tale soluzione soltanto in circostanze ben precise, in particolare quando vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, segnatamente, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente e quando risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad adottare un comportamento non conforme al diritto dell'Unione in ragione di un'oggettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni di diritto dell'Unione, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione (sentenza del 22 settembre 2016, Microsoft Mobile Sales International e a., C110/15, EU:C:2016:717, punto 61 e giurisprudenza citata).

In questa sede la NCC non ha in alcun modo suffragato le proprie affermazioni, e di conseguenza non ha dimostrato che i criteri di cui al punto 56 della presente sentenza siano soddisfatti nella fattispecie.

Pertanto, non occorre limitare gli effetti della presente sentenza nel tempo.

SULLE SPESE

Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

[sommario](#)

Premessa. – 1. I fatti a fondamento del rinvio. – 2. Il principio della continuità economica. – 3. Il giudizio della Corte di Giustizia. – 4. Conclusioni.

1. I fatti a fondamento del rinvio

Il rinvio trae origine da un giudizio promosso dal Comune Finlandese di Vantaa per l'ottenimento del risarcimento dei danni da illecito antitrust. Il Comune aveva infatti appaltato per anni (dal 1998 al 2001) lavori di rifacimento del manto stradale ad un'impresa (LemminkäinenOyj) poi riconosciuta responsabile, insieme ad altre, di aver posto in essere un'intesa vietata ai sensi dell'art. 101 TFUE, nel mercato nazionale dell'asfalto, consistente nella ripartizione dei mercati, nella fissazione delle tariffe e nella presentazione di offerte per lavori a forfait. L'intesa era stata accertata a seguito di un'istruttoria dell'autorità di concorrenza finlandese con provvedimento divenuto definitivo nel 2009. Secondo lo schema delle azioni *follow on*, che seguono l'accertamento definitivo dell'autorità antitrust competente, il Comune di Vantaa aveva dunque citato in giudizio alcune imprese coinvolte nel cartello, sia in proprio sia quali soggetti acquirenti di altre imprese partecipanti all'intesa, come corresponsabili in solido per i costi supplementari che esso aveva dovuto sopportare per la realizzazione di lavori di asfaltatura, a causa della sovrapproduzione dei lavori realizzati a forfait come risultato dell'intesa di cui trattasi.

Il tratto problematico della vicenda si rinviene nella circostanza che a differenza della *LemminkäinenOyj*, talune altre società coinvolte nell'intesa, ossia la *Sata-AsfalttiOy*, la *InterasfalttiOy* e l'*AsfalttinelioOy* erano state da allora dissolte mediante una procedura di liquidazione volontaria e i loro rispettivi azionisti unici, ora denominati *Skanska IndustrialSolutions Oy*, *NCC IndustryOy* e *AsfaltmixOy*, avevano rilevato il patrimonio delle loro controllate, continuandone l'attività economica.

Pertanto la questione fondamentale posta all'attenzione dei giudici interni era comprendere se le citate società, "acquirenti" delle imprese partecipanti al cartello e successivamente poste in liquidazione, potessero essere chiamate a rispondere di un illecito al quale, all'epoca dei fatti, non avevano materialmente partecipato.

Ebbene, se il Tribunale di I grado aveva accolto la domanda di risarcimento danni nei confronti di tutte le società citate, applicando il principio della continuità economica e rilevando che altrimenti sarebbe stato impossibile o irragionevolmente difficile per un singolo ottenere il risarcimento per un danno causato da una violazione delle regole di concorrenza, viceversa, la Corte di Appello, aveva respinto la domanda del Comune di Vantaa affermando la prevalenza della disciplina giuridica interna relativa alla responsabilità extracontrattuale. In particolare, a detta della Corte di appello, l'esigenza di garantire l'efficacia del diritto

della concorrenza dell'Unione non poteva essere invocata per giustificare l'interferenza con i principi fondamentali della responsabilità extracontrattuale derivanti dall'ordinamento giuridico nazionale, in assenza di disposizioni più dettagliate in tal senso.

Queste le premesse che hanno portato la Corte Suprema finlandese a sospendere il procedimento e sottoporre alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

- 1) Se la questione di chi sia tenuto al risarcimento del danno conseguente a una condotta contraria all'articolo 101 TFUE debba essere risolta applicando direttamente tale articolo o in base alle disposizioni nazionali.
- 2) Qualora il soggetto obbligato al risarcimento sia individuato applicando direttamente l'articolo 101 TFUE, se risponda del risarcimento chi rientra nella nozione di «impresa» di cui al predetto articolo e se, per individuare i soggetti obbligati al risarcimento, siano applicabili i medesimi principi utilizzati dalla Corte di giustizia in cause in materia di ammende per individuare i soggetti ivi responsabili, in base ai quali è possibile, in particolare, giustificare una responsabilità in base all'appartenenza alla stessa entità economica o alla continuità economica.
- 3) Qualora il soggetto obbligato al risarcimento sia individuato in base alle norme di diritto interno dello Stato membro, se violi il principio di effettività, ai sensi del diritto dell'Unione, una disposizione nazionale, in base alla quale una società che, successivamente all'acquisto della totalità delle azioni di una società partecipante a un'intesa contraria all'articolo 101 TFUE, ha sciolto tale società e ne ha proseguito l'attività, non risponda del risarcimento del danno cagionato dalla società estinta mediante una condotta restrittiva della concorrenza, nonostante sia praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere un risarcimento dalla società estinta. Se il principio di effettività osti a un'interpretazione del diritto interno di uno Stato membro, in base alla quale si richiede, come condizione per una responsabilità per danni, che una modifica societaria come quella precedentemente descritta sia illecitamente o artificialmente realizzata al fine di eludere gli obblighi risarcitori in materia di concorrenza, o sia altrimenti attuata in maniera sleale o che, almeno, la società conoscesse o avrebbe dovuto conoscere la violazione delle norme in materia di concorrenza al momento della realizzazione della modifica societaria.

In sintesi il giudice del rinvio, nel silenzio della giurisprudenza, si è rivolto alla Corte domandando se nell'esercizio del diritto al risarcimento dei danni da illecito antitrust, riconosciuto a chiunque, l'individuazione delle persone chiamate a rispondere del

danno debba essere operata sul fondamento di un'applicazione diretta dell'art. 101 TFUE o piuttosto in base alle modalità proprie dell'ordinamento giuridico interno allo Stato membro e del principio di effettività del diritto dell'Unione. Nel primo caso, se trovino applicazione i principi dettati dalla Corte in materia sanzionatoria per individuare i soggetti responsabili e, in particolare, il principio della "continuità economica".

2. Il principio della "continuità economica"

Il principio della "continuità economica", funzionale all'imputazione degli illeciti concorrenziali, è stato sviluppato nel contesto del *public enforcement* rappresenta un corollario della nozione di impresa ai fini antitrust. Com'è noto a livello normativo, tanto in ambito europeo, all'interno dei Trattati, quanto in ambito nazionale – il riferimento è alla legge n. 287 del 1990 recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato ed istitutiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) –, non si rinviene una puntuale definizione di impresa, dovendo la stessa essere desunta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla prassi decisionale della Commissione europea registratasi nel tempo.

Nel contesto del diritto della concorrenza, tale nozione è estremamente estesa e volutamente elastica rispetto a quella civilistica ed abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento¹, intendendosi per attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato². La scelta di ricorrere ad una nozione così ampia è sintomatica della particolare attenzione posta sulle dinamiche concorrenziali del mercato ed è dettata dall'esigenza di evitare che le vesti formali di un soggetto vengano utilizzate per sottrarsi all'applicazione della disciplina antitrust.

Se l'ampia nozione di impresa accolta in ambito europeo è funzionale a garantire l'effettività del diritto della concorrenza dell'Unione, il principio di "continuità economica", in linea con tale impostazione, mira ad estendere l'applicabilità del diritto antitrust anche ad ipotesi nelle quali – *prima facie* il soggetto cui è imputato l'illecito non coincide con il soggetto che lo ha materialmente commesso. In virtù di tale principio laddove vi è la sostituzione di un soggetto ad un altro nella gestione dell'impresa, la responsabilità per gli illeciti antitrust posti in essere nello svolgimento dell'attività d'impresa si trasmette al soggetto che subentra e continua la gestione d'impresa, laddo-

ve quest'ultima sia strutturalmente, funzionalmente ed economicamente identica a quella precedente che aveva partecipato all'intesa.

Ad una prima valutazione potrebbe sembrare che il criterio in parola deroghi alla regola generale secondo cui la responsabilità, anche ai fini antitrust, è personale con conseguente applicazione sussidiaria. Invece, ad una più attenta analisi, si tratta di un fenomeno successorio che presuppone la continuità economica tra le imprese coinvolte e che ne determina una sostanziale identità³.

Sul punto è intervenuta in più occasioni la Corte di Giustizia, precisando che "qualora un ente che ha commesso tale infrazione sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti"⁴.

Alla luce della giurisprudenza, dunque, il fenomeno descritto non sembrerebbe contraddire il principio di responsabilità personale in quanto non comporta l'imputazione dell'illecito ad un'impresa "diversa". Si tratta di uno strumento volto ad evitare che situazioni quali ristrutturazioni di impresa o altre vicende che possono comportare la modifica della natura giuridica o organizzativa del soggetto potenzialmente responsabile di un illecito antitrust, siano utilizzate dalle imprese per sfuggire alle sanzioni antitrust, modificando la propria identità. Tale impostazione, in ultima analisi, è strumentale a preservare l'effetto utile della normativa antitrust ed evitare che venga pregiudicato a causa delle modifiche apportate, talvolta a fini elusivi, alla forma giuridica delle imprese interessate.

Le conclusioni a cui si è giunti hanno da ultimo trovato conferma nella pronuncia in commento. La Corte, nel dare una risposta alle questioni pregiudiziali, ha ribadito il proprio orientamento, evidenziando che qualora un ente che ha commesso tale infrazione sia oggetto di una modifica di natura giuridica o organizzativa, tale modifica non ha necessariamente l'effetto di creare una nuova impresa esente dalla responsabilità per i comportamenti anticoncorrenziali del precedente ente se, sotto l'aspetto economico, vi è identità fra i due enti⁵. Pertanto, nell'opinione della

³ Per un approfondimento si rinvia a F. GHEZZI - G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli.

⁴ In tal senso si vedano le sentenze dell'11 dicembre 2007, ETI e a., C280/06, EU:C:2007:775, punto 42; del 5 dicembre 2013, SNIA/Commissione, nonché del 18 dicembre 2014, Commissione/Parker Hannifin Manufacturing e Parker-Hannifin, C434/13 P, EU:C:2014:2456, punto 40.

⁵ Cfr: sentenze dell'11 dicembre 2007, ETI e a., C280/06, EU:C:2007:775, punto 42; del 5 dicembre 2013, SNIA/Commissione, C448/11 P, non pubblicata, EU:C:2013:801, punto 22, nonché del 18 dicembre 2014, Commissione/Parker Hannifin Manufacturing e Parker-Hannifin, C434/13 P, EU:C:2014:2456, punto 40).

¹ Cfr: Corte di giustizia, da C-180/98 a C-184/98, *Pavlov e altri* in relazione ad un fondo pensionistico; nonché C-309/99, *Wouters e a.* per la sua applicazione agli ordini professionali.

² Cfr: C-118/85, *Commissione/Italia*; C-35/96, *Commissione/Italia*; C-180/98, *Pavlov e a.*

Corte “non è incompatibile con il principio della responsabilità personale il fatto di imputare la responsabilità di un’infrazione a una società, nella sua qualità di società che ha assorbito quella che ha commesso l’infrazione quando quest’ultima ha cessato di esistere” (p. 39).

3. Il giudizio della Corte di Giustizia

Chiarita la ratio del principio di “continuità economica” quest’ultimo assume rilievo nel caso in esame perché diviene dirimente per il riconoscimento e l’imputabilità della responsabilità per danni da illecito antitrust alle imprese subentranti.

Ma procediamo per passi. La Corte arriva a tale conclusione seguendo un duplice step: la previa affermazione dell’operatività del diritto dell’Unione, in luogo della normativa nazionale, nella determinazione dei soggetti tenuti al risarcimento del danno e l’utilizzo della nozione di impresa e del suo corollario per l’individuazione di questi ultimi. Seguendo le conclusioni dell’Avvocato generale, la Corte sottolinea che le azioni di risarcimento danni per violazione delle regole di concorrenza dell’Unione costituiscono parte integrante del sistema di applicazione di tali regole, che mira a contrastare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e a dissuaderle dall’adottare tali comportamenti (p. 45).

Si afferma a chiare lettere la complementarietà tra *public* e *private enforcement* nella lotta agli illeciti concorrenziali⁶. In merito, sebbene in Italia solo negli ultimi anni si riscontra il ricorso a tale strumento di tutela, la Corte ha già da tempo evidenziato il ruolo preminente delle azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali. Queste costituiscono uno strumento per assicurare un’effettiva concorrenza all’interno dell’Unione europea e mirano a scoraggiare le imprese dal porre in essere comportamenti pregiudizievoli⁷. Pertanto il rischio di incorrere in sanzioni ulteriori e diffuse in sede privata funge da ulteriore deterrente per le imprese che intendano violare la normativa antitrust.

Sulla funzione di deterrenza della sanzione basti richiamare quanto affermato anche in ambito inter-

no dal giudice amministrativo, che in più occasione ha precisato come le sanzioni irrogate a carico di imprese che hanno commesso infrazioni del diritto della concorrenza mirano non solo a sanzionare le imprese interessate, rapportando le stesse alla gravità dell’infrazione e alle dimensioni dell’impresa, al fine di dissuaderle dal commettere nuove infrazioni (c.d. effetto deterrente specifico), ma anche a dissuadere gli altri operatori dall’assumere o dal continuare ad assumere comportamenti contrari alle regole concorrenziali (cd. effetto deterrente generale)⁸.

Ciò detto, volendo dunque applicare il diritto dell’Unione, la determinazione dei soggetti che possono essere chiamati a risarcire il danno va effettuata seguendo la medesima logica prevista dall’art. 101 TFUE per individuare i soggetti tenuti al pagamento della sanzione a seguito dell’accertamento di un illecito antitrust. Ne consegue (ed ecco il secondo step) l’applicabilità della nozione di impresa con tutti i corollari di cui si compone, compreso il principio di “continuità economica”, con la conseguenza di riconoscere, con riserva di valutazione da parte del giudice del rinvio, la responsabilità civile delle imprese *Skanska Industrial Solutions Oy*, la *NCC Industry Oy* e *l’Asfaltmix Oy* in quanto successori delle imprese cartellate.

Alla luce delle suesposte considerazioni la Corte ha, dunque, affermato il seguente principio:

L’articolo 101 TFUE dev’essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nella quale tutte le azioni delle società che hanno partecipato a un’intesa vietata da tale articolo sono state acquistate da altre società, che hanno dissolto tali prime società e ne hanno proseguito le attività commerciali, le società acquirenti possono essere ritenute responsabili del danno causato da tale intesa.

4. Conclusioni

Ebbene, come evidenziato dall’Avvocato generale nelle sue conclusioni, il giudizio ha riguardato un aspetto fondamentale del *private enforcement* del diritto della concorrenza dell’Unione: l’interazione tra il diritto dell’Unione e il diritto interno degli Stati membri nella disciplina delle azioni di risarcimento danni fondate sulla violazione del diritto della concorrenza (p. 22).

Un rapporto che ha visto prevalere il diritto dell’Unione anche su aspetti che si pensava essere demandati alla disciplina interna. Non c’è tuttavia da stupirsi se si tiene conto che la stessa Direttiva 2014/104/UE, volta ad armonizzare le discipline nazionali in tema di *private enforcement*, sebbene non applicabile *ratione temporis* al caso di specie, richiede che l’esercizio delle

⁶ Sul punto per un approfondimento si rinvia a: ANDREA PEZZOLI, GIANLUCA SEPE, «Public» e «private enforcement»: c’è danno e danno..., in “Analisi Giuridica dell’Economia, Studi e discussioni sul diritto dell’impresa” 2/2017; al contributo di GIAN ANTONIO BENACCHIO, *Il private enforcement del diritto europeo antitrust: evoluzione e risultati*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza a cura di Lorenzo F. Pace*, Jovene editore 2013.

⁷ Sul punto si vedano: CGUE sentenze del 20 settembre 2001, *Courage e Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, punto 27, e del 13 luglio 2006, *Manfredi e a.*, da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punto 91. V. anche sentenze del 6 novembre 2012, *Otis e a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, punto 42; del 14 giugno 2011, *Pfleiderer*, C-360/09, EU:C:2011:389, punto 29; del 6 giugno 2013, *DonauChemie e a.*, C-536/11, EU:C:2013:366, punto 23, e del 5 giugno 2014, *Kone e a.*, C-557/12, EU:C:2014:1317, punto 23.

⁸ Cfr: *ex multis*, Tar Lazio 15 dicembre 2017, n. 12420; 15 dicembre 2017, n. 12418; 23 gennaio 2017, n. 1188, Consiglio di Stato, 4 settembre 2014, nn. 4506, 4513.

azioni di risarcimento dei danni antitrust rispettino i principi di efficacia ed equivalenza (art. 4). Ciò è previsto anche con riferimento ad “*aspetti non trattati nella presente direttiva*” (considerando 11), tra i quali rientra la definizione del nesso di causalità.

D'altronde l'applicazione del principio della continuità economica anche in sede risarcitoria è coerente con la necessità di evitare che il concreto esercizio del diritto al risarcimento dei danni da illecito antitrust sia reso eccessivamente difficile o praticamente impossibile. La pronuncia in commento costituisce, pertanto, l'occasione per fare chiarezza anche al fine di garantire la certezza del diritto ed aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni di risarcimento del danno da illecito antitrust evitando che il privato – impresa o cittadino – si trovi sprovvisto di strumenti che gli garantiscano il pieno esercizio dei suoi diritti.

a cura di

Michele Corleto

Ricercatore di Diritto Internazionale

Celeste Pesce

Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

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

DIRITTO INTERNAZIONALE

Protocollo n. 16 – Maternità surrogata all'estero – Riconoscimento del figlio nato da gestazione "in affitto"

La madre non biologica che ha fatto ricorso alla maternità surrogata all'estero ha diritto a riconoscere il figlio se ha ottenuto un certificato legale che la indica come madre nel Paese in cui la gestazione "in affitto" ha avuto luogo. Questo perché l'interesse superiore del minore e il suo diritto ad avere entrambi i genitori prevalgono sui divieti nazionali che proibiscono sul territorio dello Stato la maternità surrogata.

Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 aprile 2019, primo parere in attuazione del Protocollo n. 16.

È la Corte europea dei diritti dell'uomo a stabilirlo nel parere reso ieri dalla Grande Camera (Advisory opinion). Si tratta del primo provvedimento adottato in base al Protocollo n. 16 in vigore dal 1° agosto 2018 per 10 Stati membri (l'Italia manca ancora all'appello), che permette alle più alte giurisdizioni nazionali di rivolgersi alla Grande Camera della Corte europea per un parere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Un meccanismo che si avvicina, pur con alcune differenze, al sistema di rinvio pregiudiziale previsto nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, anche se il parere fornito dalla Grande Camera non è vincolante a differenze della sentenze della Corte Ue. A chiedere l'intervento di Strasburgo è stata la Corte di Cassazione francese, nella sua composizione plenaria (Arrêt n° 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053) – Cour de cassation – Assemblée plénière – ECLI:FR:CCASS:2018:AP00638 | Cour de cassation). Con sentenza n. 638 del 5 ottobre (10-19-053), la Cassazione, nella famosa vicenda *Mennesson*, ha sospeso il procedimento nazionale e ha chiesto alla Corte di Strasburgo di chiarire se rientri nel margine di apprezzamento delle autorità nazionali il rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile un atto di nascita riguardante un bambino nato all'estero da maternità surrogata che designi come madre quella non biologica e come padre quello biologico e se sia possibile utilizzare l'adozione piuttosto che la trascrizione nei registri di stato civile dell'atto di nascita ottenuto negli Stati Uniti. Per la Grande Camera, che ha risposto alla questione al centro del quesito occupandosi così unicamente della maternità surrogata nella quale il padre ha un legame biologico con il figlio, gli Stati sono tenuti a garantire il riconoscimento legale del rapporto tra madre legale e figlio nato da maternità surrogata all'estero nei casi in cui questo legame sia stato riconosciuto nel Paese di gestazione. Il no assoluto al riconoscimento è così incompatibile con l'interesse superiore del minore per accertare il quale è necessario procedere a una valutazione sul diritto a crescere in un ambiente stabile, ad ottenere l'individuazione dei soggetti responsabili della crescita, nonché le esigenze del minore. È vero che, in ragione dell'assenza di consenso e di convergenza tra gli Stati questi ultimi hanno un ampio margine di apprezzamento, ma questo si riduce laddove siano in gioco questioni legate all'identità individuale nonché ai rapporti genitori/figli. Di qui la conclusione della Grande Camera sulla necessità che gli Stati prevedano, pur nella libertà di scelta circa le modalità, il riconoscimento di un legame genitore/figlio con la madre non biologica, indicata nel certificato di nascita acquisito all'estero. Detto questo, però, la Corte osserva che gli Stati possono prevedere altri

meccanismi come il ricorso all'adozione a patto che, in conformità con il principio dell'interesse superiore del minore, l'adozione avvenga rapidamente. Questo perché – scrive la Corte – l'articolo 8, che assicura il diritto al rispetto della vita privata e familiare, non obbliga gli Stati a stabilire il riconoscimento *ab initio*.

Articolo 3 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Divieto di trattamenti disumani e degradanti – Minori stranieri non accompagnati

Francia e Grecia condannate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per i trattamenti degradanti inflitti a minori stranieri non accompagnati.

Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 marzo 2019, ric. n. 12267/16, Affaire Khan c. France

Con due diverse sentenze depositate il 28 febbraio, Strasburgo ha stabilito, nel caso Khan, che la Francia ha violato l'articolo 3 della Convenzione che vieta i trattamenti disumani e degradanti, lasciando un minore afgano, arrivato in Francia a 11 anni, per almeno sei mesi, nella "giungla" di Calais, poi smantellata. Le autorità francesi – osserva la Corte – non hanno fatto quanto necessario per proteggere il minore che, in quanto straniero e in quanto non accompagnato, si trovava in una particolare situazione di vulnerabilità. Una situazione – scrive la Corte – che è predominante sulla qualità di straniero in stato di irregolarità. Malgrado poi l'intervento dei giudici di Lille, le autorità competenti, anche se non sono rimaste completamente inattive, non hanno attuato tutti i provvedimenti richiesti dal tribunale amministrativo. La Corte tiene conto della complessità della situazione, delle difficoltà relative all'accertamento dell'età e di alcune dichiarazioni del minore ma, in ogni caso, la Francia non ha fatto tutto ciò che ci si poteva ragionevolmente attendere per tutelare un minore in particolare situazione di vulnerabilità. Oltre ad accertare la violazione dell'articolo 3 della Convenzione, Strasburgo ha condannato la Francia a versare 15mila euro al minore per i danni non patrimoniali. Stesso copione per la Grecia (ricorso H.A. e altri, ricorso n. 19951/16) che ha trattenuto nove minori non accompagnati nelle stazioni di polizia di frontiera. Arrivati da Siria, Iraq e Marocco, prima di essere trasferiti in un centro di accoglienza, i minori erano stati trattenuti in luoghi non idonei e, quindi, la Grecia ha violato l'articolo 3 proprio con riguardo al trattenimento nella stazione di polizia, ma non con riferimento al trattenimento nel centro di Diavata. Strasburgo, inoltre, ha accertato la violazione dell'articolo 5 (diritto alla libertà personale) e dell'articolo 13 (diritto a una tutela giurisdizionale effettiva).

Articolo 2 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto al rispetto della vita privata – Tutela del patrimonio culturale – Articolo 2 Protocollo n. 2 – Diritto all'istruzione

Non passa per Strasburgo la possibilità di far valere il diritto alla tutela del patrimonio culturale. Manca ancora il consenso a livello europeo sull'esistenza di un diritto individuale universale alla protezione del patrimonio culturale e, di conseguenza, un individuo non può rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo se ritiene leso questo diritto da una decisione dello Stato che compromette un sito archeologico di interesse per la collettività.

Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 febbraio 2019, ric. n. 6080/06, AhumayetAutres c. Turquie.

Con decisione depositata il 21 febbraio, Strasburgo ha così dichiarato inammissibile il ricorso presentato da 5 cittadini turchi che contestavano la decisione delle autorità nazionali di costruire una diga e una centrale idroelettrica che avrebbe costituito una minaccia per il sito archeologico di Hasankeyf.

I ricorrenti sostengono che le autorità turche, dando il via libera ai lavori, hanno violato l'articolo 8 della Convenzione che assicura il diritto al rispetto della vita privata nonché l'articolo 2 del Protocollo n. 2 che garantisce il diritto all'istruzione. A loro avviso, il progetto di costruzione della diga, a ridosso del fiume Tigri, e la minaccia che costituiva per il patrimonio archeologico avrebbe violato il diritto all'istruzione dell'intera umanità, incluso quello delle generazioni future. Non solo. Per i ricorrenti il progetto avrebbe avuto conseguenze nefaste per l'ambiente.

Prima di tutto, nell'analizzare il ricorso, la Corte europea, precisato che le norme della Convenzione non possono essere interpretate o applicate al di fuori del contesto generale nel quale si inscrivono, parte dalla constatazione che le esigenze di conservazione del patrimonio culturale sono oggetto di considerazione da parte della collettività e che sul piano internazionale, con vari atti vincolanti e di soft law, si è sviluppato un quadro normativo volto a tutelare il diritto di accesso alla tutela dei siti archeologici e culturali. Detto questo, però, per Strasburgo tale protezione è collegata ai diritti delle minoranze a godere liberamente della propria cultura, così come al diritto dei popoli indigeni di conservare, controllare e proteggere il patrimonio culturale. Pertanto, in ragione di questi limiti, manca ancora un consenso europeo o una tendenza diffusa tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa che possa far desumere dalle disposizioni della Convenzione che esista un diritto individuale alla protezione del patrimonio culturale in quanto tale. Di qui l'irricevibilità del ricorso perché non rientrante *rationemateriae* nell'ambito di applicazione dell'articolo 35 della Convenzione.

Violazione art. 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Diritto al rispetto della vita privata – Protezione dell'ordine pubblico

Pronunciandosi su un caso "italiano" in cui si discuteva della legittimità della decisione delle autorità italiane di respingere la richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno di un cittadino marocchino in quanto soggetto socialmente pericoloso e la sua conseguente espulsione verso lo Stato di appartenenza, la Corte EDU ha escluso che vi fosse stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto al rispetto della vita privata).

Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 febbraio 2019, ric. n. 57433/15.

La Corte ha deciso di esaminare la denuncia dell'extracomunitario ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione EDU sotto il profilo della violazione del diritto alla vita privata, analizzando nel merito la situazione del ricorrente – in particolare, trattandosi di un uomo di 39 anni non sposato, senza alcun legame specifico di dipendenza verso i suoi familiari, tutti adulti – escludendo che si versasse nell'ambito della "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione. La Corte (sentenza 14 febbraio 2019 n. 57433/15) ha ritenuto che i giudici italiani, che si erano espressamente richiamati all'articolo 8, avessero preso in esame l'interesse del Narjis alla protezione della sua vita privata rispetto all'interesse dello Stato volto alla protezione dell'ordine pubblico, applicando i criteri fissati dalla Corte EDU in materia. In particolare, si è osservato che, in considerazione dei precedenti penali risultanti dal casellario giudiziale a suo carico, l'uso regolare di sostanze stupefacenti da parte del medesimo e l'apparente impossibilità del medesimo di essere inserito in un percorso professionale, le autorità italiane avevano legittimi motivi per dubitare della solidità dei suoi legami sociali e culturali con il paese ospitante.

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Ricorso Iran c. Stati Uniti – Competenza della CIG

La Corte internazionale di giustizia ha competenza a pronunciarsi sul ricorso Iran c. Stati Uniti.

Corte internazionale di giustizia, 15 febbraio 2019

La Corte internazionale di giustizia ha competenza a pronunciarsi sul ricorso presentato dall'Iran contro gli Stati Uniti. Con la sentenza depositata il 13 febbraio (164), la Corte, infatti, ha stabilito, pronunciandosi sulle eccezioni preliminari sollevate dagli Stati Uniti, di avere competenza su alcune parti del ricorso. L'Iran, nella sua azione, aveva accusato gli Stati Uniti di aver violato il Trattato di amicizia sui rapporti diplomatici, le relazioni economiche e i diritti consolari, adottato il 19 agosto 1955 e in vigore dal 16 giugno 1957. Gli Usa, dal canto loro, avevano sollevato alcune eccezioni preliminari sull'incompetenza della Corte. Per i giudici internazionali, la prima eccezione, che riguarda un abuso di procedura da parte dell'Iran, deve essere respinta tenendo conto che il Trattato era in vigore tra le parti al momento del deposito del ricorso e, quindi, in base all'articolo XXI, paragrafo 2 del Trattato, la Corte è competente. Respinta anche l'eccezione secondo la quale il Trattato di amicizia non sarebbe applicabile nei casi che riguardano la produzione e il traffico di armi, questione che attiene al merito così come quella relativa alle attività della BankMarkazi. La Corte ha invece escluso la propria giurisdizione sulla parte del ricorso relativa all'immunità che l'Iran avrebbe come Stato sovrano e sull'incidenza delle misure disposte dagli Stati Uniti su detta immunità in quanto questione estranea al Trattato del 1955.

Nuove linee-guida – Intelligenza artificiale – Protezione dei dati sensibili

Nuove linee guida dal Consiglio d'Europa su intelligenza artificiale e protezione dei dati.

Corte internazionale di giustizia, 30 gennaio 2019

Il Comitato della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione delle persone rispetto al trattamento di dati a carattere personale (n. 108) ha adottato, il 25 gennaio, le linee guida sulla protezione dei dati e l'intelligenza artificiale (T-PD(2019)01, Guidelines AI and DP) per assicurare che Stati, produttori e fornitori di servizi garantiscano il diritto alla protezione dei dati in ogni fase di intervento. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale è ormai diffuso su larga scala e, di conseguenza, il Comitato punta a garantire il pieno rispetto della Convenzione in particolare nei procedimenti decisionali. Inoltre – scrive il Comitato – ogni applicazione di intelligenza artificiale "dovrebbe prestare particolare attenzione a evitare e a mitigare potenziali rischi di elaborazione di dati personali", con un controllo concreto degli interessati e la tutela effettiva dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che assicura il diritto al rispetto della vita privata. Le Linee guida tengono conto anche delle nuove tutele assicurate dalle modifiche alla Convenzione n. 108, che rientrano nella cosiddetta "Convention 108+" nella quale sono messi in primo piano i principi di trasparenza, responsabilità e accountability.

Trattato di cooperazione e di integrazione tra Francia e Germania – Cooperazione per la riforma del Consiglio di sicurezza – Germania come membro permanente

Approvato l'accordo di cooperazione franco-tedesco. Priorità, la Germania come membro permanente del CDS. Corte internazionale di giustizia, 21 gennaio 2019

Per avere un'ulteriore prova dell'incapacità dell'Unione europea di avere una posizione comune su temi cruciali nel contesto internazionale basta dare una lettura al Trattato di cooperazione e di integrazione tra Francia e Germania, che modifica il Trattato del 1963 (*traité de coopération*). Il testo sarà firmato domani, 22 gennaio, a Aix-la-Chapelle (Aquisgrana). Ben venga un rafforzamento della cooperazione tra Stati membri, certo, però, non può non suscitare perplessità (ma neanche troppo) il punto dell'accordo in cui, sul fronte degli interventi nel contesto Onu, Francia e Germania, indicando una maggiore cooperazione per la riforma del Consiglio di sicurezza chiariscono che l'ammissione della Germania come membro permanente nel Consiglio di sicurezza è considerata una priorità della diplomazia franco-tedesca. Con buona pace di un'intesa condivisa tra Stati Ue.

L'accordo, in via generale, va nella direzione di un rafforzamento dei rapporti tra i due Paesi, in particolare nell'ambito della cooperazione economica, della politica estera e di sicurezza, della cultura, della ricerca e della tecnologia, dell'ambiente, con specifico riferimento al clima, tra le regioni transfrontaliere. Gli Stati si impegnano a consultarsi regolarmente, per provare ad assumere una posizione comune sui temi indicati, anche nel contesto dell'Unione europea e nell'attuazione del diritto europeo a livello nazionale. L'articolo 4 punta a rafforzare, nell'ambito Nato e dell'Unione europea, l'assistenza reciproca con ogni mezzo necessario, inclusa la forza armata, nonché a rafforzare la capacità di azione della stessa Unione europea. La cooperazione comprende anche le missioni diplomatiche e la lotta al terrorismo.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

«Rinvio pregiudiziale – Assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli – Direttiva 2009/103/CE – Articolo 3, primo comma – Nozione di "circolazione dei veicoli" – Danno materiale causato ad un immobile dall'incendio di un veicolo stazionato in un garage privato di tale immobile – Copertura da parte dell'assicurazione obbligatoria»

L'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l'assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità, deve essere interpretato nel senso che rientra nella nozione di «circolazione dei veicoli», contemplata da tale disposizione, una situazione, come quella in discussione nel procedimento principale, nella quale un veicolo parcheggiato in un garage privato di un immobile, utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto, abbia preso fuoco, provocando un incendio avente origine nel circuito elettrico del veicolo stesso, e abbia causato dei danni a tale immobile, malgrado il fatto che detto veicolo non fosse stato spostato da più di 24 ore prima del verificarsi dell'incendio.

Corte giust., (Seconda Sezione), 20 giugno 2019, causa C100/18

L** D** A** SA contro S**, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros

ECLI:EU:C:2019:517

Il Tribunale Supremo spagnolo ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea l'interpretazione dell'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103/CE.

L'art. 3 della direttiva 2009/103 dispone che: «Ogni Stato membro adotta tutte le misure appropriate, fatta salva l'applicazione dell'articolo 5, affinché la responsabilità civile relativa alla circolazione dei veicoli che stazionano abitualmente nel suo territorio sia coperta da un'assicurazione. I danni coperti e le modalità dell'assicurazione sono determinati nell'ambito delle misure di cui al primo comma. Ogni Stato membro adotta tutte le misure appropriate affinché il contratto d'assicurazione copra anche: a) i danni causati nel territorio degli altri Stati membri, secondo la legislazione in vigore in questi Stati, b) i danni di cui possono essere vittime i cittadini degli Stati membri nel percorso che collega direttamente due territori in cui si applica il trattato allorché non esista alcun ufficio nazionale di assicurazione per il territorio percorso; in tal caso, i danni sono indennizzati nei limiti previsti dalla legislazione nazionale sull'assicurazione obbligatoria vigente nello Stato membro nel cui territorio il veicolo staziona abitualmente. L'assicurazione di cui al primo comma copre obbligatoriamente i danni alle cose e i danni alle persone».

Il diritto nazionale applicabile alla controversia è la *Leysobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* (legge sulla responsabilità civile e l'assicurazione in materia di circolazione dei veicoli a motore), codificata dal Real Decreto Legislativo 8/2004 recante rifusione della legge sulla responsabilità civile

e l'assicurazione in materia di circolazione dei veicoli a motore), del 29 aprile 2004 e il Regolamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos de motor (regolamento sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile in materia di circolazione di veicoli a motore), codificato dal Real Decreto 1507/2008 por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (regio decreto 1507/2008 recante approvazione del regolamento sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione dei veicoli a motore), del 12 settembre 2008 (BOE n. 222, del 13 settembre 2008, pag. 37487), che all'art. 2, capoverso, è così formulato: «Ai fini della responsabilità civile in materia di circolazione di veicoli a motore e della copertura assicurativa obbligatoria di cui al presente regolamento, per fatti relativi alla circolazione si intendono i fatti derivanti dal rischio causato dalla guida dei veicoli a motore cui fa riferimento il precedente articolo, sia in garage e parcheggi sia su strade o terreni pubblici e privati idonei alla circolazione, di tipo urbano o interurbano, nonché su strade o terreni che, pur non presentando tale caratteristica, siano comunemente utilizzati».

Il caso nasce dall'incendio di un'autovettura parcheggiata nel garage sotterraneo di un edificio privato.

L'incendio, provocato secondo quanto risulta dagli atti del giudice del rinvio da un malfunzionamento dell'impianto elettrico della vettura, ha provocato danni all'edificio soprastante.

Il proprietario dell'immobile danneggiato dalle fiamme era assicurato contro i danni da una compagnia di assicurazioni la quale, dopo aver pagato l'indennizzo a termini di polizza è ricorsa al giudice per ottenere dalla compagnia che assicurava la vettura incendiata per la r.c. auto, il regresso delle somme erogate oltre gli interessi legali.

Il giudice di primo grado ha respinto la domanda risarcitoria sul presupposto che l'incendio dell'autovettura in sosta in un garage non potesse essere considerato relativo alla circolazione dei veicoli e dunque che la compagnia assicuratrice della vettura non fosse tenuta al risarcimento dei danni da questa provocati.

Proposto gravame, l'Audiencia Provincial ha accolto tale ricorso ed ha condannato la compagnia appellata al versamento del risarcimento richiesto.

Questa ha quindi proposto ricorso per cassazione al Tribunal Supremo il quale nella propria ordinanza di rinvio ha evidenziato che il giudice d'appello avesse adottato un'interpretazione estesa della nozione di «fatto relativo alla circolazione», secondo la quale, ai sensi del diritto spagnolo, rientra in tale nozione una situazione in cui un veicolo parcheggiato in modo non permanente in un garage privato si sia incendiato, qualora tale incendio sia stato provocato da cause intrinseche al veicolo e senza l'intervento di terzi.

La Corte madrilenha ha sottoposto al collegio lussemburghese i seguenti quesiti: «1) Se si ponga in contrasto con l'articolo 3 della direttiva 2009/103 un'interpretazione che includa nella copertura dell'assicurazione obbligatoria i danni causati dall'incendio di un veicolo fermo, qualora tale incendio trovi la propria origine nei meccanismi necessari per lo svolgimento della funzione di trasporto del veicolo. 2) Nel caso in cui la risposta alla questione precedente fosse negativa, se si ponga in contrasto con l'articolo 3 della direttiva 2009/103 un'interpretazione che includa nella copertura dell'assicurazione obbligatoria i danni causati dall'incendio di un veicolo, qualora l'incendio non possa essere posto in correlazione con un precedente spostamento del veicolo stesso, in modo tale per cui non possa ritenersi sussistente una connessione con un tragitto compiuto. 3) Nel caso in cui la risposta alla seconda questione fosse negativa, se si ponga in contrasto con l'articolo 3 della direttiva 2009/103 un'interpretazione che includa nella copertura dell'assicurazione obbligatoria i danni causati dall'incendio di un veicolo, qualora il veicolo si trovi stazionato in un garage privato chiuso».

I giudici del rinvio hanno ritenuto che la questione centrale consista nello stabilire se l'assicurazione della responsabilità civile per gli autoveicoli copra un incidente nel quale sia stato implicato un veicolo il cui motore non era avviato, sebbene tale veicolo, che era parcheggiato in un garage privato, non rappresentasse alcun rischio per gli utenti di una strada.

A questo proposito, la Corte spagnola ha osservato che, secondo la sua giurisprudenza, da un lato, rientrano nella nozione di «fatto relativo alla circolazione», ai sensi del diritto nazionale, non soltanto le situazioni nelle quali un veicolo si sposti, ma anche quelle nelle quali il motore del veicolo non sia avviato, come pure le situazioni nelle quali un veicolo si arresti nel corso di un tragitto e prenda fuoco.

Dall'altro lato, il Tribunal Supremo avrebbe già statuito che un incendio di un veicolo che era stazionato su una pubblica via e che era coperto da un telo per protezione dal gelo non costituiva una situazione che rientrasse nella nozione di «fatto relativo alla circolazione», ai sensi del diritto spagnolo.

Il giudice del rinvio ha quindi precisato che, secondo la sua giurisprudenza, quando un veicolo è fermo e il sinistro non ha alcun collegamento con la funzione di trasporto del veicolo stesso, non sussiste un «fatto relativo alla circolazione» che possa essere coperto dall'assicurazione obbligatoria.

In tale contesto, i giudici madrileni hanno osservato che, secondo il diritto spagnolo, il conducente non è responsabile dei danni causati in ragione della circolazione di un veicolo qualora tali danni siano dovuti ad un caso di forza maggiore estraneo alla guida del veicolo stesso. Tuttavia, né i difetti di un veicolo, né la rottura o il

malfunzionamento di uno dei meccanismi del veicolo stesso sarebbero considerati come casi di forza maggiore. Di conseguenza, nelle situazioni in cui l'incidente sia stato causato da un difetto di un veicolo, tale difetto non esonererebbe il conducente dalla sua responsabilità e non escluderebbe dunque la copertura derivante dall'assicurazione RC Auto.

La CGUE ha rilevato innanzi tutto che il punto se una situazione come quella in discussione nel procedimento principale rientri nella nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 costituisce una nozione autonoma del diritto dell'Unione, che deve essere interpretata, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte, tenendo conto, in particolare, del contesto di detta disposizione e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte¹.

La Corte ha quindi osservato che la normativa dell'Unione in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione dei veicoli, di cui fa parte la direttiva 2009/103, mira, da un lato, ad assicurare la libera circolazione sia dei veicoli che stazionano abitualmente nel territorio dell'Unione europea sia delle persone che vi si trovano a bordo, e, dall'altro, a garantire che le vittime degli incidenti causati da tali veicoli beneficeranno di un trattamento comparabile, indipendentemente dal luogo dell'Unione in cui il sinistro è avvenuto², tenendo conto che l'obiettivo di tutela delle vittime di incidenti causati da tali veicoli è stato costantemente perseguito e rafforzato dal legislatore dell'Unione³. Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha statuito che l'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «circolazione dei veicoli» contenuta in tale disposizione non è limitata alle ipotesi di circolazione stradale, vale a dire la circolazione sulla pubblica via, e che in tale nozione rientra qualunque uso di un veicolo che sia conforme alla funzione abituale dello stesso⁴.

La Corte ha precisato che, poiché gli autoveicoli di cui all'articolo 1, punto 1, della direttiva 2009/103, indipendentemente dalle loro caratteristiche, sono destinati a servire abitualmente come mezzi di trasporto, rientra nella nozione suddetta qualunque uso di un veicolo come mezzo di trasporto.

I giudici di Lussemburgo hanno quindi rilevato, da un lato, che il fatto che il veicolo coinvolto in un sinistro fosse fermo, indipendentemente dalla circostanza che fosse o no acceso, al momento, del verificarsi di quest'ultimo non escluda, di per sé, che l'uso di tale veicolo in quel momento possa rientrare nella sua funzione di mezzo di trasporto e, di conseguenza, nella nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103⁵.

Dall'altro lato, occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, nessuna disposizione della direttiva 2009/103 limita l'estensione dell'obbligo di assicurazione e della tutela che tale obbligo intende garantire alle vittime di sinistri causati da autoveicoli, ai casi in cui tali veicoli siano utilizzati su determinati terreni o su determinate strade.

Ne consegue, secondo la Corte, che la portata della nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103, non dipende dalle caratteristiche del terreno sul quale l'autoveicolo è utilizzato e, in particolare, dalla circostanza che il veicolo in questione sia, al momento del sinistro, fermo e si trovi in un parcheggio⁶. Tali considerazioni portano la Corte ad affermare che lo stazionamento e il periodo di immobilizzazione del veicolo sono delle fasi naturali e necessarie che costituiscono parte integrante dell'utilizzo di quest'ultimo come mezzo di trasporto.

Infatti, un veicolo viene utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto allorché si sposta, ma anche, in linea di principio, durante il suo stazionamento tra uno spostamento e l'altro. Lo stazionamento di un veicolo in un garage privato costituisce un'utilizzazione del veicolo stesso che è conforme alla sua funzione di mezzo di trasporto.

Tale conclusione non perde la sua validità per il fatto che il veicolo in questione sia rimasto parcheggiato per più di 24 ore in questo garage. Infatti, lo stazionamento di un veicolo presuppone che quest'ultimo, a volte per un lungo periodo di tempo, rimanga fermo fino al suo prossimo spostamento.

Per quanto riguarda la circostanza che il sinistro in questione nel procedimento principale deriva da un incendio causato dal circuito elettrico di un veicolo, il giudice rimettente ha osservato, da un lato, che, se l'incendio si verifica quando il veicolo è fermo, ma esso trova la propria origine in una funzione necessaria o utile per lo spostamento del veicolo stesso, tale situazione dovrebbe essere considerata connessa alla funzione abituale del

¹ CGUE 20 dicembre 2017, NúñezTorreiro, C-334/16, EU:C:2017:1007, punto 24.

² *Ibidem*, punti 25 e 26.

³ CGUE 4 settembre 2014, Vnuk, C162/13, EU:C:2014:2146, punti da 52 a 55; CGUE 28 novembre 2017, Rodrigues de Andrade, C514/16, EU:C:2017:908, punto 33.

⁴ CGUE 20 dicembre 2017, cit., punto 28.

⁵ CGUE in tal senso, sentenza del 15 novembre 2018, BTA BalticInsurance Company, C-648/17, EU:C:2018:917, punto 38 e la giurisprudenza ivi citata.

⁶ *ibidem*, punti 37 e 40.

veicolo. Dall'altro lato, una situazione in cui un veicolo sia stazionato in un garage privato potrebbe essere esclusa dalla nozione di «circolazione dei veicoli», ai sensi dell'articolo 3 della direttiva 2009/103, qualora o per l'assenza di una prossimità temporale tra il precedente utilizzo del veicolo e l'incendio, o in ragione delle modalità con cui tale sinistro si è verificato, non sussista un nesso tra tale sinistro e la circolazione del veicolo.

Il giudice del rinvio aggiunge, a questo proposito, che, qualora si prescindesse da una correlazione temporale tra il precedente utilizzo del veicolo e il verificarsi del sinistro, ciò potrebbe portare ad un'equiparazione dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione degli autoveicoli all'assicurazione del proprietario per la copertura della responsabilità derivante dalla mera detenzione o titolarità di un veicolo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, la Corte risponde ai quesiti posti al suo esame dichiarando che l'articolo 3, primo comma, della direttiva 2009/103 deve essere interpretato nel senso che rientra nella nozione di «circolazione dei veicoli», contemplata da tale disposizione, una situazione, come quella in discussione nel procedimento principale, nella quale un veicolo parcheggiato in un garage privato di un immobile, utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto, abbia preso fuoco, provocando un incendio avente origine nel circuito elettrico del veicolo stesso, e abbia causato dei danni a tale immobile, malgrado il fatto che detto veicolo non fosse stato spostato da più di 24 ore prima del verificarsi dell'incendio.

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Sulla regolamentazione delle spese di lite nelle controversie di lavoro: tra *par condicio* processuale e principio della soccombenza. 524
di Enrica Maria Stefania Iardino

DIRITTO PENALE

Questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina intertemporale della c.d. legge spazzacorrotti: uno spinoso problema tra *favor rei* e *tempus regit actum*. 529
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Eziopatogenesi giurisprudenziale dell'onere della prova nei giudizi tributari sugli oneri consortili: diagnosi e terapia.. 533
di Michele Arcangelo Lauletta



Diritto civile

Sulla regolamentazione delle spese di lite nelle controversie di lavoro: tra *par condicio processuale* e principio della soccombenza.

abstract

In labour disputes, the different condition between the worker and the employer, be it public or private, does not constitute a «right cause» in order to justify the compensation of the legal expenses.

keywords

Worker – Employer – Public Administration – Trial equity – Losing party principle – Compensation of legal expenses.

abstract

Nelle controversie di lavoro, la differenza di condizione tra lavoratore e datore di lavoro, sia esso pubblico o privato, non costituisce una «grave ed eccezionale ragione» idonea a giustificare la compensazione delle spese di lite tra le parti.

parole chiave

Lavoratore – Datore di lavoro – Pubblica Amministrazione – Par condicio processuale – Principio della soccombenza – Compensazione delle spese di lite.

La questione oggetto del presente *focus* trae origine da una recente pronuncia della Corte d'appello di Brescia - sezione lavoro (sentenza n. 71/2019) la quale, sulla scorta della più recente giurisprudenza costituzionale, affronta la particolare tematica della regolamentazione delle spese processuali nell'ambito delle controversie di lavoro, con particolare riguardo alle ipotesi in cui il datore di lavoro risulti essere una pubblica Amministrazione ed il lavoratore la parte interamente soccombente, consideratane anche la tradizionale condizione di parte "debole" del rapporto di lavoro.

Nella specie, il giudizio in questione nasce da un ricorso proposto da un docente di ruolo di scuola superiore il quale, in primo grado, si era rivolto al Tribunale di Mantova - sezione lavoro, affinché fosse accertato e dichiarato il proprio diritto al mantenimento dell'assegnazione provvisoria precedentemente ottenuta, ed

a suo dire, illegittimamente revocata dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

A tal riguardo, vi è da premettere che il docente in questione, titolare di ruolo presso un istituto di istruzione superiore, classe di concorso A051, aveva presentato domanda di assegnazione provvisoria per l'anno scolastico 2017/2018 indicando come preferenza una scuola superiore presso il quale aveva già svolto numerosi progetti negli anni scolastici precedenti.

Nella domanda, il docente chiedeva l'assegnazione di posti comuni (e non di sostegno) ed indicava altresì, nella sezione dedicata alle ulteriori classi di concorso per le quali chiedeva l'assegnazione provvisoria, oltre la classe di concorso di cui era titolare (A051), la classe di concorso A050.

La domanda dell'istante veniva così accolta dall'Ufficio Scolastico Regionale il quale, la inseriva tra le «assegnazioni provvisorie provinciali su posto normale», classe di concorso A050.

Successivamente, la concessa assegnazione provvisoria veniva revocata in quanto dall'istruttoria era emerso che l'istante risultava sprovvisto dell'abilitazione per l'insegnamento su detta classe di concorso.

Sicché, a fronte della sopravvenuta revoca, il docente proponeva ricorso innanzi al Tribunale di Mantova, affinché fosse accertato il proprio diritto al mantenimento della assegnazione provvisoria su classe di concorso A050 per l'anno scolastico 2017/2018.

Nella specie, il ricorrente eccepiva che la sopravvenuta revoca, ancorché conforme alla disciplina prevista dal CCNI del 21 giugno 2017 in materia di assegnazioni provvisorie del personale docente¹, si poneva

¹ Il riferimento va in particolare all'art. 7, comma 6 del CCNI concernente le utilizzazioni e le assegnazioni provvisorie del personale docente, educativo ed ATA per l'anno scolastico 2017/2018 il quale, nell'ipotesi di richiesta di assegnazione provvisoria su classe di concorso diversa da quella di titolarità prevede espressamente che il docente debba essere in possesso di un titolo valido per la mobilità professionale, ossia dell'abilitazione. Nella specie, secondo quanto previsto dal citato art. 7, comma 6 del CCNI: «L'assegnazione provvisoria, oltre che per il posto o classe di concorso di titolarità, può essere richiesta anche per altre classi di concorso o posti di grado diverso di istruzione per i quali si riscontri il possesso del titolo valido per la mobilità professionale come disciplinato dall'art. 4 del CCNI dell'11 aprile 2017 [ossia, l'abilitazione] ovvero per altra tipologia di posto per il quale si posseda lo specifico titolo di specializzazione, fatto salvo il vin-

però in netto contrasto con gli obiettivi fondamentali della medesima disciplina convenzionale dichiaratamente diretta a garantire la continuità didattica e la valorizzazione delle competenze professionali², che nel caso di specie sarebbero state pregiudicate, considerando che il docente, negli anni scolastici precedenti, era stato comunque nominato sulla classe di concorso A050 per lo svolgimento di una serie di progetti presso l'istituto di istruzione superiore indicato nella domanda di assegnazione.

L'adito Giudice del lavoro, riteneva infondata la domanda proposta dal docente affermando che per l'anno scolastico 2017/2018, a differenza degli anni precedenti, la classe di concorso di titolarità del ricorrente (A051) non risultava essere in esubero od in soprannumero, con la conseguenza che quest'ultimo non aveva più diritto, in nome della invocata continuità didattica, ad essere assegnato su classi di concorso per le quali non era in possesso della prescritta abilitazione.

Sicché, il Tribunale di Mantova rigettava integralmente il ricorso proposto dal docente condannandolo alla rifusione delle spese di lite in favore del convenuto Ministero.

Successivamente, il ricorrente proponeva appello avverso la sfavorevole sentenza deducendone l'erroneità anche in punto di condanna alle spese.

Più nello specifico, sotto tale ultimo profilo, l'appellante, pur non dolendosi della quantificazione disposta ai sensi dell'art. 152-*bis* disp. att. c.p.c.³ dal Tri-

colo quinquennale di permanenza sul sostegno, su posti di tipo speciale o di indirizzo didattico differenziato. La richiesta di assegnazione provvisoria per altre classi di concorso o posti di grado diverso di istruzione o per altro tipo di posto è aggiuntiva rispetto a quella relativa al proprio posto o classe di concorso di titolarità. Nelle domande di assegnazione provvisoria, i posti di sostegno, i posti di tipo speciale e i posti ad indirizzo didattico differenziato sono intercambiabili ai fini del rispetto del vincolo quinquennale di servizio su tale tipologia di posti. L'assegnazione provvisoria nell'ambito dello stesso grado o classe di concorso precede quella dei titolari tra gradi diversi o classi di concorso, secondo l'ordine previsto dalla sequenza operativa di cui all'allegato 1».

² L'art. 1 del già citato CCNI del 21 giugno 2017, nel definire l'ambito di applicazione, la durata e la decorrenza del contratto medesimo, prevede espressamente al comma 2 che esso «nello stabilire i criteri generali ed i principi per le operazioni di utilizzazione e di assegnazione provvisoria del personale docente, educativo ed ATA per l'anno scolastico 2017/2018 secondo le disposizioni contenute nei contratti collettivi nazionali del comparto scuola è prioritariamente diretto a realizzare il reimpiego qualificato di tutto il personale in soprannumero o in esubero, e la piena realizzazione degli obiettivi formativi e curricolari previsti per ciascun ordine di scuola, assicurando la continuità didattica e la valorizzazione delle competenze professionali, tenuto conto delle esigenze e disponibilità dei docenti interessati».

³ Art. 152-*bis* disp. att. c.p.c.: «Nelle liquidazioni delle spese di cui all'articolo 91 del codice di procedura civile a favore delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, se assistite da propri dipendenti ai sensi dell'articolo 417 bis del codice di procedura civile, si applica il decreto adottato ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del decreto legge 24 gennaio

bunale di Mantova in favore del vittorioso Ministero, riteneva ingiusto ed erroneo che il Giudice di prime cure non avesse dichiarato la compensazione delle spese di lite tra le parti e ciò sia perché, a suo dire, la questione di causa non poteva dirsi così semplice, sia perché la differenza di posizione tra lavoratore ed Amministrazione pubblica - datrice di lavoro, integrava senz'altro una «grave ed eccezionale ragione» analoga ai «gravi motivi» originariamente previsti dall'art. 92, comma 2 c.p.c.⁴

2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, per la liquidazione del compenso spettante agli avvocati, con la riduzione del 20 per cento dell'importo complessivo ivi previsto. La riscossione avviene mediante iscrizione al ruolo ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600». Il citato articolo è stato introdotto nel *corpus* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile dall'art. 4, comma 42 della Legge 12 novembre 2012, n. 183 (*i.e.* Legge di Stabilità per l'anno 2012) e successivamente modificato dall'art. 1, comma 31 della Legge 24 dicembre 2012, n. 228. In merito all'ambito di applicazione dell'art. 152-*bis* disp. att. c.p.c., secondo una recentissima pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (Cass. Civ. sez. lav., 9 aprile 2019, n. 9878) l'esplicito richiamo all'art. 417-*bis* c.p.c. contenuto nel testo di detta disposizione, non ha carattere dirimente, nel senso di circoscriverne l'ambito applicativo alle sole controversie delle Pubbliche Amministrazioni relative ai rapporti di lavoro con i propri dipendenti. Ed infatti, secondo il Supremo Collegio, l'art. 152-*bis* disp. att. c.p.c. ha rilevanza sistematica dovendo trovare applicazione, in generale, non solo con riguardo alle controversie di lavoro, ma, anche con riguardo a quelle in materia di previdenza ed assistenza. Secondo il dictum della Corte «[...] va rilevato che l'art. 152-*bis* disp. att. c.p.c., è collocato all'interno del Capo V, intitolato alle «Disposizioni relative alle controversie di lavoro ed a quelle di previdenza ed assistenza» ed è rubricato, genericamente «Liquidazione di spese processuali». Tali dati, relativi alla sede della disposizione in commento ed all'oggetto indicato in rubrica, paiono significativi della volontà di ricondurre ad un unico paradigma la regolamentazione del regime delle spese all'interno dell'area delle controversie affidate alla competenza del giudice del lavoro, dell'assistenza e della previdenza; [...].»

⁴ Come è noto, negli ultimi anni, l'art. 92, comma 2 c.p.c. è stato oggetto di un complesso *iter* modificativo. Invero, esso nella sua formulazione originaria (peraltro pressoché identica a quella dell'analogo art. 370 del codice di procedura civile del 1865) prevedeva espressamente che «Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti». La disposizione, dopo più di sessant'anni di invariata vigenza, è stata successivamente modificata dal Legislatore il quale, al fine di attuare misure di contenimento del contenzioso civile, ha progressivamente circoscritto l'ambito del potere discrezionale di compensazione delle spese processuali, sino ad annullarlo completamente. A tal riguardo, il primo intervento si deve all'art. 2, comma 1 della Legge 28 giugno 2005, n. 263 il quale introdusse accanto ai «giusti motivi» la locuzione «esplicitamente indicati nella motivazione». Successivamente, con l'art. 45, comma 11 della Legge 18 giugno 2009, n. 69 i «giusti motivi» si tramutarono in «altri gravi ed eccezionali ragioni» anch'esse «esplicitamente indicate nella motivazione». Questi primi due interventi manipolativi, ancorché significativi secondo l'opinione comune di dottrina e giurisprudenza, apparivano però ancora insufficienti agli occhi del Legislatore il quale, sulla scorta del citato intento deflattivo ed allo scopo di disincentivare l'abuso dello strumento processuale, ha ritenuto di dover intervenire nuovamente sul testo dell'art. 92 c.p.c. Ed

La Corte d'appello di Brescia - sezione lavoro, investita della questione, con la sentenza di cui in commento, rigettava integralmente il ricorso, condannando altresì l'appellante alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio.

Nella specie, l'adito Collegio, richiamando ancora una volta le disposizioni del CCNI 21 giugno 2017, riteneva infondate le censure mosse dall'appellante in quanto, dalla citata disciplina convenzionale emergeva chiaramente che l'assegnazione provvisoria, oltre che per il posto o classe di concorso di titolarità, può essere richiesta anche per altre classi di concorso per le quali sussista, *aliunde*, l'abilitazione in capo all'istante⁵.

Sicché, secondo la Corte d'appello lombarda, la revoca dell'assegnazione provvisoria del ricorrente su classe di concorso A050 per l'anno scolastico 2017/2018, doveva ritenersi senz'altro legittima.

Sotto il profilo della condanna alle spese di lite, secondo la Corte d'appello di Brescia, le censure mosse dal ricorrente dovevano parimenti ritenersi infondate e ciò in quanto la totale soccombenza di quest'ultimo ne giustificava, senza alcun dubbio, la condanna alla integrale rifusione.

Invero, secondo i giudici lombardi, la dedotta complessità della questione oggetto del giudizio non poteva rivestire alcun ruolo rilevante sul piano della regolamentazione delle spese di lite, posto che, a giudizio della Corte, nel caso di specie il «chiaro contenuto delle norme contrattuali» del CCNI era tale da escludere l'invocata complessità della controversia, ritenuta – pertanto – di grado «non elevato».

Inoltre, con riguardo alla eccepita «grave ed ecce-

infatti, l'art. 13 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132 recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», convertito con modificazioni nella Legge 10 novembre 2014, n. 162 ha da ultimo modificato il disposto dell'art. 92, comma 2 c.p.c. Secondo la novellata formulazione del citato articolo «Se vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, il giudice può compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero». Per espressa previsione dell'art. 13, comma 2 del D.L. n. 132/2014 «la disposizione si applica ai procedimenti introdotti a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto».

⁵ Secondo la Corte d'Appello lombarda, la disposizione di cui all'art. 7 del CCNI del 21 giugno 2017 risulta «*chiara ed univoca*»: l'assegnazione provvisoria, oltre che per la classe di concorso di titolarità, può essere richiesta anche per altre classi di concorso per le quali il richiedente sia in possesso dell'abilitazione. Per cui, secondo la Corte «La disposizione è speciale rispetto a quella dell'art. 1 circa le finalità generali perseguite dal contratto collettivo e quindi prevale sulla stessa». Inoltre, secondo il Collegio, altrettanto chiara, con riferimento alle utilizzazioni, si presenta la disposizione dell'art. 2, comma 1, lett. e) del citato CCNI la quale consente di presentare domanda «ai docenti appartenenti a ruoli, posti o classi di concorso in esubero, che richiedano l'utilizzazione in altri ruoli, posti o classi di concorso per cui hanno titolo, o su posti di sostegno, nell'ambito del ruolo di appartenenza, anche se privi del titolo di specializzazione, nella provincia nei limiti dell'esubero [...]».

zionale ragione» dedotta dal ricorrente quale specifico motivo di deroga al più generale principio della soccombenza, secondo l'adita Corte d'appello, la differenza di condizione tra lavoratore e datore di lavoro, sia esso pubblico o privato, non costituisce un «*giusto motivo*» idoneo a giustificare e sorreggere la compensazione delle spese di lite tra le parti.

A tal riguardo, la Corte d'appello, richiamando la recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 77/2018, ha affermato che l'elemento «condizioni delle parti» non può considerarsi idoneo ad integrare una «grave ed eccezionale ragione» tale da potersi dire analoga a quelle tassativamente indicate nella attuale formulazione del comma secondo, dell'art. 92 del codice di rito e che facoltizzano il giudice a compensare le spese di lite.

Ed infatti, nella sentenza richiamata dai giudici lombardi, la Consulta, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2 c.p.c. – così come da ultimo modificato dall'art. 13, comma 1 del D.L. 12 settembre 2014, n. 132⁶ – ha espressamente affermato il principio secon-

⁶ Con riguardo alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 77/2018 e d'uopo precisare che essa trae origine da due ordinanze di rimessione con le quali, rispettivamente, il Tribunale di Torino ed il Tribunale di Reggio Emilia, avevano sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2 c.p.c. nella parte in cui non consente, in caso di soccombenza totale, la compensazione delle spese di lite anche in altre ipotesi di «gravi ed eccezionali ragioni» analoghe a quelle tassativamente previste dalla disposizione censurata. Nella specie, il Tribunale di Torino con ordinanza del 30 gennaio 2016, aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale del censurato articolo in quanto ritenuto in contrasto con l'art. 3, comma 1 Cost. nonché, con gli artt. 24, primo comma e 111, primo comma Cost. Parimenti, il Tribunale di Reggio Emilia con ordinanza del 28 febbraio 2017, sollevava la medesima questione di legittimità costituzionale, ritenendo che la novellata formulazione del secondo comma, dell'art. 92 c.p.c. si ponesse in contrasto, oltre che con i già citati parametri costituzionali, anche con gli artt. 3, comma 2, 25, comma 1, 102 e 104 Cost. nonché, per il tramite dell'art. 117, comma 1 Cost., con l'art. 47 CDFUE e con gli artt. 6 e 13 della CEDU. Il Tribunale emiliano deduceva inoltre che nelle controversie di lavoro il lavoratore, di regola, è parte «debole» del rapporto controverso pertanto, la censurata disposizione, non considerando la natura del rapporto giuridico dedotto in giudizio, tantomeno, le condizioni soggettive delle parti in lite, si poneva in netto contrasto con l'art. 14 CEDU e con l'art. 21 CDFUE. Così poste le questioni di legittimità costituzionale, la Consulta, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, comma 2 c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice di merito possa compensare le spese di lite, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe «gravi ed eccezionali ragioni», dichiarando invece infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal solo Tribunale di Reggio Emilia (*infra* § 8). Con riguardo alla declaratoria di incostituzionalità, secondo la Consulta, la riconduzione a legittimità della disposizione censurata, va intesa nel senso che le ipotesi «illegittimamente» non considerate dal novellato comma 2, dell'art. 92 c.p.c., «possono identificarsi in quelle che siano riconducibili a tale clausola generale e che siano analoghe a quelle tipizzate normativamente nella norma, nel senso che devono essere di pari, o maggiore, gravità ed eccezionalità. Le quali ultime

do cui la qualità di “lavoratore” in capo alla parte che agisce (o resiste) nel giudizio avente ad oggetto diritti ed obblighi scaturenti da un rapporto di lavoro, non costituisce, di per sé sola, ragione sufficiente per derogare al generale canone della *par condicio* processuale cui è essenzialmente ed intimamente ispirato il principio della soccombenza.

Del resto, con la sentenza n. 77/2018, la Corte costituzionale ha dichiarato – tra l’altro – non fondata la questione di illegittimità costituzionale dell’art. 92, comma 2 c.p.c. sollevata con riguardo alla presunta violazione dell’art. 3, comma 2 della Costituzione nonché dell’art. 117, comma 1 in relazione all’art. 21 CDFUE ed all’art. 14 CEDU nella parte in cui, per le controversie di lavoro e previdenza, non prevede espressamente il potere del giudice di valutare i «*gravi ed eccezionali motivi*» ai fini della compensazione delle spese di lite⁷.

Sicché, sulla scorta della citata giurisprudenza costituzionale, la Corte d’appello di Brescia, osservando preliminarmente che la condizione soggettiva di “lavoratore” non ha mai comportato alcun esonero dall’obbligo di rifusione delle spese processuali in caso di soccombenza totale, ha affermato il principio secondo cui nelle controversie di lavoro la qualità di prestatore di lavoro in capo ad una delle parti del rapporto controverso non costituisce ragione sufficiente per derogare al generale canone della *par condicio* processuale sotto il profilo dell’obbligo di rifusione delle spese di lite a carico della parte interamente soccombente.

Conseguentemente, nel giudizio avente ad oggetto diritti ed obblighi nascenti dal rapporto di lavoro, la

quindi [...] hanno carattere paradigmatico e svolgono una funzione parametrica ed esplicativa della clausola generale».

⁷ Invero, secondo la Consulta, con riguardo alla sollevata questione di legittimità costituzionale, rilevano, per un verso, il generale canone della *par condicio* processuale previsto dal secondo comma, dell’art. 111 Cost., per altro verso il disposto di cui all’art. 24, comma 3 Cost. nell’ambito del quale la eventuale «situazione di disparità» in cui in concreto possa venirsi a trovare la parte “debole” del rapporto controverso trova un possibile riequilibrio in «appositi istituti» diretti ad assicurare «ai non abbienti [...] i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». Sicché, secondo la Corte «nel binario segnato da questi due concorrenti principi costituzionali si colloca la disposizione censurata che, non considerando la situazione soggettiva, nel rapporto controverso, della parte totalmente soccombente, è ispirata al principio generale della *par condicio* processuale». Come si legge in un passaggio motivazionale della sentenza, con specifico riguardo alle controversie di lavoro cd. a controprova, dalla declaratoria di incostituzionalità dell’art. 92, comma 2 c.p.c. «[...] comunque consegue che la circostanza – segnalata dal giudice remittente – che il lavoratore, per la tutela dei suoi diritti, debba talora promuovere un giudizio senza poter conoscere elementi di fatto, rilevanti e decisivi, che sono nella disponibilità del solo datore di lavoro (cosiddetto contenzioso a controprova), costituisce elemento valutabile dal giudice della controversia al fine di riscontrare, o no, una situazione di assoluta incertezza in ordine a questioni di fatto in ipotesi riconducibili alle “gravi ed eccezionali ragioni” che consentono al giudice la compensazione delle spese di lite».

regola generale secondo la quale la parte soccombente ha l’obbligo di rimborsare alla parte vincitrice le spese da questa sopportate per difendersi, non soffre di eccezione alcuna, applicandosi senza distinzioni di sorta a tutte le parti in lite, siano esse pubbliche o private.

Così stando le cose, viene spontaneo chiedersi se un’applicazione indistinta del principio della soccombenza, risponda realmente ad una finalità di giustizia sostanziale e ciò anche laddove la natura del rapporto giuridico dedotto in giudizio comporti la fisiologica contrapposizione tra lavoratore e pubblica Amministrazione - datrice di lavoro.

Se da un lato è giusto che per un principio di «*giustizia distributiva*» il costo del processo debba essere sopportato da chi, pur vantando una pretesa infondata, ha reso necessaria l’attività del giudice occasionando le spese del suo svolgimento⁸, è pur vero che talvolta un’applicazione indiscriminata di siffatto principio potrebbe realizzare una sostanziale sperequazione tra le parti in lite, contraddicendo così *de facto* il fondamentale principio di eguaglianza sostanziale.

A tal riguardo, si osserva che se è vero che il legislatore è da sempre intervenuto sul piano sostanziale per cercare di sanare la disuguaglianza esistente da un punto di vista contrattuale tra lavoratore – quale soggetto socialmente ed economicamente debole – e datore di lavoro⁹, non sembra possa registrarsi una simile uniforme tendenza sul piano processuale, almeno per le controversie di lavoro.

Non a caso, di fronte al vacuo lasciato dal legislatore, la disciplina della compensazione delle spese di lite, ha da sempre rappresentato uno degli strumenti privilegiati attraverso i quali i giudici di merito hanno di sovente cercato di riequilibrare la tipica “sperequazione di forze” propria del processo del lavoro.

Tant’è che prima della tipizzazione delle ipotesi di

⁸ Corte Costituzionale, 16 aprile 1987, n. 135. Ancora, nella citata sentenza Corte Cost. n. 77/2018: «L’alea del processo grava sulla parte soccombente perché è quella che ha dato causa alla lite non riconoscendo, o contrastando, il diritto della parte vittoriosa ovvero azionando una pretesa rivelatasi insussistente». Secondo l’unanime dottrina, con la cristallizzazione del principio della soccombenza, il codice di rito avrebbe recepito l’idea – radicata nella tradizione ed espressa dal noto brocardo *victus victori* – compiutamente espressa dal Chiovenda secondo cui «tenuto conto che l’attività dello Stato, per operare l’attuazione della legge, richiede tempo e spese, occorre impedire che colui che si è trovato nella necessità di servirsi del processo per ottenere ragione riceva danno dal tempo e dalla spesa richiesta: la necessità di ricorrere al giudice non deve tornare a danno di chi ha ragione» (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, p. 147).

⁹ Emblematicamente, A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2018 pp. 214-215: «Il diritto del lavoro nasce proprio per proteggere il lavoratore subordinato contro la sua stessa libertà negoziale, abbandonando il mito liberistico dell’eguaglianza formale dei contraenti e della conseguente naturale equità del contenuto del contratto per prendere atto della disuguaglianza sostanziale delle parti che impone interventi correttivi esterni a tutela del più debole (art. 3, comma 2 Cost.)».

compensazione, l'art. 92, comma 2 c.p.c., ha trovato, nelle controversie di lavoro, terreno fertile per una applicazione del tutto peculiare.

Ed infatti, prima della soppressione della clausola generale delle «*gravi ed eccezionali ragioni*» i giudici del lavoro, non di rado, disponevano la compensazione delle spese di lite tra le parti nella – non rara – ipotesi in cui il processo si fosse concluso con il rigetto della domanda del lavoratore, fermo restando, in ogni caso, il rispetto della disciplina codicistica in materia di temerarietà della lite (art. 96, c.p.c.) nonché, il sindacato sul dovere di lealtà e probità delle parti (art. 88 c.p.c.)¹⁰.

Il legislatore del Quaranta – in un contesto socio-economico del tutto differente – ha costruito il regime della regolamentazione delle spese di lite sul principio della soccombenza, prevedendo però la possibilità per il giudice di disporre la compensazione qualora fosse occorsi «*giusti motivi*»¹¹.

La *ratio*, l'intima essenza di una siffatta previsione – peraltro già presente nel codice di rito del 1865¹² – risiede nella consapevolezza che non sempre la situazione giuridica dedotta in giudizio è tale da poter consentire una applicazione asettica ed indifferenziata della regola generale del *victus victori*. Dunque, nella logica del processo, è ben possibile che la parte considerata soccombente non sia necessariamente “in torto”¹³.

Sicché, una differenziazione della regola generale non tradisce ma anzi, corrobora e rafforza il fondamentale principio di parità processuale tra le parti perché è giusto che casi simili vengano trattati in modo

simile e che casi diversi necessitino di trattamenti altrettanto diversi.

In una prospettiva siffatta, non appare allora peregrino chiedersi se le più recenti applicazioni giurisprudenziali del regime della compensazione delle spese di lite nelle controversie di lavoro rispondano realmente al fondamentale canone della *par condicio* processuale, e ciò soprattutto laddove la sperequazione di forze tra le parti in lite si trovi ad esser accentuata per l'esser una di esse un soggetto pubblico, storicamente dotato di poteri autoritativi¹⁴.

Sembra quasi che la necessità di deflazione del contenzioso civile posta dal legislatore a fondamento della progressiva riforma dell'art. 92, comma 2 c.p.c.¹⁵, abbia finito per prendere il sopravvento sulle sovrane esigenze di eguaglianza sostanziale e di effettiva parità processuale tra le parti in lite.

Non sembra allora così tanto lontana la preoccupazione di chi vede nei più recenti orientamenti della giurisprudenza – *in primis* costituzionale – una nuova ed ulteriore limitazione del diritto dei lavoratori di accedere al banco della giustizia per la tutela dei propri diritti¹⁶.

¹⁰ F. SCARPELLI - M. GIACONI, *Il costo della giustizia nel processo del lavoro. La compensazione delle spese legali dopo la Corte Costituzionale sull'art. 92 c.p.c.*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1/2018, pp. 9-10. Secondo gli autori: «Decisioni siffatte, lungi dall'essere arbitrarie, erano del resto espressione di una valutazione equitativa del giudicante in grado di tradurre in sede processuale istanze di eguaglianza sostanziale già tutelate e presenti nell'ordinamento lavoristico nel suo complesso inteso».

¹¹ Con riguardo al regime codicistico della regolamentazione delle spese di lite, occorre precisare che in dottrina, si è ampiamente discusso sul rapporto esistente tra gli artt. 91 e 92 c.p.c. Brevemente, secondo l'orientamento tradizionale, fondato sul principio di causalità, la compensazione delle spese di lite costituirebbe una semplice applicazione del principio generale; secondo altro orientamento, che sulla scorta dell'insegnamento chiovendiano guarda alla soccombenza nella sua oggettività, la compensazione delle spese si configurerebbe alla stregua di un'eccezione alla regola generale. Sul punto è utile il confronto con L.P. COMOGGIO, «art. 91 – Condanna alle spese», «art. 92 – Condanna alle spese per singoli atti. Compensazione delle spese», in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, I, Utet, 2012, pp. 1169-1224.

¹² Art. 370, comma 1 codice di procedura civile del 1865: «La parte soccombente è condannata alle spese». Secondo il comma 2 del medesimo articolo: «Quando concorrono motivi giusti, le spese possono dichiararsi compensate in tutto o in parte».

¹³ M. LOPINTO, *Compensazione delle spese ex art. 92 c.p.c.: origini, mutamenti legislativi e profili di ragionevolezza*, in *Il Caso.it*, 23 luglio 2018, <http://www.ilcaso.it/articoli>, p. 1.

¹⁴ L'immagine richiamata si riferisce, anacronisticamente, alla pubblica Amministrazione nell'ambito del regime dei rapporti di pubblico impiego prima della cd. privatizzazione, ove, come è noto, siffatti rapporti di lavoro erano regolati da un *corpus* normativo separato rispetto alla disciplina propria del Libro V del codice civile (art. 2129 c.c.) e venivano definiti di natura non contrattuale ma, appunto, “autoritativa” in funzione del preminente interesse pubblico ad essi sotteso ed erano conseguentemente costituiti e regolati da atti eteronomi come leggi, regolamenti ma, soprattutto provvedimenti amministrativi, con piena esclusione dell'autonomia privata, sia individuale che collettiva.

¹⁵ Come si legge nella Relazione al Disegno di Legge di conversione in Legge del D.L. n. 132/2014: «Nonostante le modifiche restrittive introdotte negli ultimi anni, nella pratica applicativa si continua a fare largissimo uso del potere discrezionale di compensazione delle spese processuali, con conseguente incentivo alla lite, posto che la soccombenza perde il suo naturale e rilevante costo, con pari danno per la parte che risulti aver avuto ragione. Con la funzione di disincentivare l'abuso del processo è previsto che la compensazione possa essere disposta dal giudice solo nei casi di soccombenza reciproca ovvero di novità della questione decisa o mutamento della giurisprudenza».

¹⁶ F. SCARPELLI, *ibidem*, che in proposito al “rischio” di condanna del lavoratore al pagamento delle spese di lite si esprime in tal senso: «[...] esso costituisce oggi, [...] il fattore che incide con maggior forza sulle possibilità e scelte del lavoratore nella tutela dei propri diritti, [...] al centro di un'evoluzione legislativa di segno oggettivamente regressivo che ha sostanzialmente assegnato prevalenza alla finalità deflazionistica del contenzioso (anche a costo, appunto, di una limitazione sostanziale delle possibilità di tutela dei diritti per i soggetti economicamente meno robusti): evoluzione rispetto alla quale un segnale di controtendenza viene dalla sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 19 aprile 2018 [...]».

Giacomo Romano
Avvocato

Diritto penale

Questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina intertemporale della c.d. legge spazzacorrotti: uno spinoso problema tra *favor rei* e *tempusregit actum*.

abstract

The decision discussed in this paper examines the constitutional and conventional problems posed by the law “sweeps corrupt” (article 6, co. 1, lett. b), L. 3/2019), which included the crimes against the public administration in the art. 4-bis L. 354/1975, with reference to the absence of intertemporal or transitory discipline.

keywords

Law Sweeps corrupt – Tempus regit actum – Intertemporal or transitory discipline.

abstract

Il provvedimento in esame analizza la tenuta costituzionale e convenzionale dell’art. 6, co. 1, lett. b), L. 3/2019 c.d. spazzacorrotti che ha incluso i reati contro la pubblica amministrazione nell’art. 4-bis L. 354/1975, con riferimento all’assenza di una disciplina intertemporale.

parole chiave

Legge cd. spazza corrotti – Tempusregit actum – Disciplina intertemporale.

La presente questione trae spunto dalla recente ordinanza emessa dalla Corte d’Appello di Lecce in data 4 aprile 2019, Pres. Scardia, Est. Errico, con la quale è stata sollevata questione di legittimità costituzionale con specifico riferimento alla disciplina intertemporale della disposizione della c.d. legge spazza-corrotti (art. 6, co. 1, lett. b, L. n. 3/2019) che, nell’estendere il regime dell’art. 4-bis, co. 1, L. 354/1975 al reato di peculato, non ne ha limitato gli effetti ai fatti commessi dopo l’entrata in vigore della riforma.

Questi i fatti: un soggetto veniva condannato con sentenza divenuta irrevocabile in data 1° gennaio 2019 alla pena di anni 7 e giorni 25 di reclusione per i reati di cui agli artt. 81, 110 e 314 c.p. La Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Lecce,

pertanto, emanava a carico del condannato ordine di esecuzione per la pena residua da espiare di anni 3, mesi 10 e giorni 2 di reclusione. Ciò in virtù dell’art. 4-bis L. 354/1975 che, come modificato dall’art. 6, co. 1, lett. b), L. 3/2019, c.d. spazzacorrotti, ha incluso i reati contro la pubblica amministrazione e, in particolare, il reato di cui all’art. 314, co. 1, c.p., tra i reati c.d. ostativi di prima fascia che impediscono la sospensione dell’ordine di esecuzione della pena.

Nel caso in esame, l’immediata applicazione da parte del PG di tale novella peggiorativa ha impedito la sospensione dell’ordine di carcerazione in forza della previsione dell’art. 656 c.p.p., altrimenti dovuta, atteso che la pena da espiare di cui all’ordine di carcerazione era inferiore ai quattro anni¹.

La questione non è di poco momento, involgendo questioni interpretative complesse, anche alla luce della recente giurisprudenza convenzionale sul punto. Si pone, invero, un problema di successione nel tempo di leggi che impone un accertamento relativo alla natura delle norme sulle quali ha inciso la riforma e che devono essere applicate alle situazioni concrete.

Difatti, dalla natura processuale o sostanziale della norma in esame discende l’operatività del principio *tempusregit actum* e, quindi, della nuova formulazione – più restrittiva – dell’art. 4-bis L. 354/1975, così come modificato dalla L. 3/2019; oppure l’efficacia del principio del *favor rei*, con conseguente applicazione della disciplina antecedente in materia di accesso alle misure alternative.

Infatti, la norma di cui all’art. 4-bis, co. 1, ord. penit., come modificata dalla Legge n. 3/2019, è stata sempre ritenuta dalla giurisprudenza di natura squisitamente processuale, vertendo in materia di esecuzione della pena, con la conseguente applicazione della regola del *tempusregit actum*.

¹ Va difatti considerato come, secondo il disposto dell’art. 656, co. 9, lett. a), la sospensione dell’ordine di esecuzione della sentenza di condanna ad una pena detentiva non superiore a quattro anni (per effetto anche la declaratoria d’incostituzionalità con sentenza della Corte Costituzionale 2 marzo 2018, n. 41) per il termine di trenta giorni al fine di consentire al condannato in stato di libertà di avanzare istanza di concessione di una delle misure alternative previste dalla L. n. 354 del 1975 – sospensione prevista dal comma 5 dello stesso articolo – non possa essere disposta nei confronti dei condannati per i delitti di cui al citato art. 4-bis.

Avuto riguardo al “diritto vivente”², sono da considerarsi norme processuali quelle concernenti l’esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa. Esse sono considerate, dunque, norme penali processuali e non sostanziali e, pertanto, ritenute soggette – in assenza di una specifica disciplina transitoria – al principio *tempus regit actum* e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall’art. 2 c.p. e dall’art. 25 Cost.³

Il principio, pur consolidato nella giurisprudenza (sia di legittimità che costituzionale⁴), non è seguito dalla più recente giurisprudenza della Corte Europea per i Diritti dell’Uomo che, ai fini del riconoscimento delle garanzie convenzionali, evidenzia come i concetti di illecito penale e di pena abbiano assunto una connotazione “antiformalista” e “sostanzialista”, privilegiandosi alla qualificazione formale data dall’ordinamento, la valutazione in ordine al tipo, alla durata, agli effetti nonché alle modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta⁵.

² Il riferimento va al consolidato orientamento della Corte di Cassazione che esclude la riconducibilità delle misure alternative alla detenzione all’art. 25, co. 2, Cost. e all’art. 2, co. 1, c.p., argomentando in base alla natura processuale della disciplina di dette misure, che le sottrarrebbe al divieto di irretroattività (Cass. S.U., 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, Rv. 233976)

³ Si veda sul punto Cass.pen., Sez. 1, n. 46649 del 11/11/2009, Nazar, Rv. 245511; Sez. 1, n. 11580 del 05/02/2013, Schirato, Rv. 255310 secondo cui: «le regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo non si applicano alle disposizioni concernenti l’esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, giacché queste attengono all’esecuzione e non all’irrogazione della pena e sono perciò sottoposte al principio *tempus regit actum*». Da ultimo anche Sez. VI, n. 535 del 14.3.2019

⁴ La giurisprudenza sinora consolidata ha sempre ribadito che le norme dell’ordinamento penitenziario avrebbero natura processuale e non sostanziale poiché non attengono né alla cognizione del reato, né all’irrogazione della pena, bensì alle modalità esecutive della pena (vedi per tutte Cass., Sez. I, 37578/2016 che ha ribadito un orientamento costante e consolidato in altre precedenti massime quali quelle di Cass., Sez. I, 46649/2009 e 33890/2009). La stessa Corte Costituzionale negli anni non ha mai smentito l’impostazione seguita dalla giurisprudenza nazionale ed europea ogni volta che si è dovuta pronunciare su casi del tutto analoghi, ad esempio in tema di semilibertà, ribadendo che la norma che regola il predetto istituto non incide affatto sull’ambito temporale di efficacia della legge penale in forza della quale fu emessa la sentenza di condanna, ma concerne soltanto l’applicabilità della diversa disciplina attinente al regime di espiazione della pena detentiva, già inflitta nel momento della entrata in vigore della disciplina stessa. (vedi per tutte, Corte Cost., ordinanza 280/2001).

⁵ In particolare, si cita la decisione assunta dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo in data 21 dicembre 2013, nel caso *Del Rio Prada contro Spagna*, con la quale – ravvisandosi una violazione dell’art. 7, seconda parte, C.E.D.U., ai sensi del quale «... non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso», (con riferimento alla misura della “*redención de penar por trabajo*” che consentiva uno sconto di pena di un giorno ogni due giorni di lavoro intramurario – abrogato con l’introduzione del nuovo codice penale del

Punto di partenza del ragionamento è la *ratio* dei principi introdotti dall’art. 25 della Costituzione, dall’art. 2 c.p. e dall’art. 7 C.E.D.U., ovvero quella di tutelare il cittadino rispetto ai possibili abusi del potere legislativo e di non consentire che si possano subire conseguenze penali afflittive in virtù di leggi che sono entrate in vigore successivamente alla commissione del fatto-reato.

Particolarmente efficace l’espressione utilizzata a tal proposito dal giudice costituzionale nella sentenza 196 del 2010, quando sottolinea che «... la garanzia di irretroattività sancita dall’art. 25 2° co Cost, interpretata anche alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani, e in particolare della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’art. 7 CEDU... impone di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto...».

La disciplina in esame, invero, cambiando in itinere le “carte in tavola” senza prevedere alcuna norma transitoria, presenta tratti di dubbia conformità con l’art. 7 C.E.D.U. e, quindi, con l’art. 117 Cost., là dove comporta, per il condannato, il passaggio – “a sorpresa” e dunque non prevedibile – da una sanzione “senza assaggio di pena” ad una sanzione con necessaria incarcerazione.

Non può negarsi, infatti, che quelle che vengono considerate norme meramente processuali, perché “attinenti alle modalità di esecuzione della pena”, siano in realtà norme che incidono sostanzialmente sulla natura afflittiva della pena: una modifica legislativa peggiorativa di tali norme, conseguentemente, può determinare gravi pregiudizi per il condannato e aggredire in modo significativo il bene della libertà personale.

D’altra parte è stata la stessa Corte EDU a sottolineare che è necessario «andare al di là delle apparenze» per valutare «se una data misura costituisca pena», verificando innanzitutto se essa «sia stata imposta a seguito di una condanna per un reato», per poi attribuire rilievo ad altri elementi, come «la natura e lo scopo della misura in questione, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione»⁶.

Restando in una ottica sostanzialista, dunque, non può non riconoscersi che il bene primario della libertà personale possa in concreto essere ugualmente aggredito tanto dalla legge penale cd. sostanziale, quanto dalla legge penale cd. processuale quando questa, al di là del *nomen iuris*, è in grado di comportare conseguen-

1995 ma mantenuto in via transitoria per i soggetti condannati sulla base del codice previgente – assimilabile quindi alla *liberazione anticipata* prevista dal nostro ordinamento – concludeva assoggettando al principio di irretroattività i trattamenti esecutivi sfavorevoli, abdicando a qualsivoglia approccio esasperatamente formalistico.

⁶ vedi per tutte la sentenza del 9 febbraio 2005, resa nella causa n. 307-A/1995, Welch contro Regno Unito.

ze afflittive⁷.

E tanto vale in modo particolare per l'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p. così come integrato dalle nuove disposizioni di legge entrate in vigore di recente poiché non sembra corretto introdurre deroghe al principio generale della sospensione delle pene brevi: appare francamente schizofrenica la scelta del legislatore di sottoporre ad una doppia valutazione antropologica la stessa persona inizialmente ritenendola meritevole di scontare la sua pena con modalità alternative e, poi, riconoscendo, invece, che è meritevole della misura detentiva.

Non può trascurarsi, infatti, che in precedenza il legislatore aveva adottato disposizioni transitorie finalizzate a temperare il principio di immediata applicazione delle modifiche all'art. 4-*bis* ord. penit., quali quelle contenute nell'art. 4 d.l. n. 13 maggio 1991, n. 152, e nell'art. 4, co. 1, L. 23 dicembre 2002, n. 279 (che inseriva i reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 cod. pen. nell'art. 4-*bis* cit.), limitandone l'applicabilità ai soli reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge.

Inoltre, non può non rilevarsi che i delineati profili di incostituzionalità attengono, a ben vedere, alla specifica esecuzione della sanzione, incidendo sulla sospensibilità o meno dell'ordine di esecuzione.

Ferma restando la natura processuale della norma in questione, la Corte d'appello di Lecce ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 1, lett. b), della L. 9 gennaio 2019 n.3, nella parte in cui ha inserito i reati contro la pubblica amministrazione, ed in particolare il reato di cui all'art. 314, co. 1, c.p., tra quelli ostativi alla concessione di alcuni benefici penitenziari ai sensi dell'art. 4-*bis* L. 26 luglio 1975 n.354, per rilevato contrasto con gli artt. 3, 25, co. 2, e 117 Cost. in riferimento all'art. 7 C.E.D.U., senza prevedere un regime transitorio che dichiarasse applicabile la norma ai soli fatti commessi successivamente alla sua entrata in vigore⁸.

⁷ Tale impostazione "sostanzialistica" è stata di fatto abbracciata dalla stessa Corte Costituzionale quando, ad esempio si è pronunciata sul tema della possibile applicazione retroattiva di nuove forme di confisca obbligatoria introdotte dal legislatore in conseguenza della commissione di alcuni reati: superando il mero riferimento nominalistico e formalistico al *nomen iuris* delle confische (che in quanto misure di sicurezza avrebbero dovuto sottostare al principio *tempus regit actum* previsto dall'art. 200 c.p.) la Corte Costituzionale si è preoccupata di sondare in concreto se le nuove misure introdotte avessero un contenuto afflittivo o comunque intrinsecamente punitivo e, ottenutane risposta positiva, ha concluso per l'inapplicabilità retroattiva nei confronti di coloro che avevano commesso reati prima della loro entrata in vigore (vedi per tutte Corte Costituzionale n. 196 del 2010 e, recentemente, Corte Costituzionale n. 223/2018).

⁸ Va sottolineato che i profili di dubbia legittimità costituzionale della norma sono stati già recentissimamente evidenziati dalla stessa Corte di Cassazione con la sentenza n. 12541 del 14 marzo 2019 la quale però ha rilevato che la questione, così come dinanzi a lei proposta, non era rilevante perché afferente non alla sentenza

Appare, invero, fonte di ingiustificata disparità di trattamento ex art. 3 Cost. la novella del 2019 che pone sullo stesso piano, sotto il profilo della esecuzione della pena, chi ha commesso il reato potendo contare su un impianto normativo che gli avrebbe consentito di non scontare in carcere una pena, eventualmente residua, inferiore a 4 anni, e chi ha commesso o commette il reato dopo l'entrata in vigore della L. 9 gennaio 2019 n.3.

Sotto altro profilo va, poi, rimarcato il valore pregnante dell'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p. poiché la possibilità di sospendere l'ordine di esecuzione funge da necessario complemento alla previsione delle misure alternative alla detenzione carceraria, scongiurando l'effetto desocializzante e criminogeno correlato al passaggio diretto in carcere del reo nei casi in cui lo stesso avrebbe avuto diritto alla misura alternativa.

Profili di dubbia costituzionalità, poi, emergono anche con riferimento all'art. 25, co. 2, Cost. per i riflessi sostanziali in punto di esecuzione della pena in concreto nonché con riferimento agli artt. 117 Cost. e 7 C.E.D.U. per la non prevedibilità della sanzione al momento della commissione del reato.

La questione è stata recentemente affrontata anche dalla Corte d'Appello di Milano con ordinanza 27 marzo 2019, Pres. Bricchetti. La Corte meneghina, tuttavia, non ha ritenuto rilevante la questione di costituzionalità anche poiché in quel caso la pena da scontare era superiore a quattro anni e, pertanto, l'ordine di carcerazione non era sospendibile ex art. 656, co. 5 c.p.p.; in ogni caso, la Corte ha comunque affermato che «dette questioni potranno, tuttavia, essere prospettate al Tribunale di sorveglianza qualora sia avanzata richiesta di concessione della detenzione domiciliare».

Si evidenzia, inoltre, che anche il Tribunale Napoli, Ufficio GIP, con ordinanza del 2 aprile 2019, Giud. Vertuccio ha recentemente sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, co. 1, lett. b) L. 3/2019 per contrasto con gli artt. 3, 24, 25, 27, 111, 117 Cost. (quest'ultimo integrato dal parametro di cui all'art. 7 C.E.D.U.) nella parte in cui la novella legislativa, ampliando il novero dei reati "ostativi" ai sensi dell'art. 4-*bis* L. 354/1975, includendovi i reati contro la Pubblica Amministrazione, ha mancato di prevedere un regime intertemporale.

Dunque, si tratta di un problema molto attuale e dibattuto e l'esistenza di un diritto vivente sul punto impedisce una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, rendendo sicuramente preferibile e condivisibile la via della rimessione della questione alla Corte costituzionale; tuttavianon si può escludere che, nelle more, la giurisprudenza nazionale interpreti la norma conformemente alla Costituzione

di patteggiamento oggetto del ricorso presentato, ma all'esecuzione della pena applicata con la stessa sentenza.

ed alla C.E.D.U. dichiarando la non applicabilità della norma di cui si discute al condannato.

Sarebbe, forse, opportuno superare la classica dicotomia in base alla quale si tende ad attribuire aprioristica natura sostanziale alle norme che influiscono sul *quantum* della pena e aprioristica natura processuale alle norme che incidono sulla qualità della pena, anche quando ne trasfigurino completamente il contenuto, così incidendo in modo significativo sulla libertà personale tanto quanto le variazioni del *quantum* della pena edittale.

Se l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce che «non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato» e se la Costituzione all'art. 25, co. 2, stabilisce che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso, non v'è da dubitare che applicare retroattivamente il divieto di esecuzione dell'ordine di sospensione di cui all'art. 656, co. 9, lett. a) c.p.p. significa in concreto sanzionare, in maniera pesantemente pregiudizievole, un soggetto che, all'epoca della commissione del relativo reato, poteva fare affidamento sull'esistenza di una disposizione penale che non prevedeva il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena, e, quindi, la carcerazione.

In assenza di una disciplina transitoria si potrebbe, quindi, anche legittimamente ritenere che la nuova norma introdotta dalla L. 3/19 – che ha inserito l'art. 314 c.p. nell'elenco di cui all'art. 4-*bis* c.p. richiamato dall'art. 656, co. 9, lett. a), c.p.p. – non possa trovare applicazione in tutti quei casi in cui essa assume un contenuto intrinsecamente affittivo e sanzionatorio.

Michele Arcangelo Lauletta

Avvocato

Diritto amministrativo

Eziopatogenesi giurisprudenziale dell'onere della prova nei giudizi tributari sugli oneri consortili: diagnosi e terapia.

abstract

In the tax ruling to challenge the demand for the quota fee as a consortium charge by the reclamation Consortium, in the form of a payment order or tax notice, it remains problematic to identify, in the distribution of the burden of proof, to whom it belongs to assert the imposition conditions of the tax, with obvious practical repercussions on the results of the judgments instituted.

keywords

Reclamation Consortium – Consortium Contribution – Tax Assumptions: Classification Plan, Contribution Perimeter, Consortium Benefit – Burden of Proof.

abstract

Nel giudizio Tributario, per impugnare la richiesta esattoriale della quota a titolo di onere consortile da parte del Consorzio di bonifica, nella forma dell'ingiunzione di pagamento o di cartella esattoriale, resta problematico individuare, nella ripartizione dell'onere della prova, a chi spetta asseverare i presupposti impositivi del tributo, con evidenti ricadute pratiche sugli esiti dei giudizi instaurati.

parole chiave

Consorzio di bonifica – Contributo consortile – Presupposti impositivi: piano di classifica, perimetro di contribuzione, beneficio consortile – Onere della prova.

La più recente giurisprudenza del giudice della legge¹ ed il giudice sulla legge², pur lumeggiando il terreno scosceso di una materia “*proteiforme*” e chiarendo molteplici aspetti afferenti la natura e la debenza del tributo, non rappresenta ancora un sicuro approdo nelle decisioni dei giudici di merito.

Invero, *in subiecta materia* i punti di interferenza e di necessario coordinamento di fonti statali, regionali

e regolamentari con i principi del diritto sostanziale e processuale tributario e amministrativo, lasciano spazio a decisioni di merito, che mutano i canoni del giudizio al mutare della prospettiva di indagine.

Il punto che si vuole analizzare e che rappresenta il campo elettivo delle maggiori frizioni tra aspettative di giudizio e i giudiziè quello della ripartizione dell'onere della prova, messo in relazione all'individuazione degli elementi costitutivi dell'“onere consortile” e dei presupposti della pretesa impositiva.

È necessario prendere le mosse dalle coordinate epistemologiche della richiamata giurisprudenza per evidenziare innanzitutto le poliedriche caratteristiche dell'“*onere consortile*” e per inquadrarne il trattamento processuale in tema di allegazione dei suoi elementi tipici, dai quali discende la pretesa impositiva.

In via generale, la potestà legislativa sulla materia della “*bonifica integrale e montana*”, prima della modifica del titolo V della Costituzione, risultava inclusa in quella della “*agricoltura e foreste*”, di competenza regionale³, nei limiti dei principi ricavabili dalla disciplina statale, contenuta nelle disposizioni del codice civile sulla bonifica (artt. da 857 a 865) e, prima ancora, del R.D. n. 215 del 1933⁴.

Con la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione⁵ non è più prevista la competenza legislativa in materia di “*agricoltura e foreste*”, che ora ricade nella competenza residuale del legislatore regionale, mentre la disciplina della bonifica si colloca in un più complesso e “*multifunzionale*”⁶ intreccio di

³ Corte Costituzionale, 24 luglio 1998, n. 326.

⁴ L'art. 59 del regio decreto 13 febbraio 1933, n. 215 (Nuove norme per la bonifica integrale), prevede che i consorzi di bonifica, per l'adempimento dei loro fini istituzionali, hanno il potere d'imporre contributi alle proprietà e che l'art. 860 del codice civile stabilisce che «I proprietari dei beni situati entro il perimetro del comprensorio sono obbligati a contribuire nella spesa necessaria per la esecuzione, la manutenzione e l'esercizio delle opere in ragione del beneficio che traggono dalla bonifica».

⁵ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione). Tale Legge ha modificato radicalmente il riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

⁶ Nel nuovo testo dell'art. 117 Cost. vengono infatti in rilievo, oltre alla competenza regionale residuale, che comprende molti aspetti della disciplina del settore agricolo (quarto comma), anche quella esclusiva dello Stato in materia di “*tutela dell'ambiente*” e “*dell'ecosistema*” (secondo comma, lettera s), nonché

¹ Corte Costituzionale, 24 ottobre 2018, n. 188.

² Corte Di Cassazione, Ordinanza 18 aprile 2018, n. 9511.

competenze legislative per materia.

Senza dire delle intersezioni tra temi e argomenti, come quello attinente alla regolamentazione e quantificazione della prestazione obbligatoria del contributo consortile, in cui viene in rilievo la disciplina dell'autonomia regionale nel sistema tributario, di competenza concorrente; o come quello che riguarda la disciplina dei profili processuali ed esattoriali, attinenti alla materia dell' "ordinamento civile", di competenza esclusiva del legislatore statale⁷.

Il fenomeno della bonifica del territorio è un'esigenza con finalità pubblicistiche risalente nel tempo⁸ e coltivata sino ai giorni nostri con la "redenzione" del territorio nazionale⁹, ad opera di consorzi "amministrativi" di bonifica (art. 55, R.D. n.215 del 1933)¹⁰, ai quali si attribuiscono funzioni esecutive, anche di natura esattoriale e programmatiche, restando in capo alle Regioni l'indirizzo politico generale, la vigilanza ed il controllo, nel quadro generale delle leggi statali¹¹

la competenza concorrente in materia di "governo del territorio" (terzo comma).

⁷ Ed è proprio nell'esercizio di questa multifunzionale competenza concorrente, che, dopo la riforma costituzionale del 2001, il legislatore statale è intervenuto dettando disposizioni in materia di riordino dei consorzi di bonifica. L'art. 27 del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria), convertito, con modificazioni, in legge 28 febbraio 2008, n. 31, ha previsto che le Regioni procedessero al riordino, anche mediante accorpamento o eventuale soppressione di singoli consorzi, dei consorzi di bonifica, secondo criteri definiti a seguito di intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, su proposta dei Ministri delle politiche agricole alimentari e forestali e delle infrastrutture.

⁸ Le prime opere di cui si ha notizia risalgono agli Etruschi del VI e V secolo a.C. poi continuate dai Romani e dai monaci di grandi abbazie, per giungere a legislazioni statali di fine Ottocento e inizio del Novecento, allorché il nostro Paese contava oltre due milioni di ettari di paludi, stagni, maremme, valli e acquitrini.

⁹ A. BAGNULO, *Bonifica. L'evoluzione legislativa. Le norme vigenti*, Roma, 1968, 18 e ss. La "redenzione" del territorio nazionale mediante l'esecuzione di opere volte a conseguire rilevanti vantaggi igienici, demografici, economici o sociali di quelle parti del territorio nazionale che, per dissesto idrogeologico o per altre cause fisiche o sociali, si trovino in condizioni arretrate di coltura ed appaiano suscettibili di notevoli miglioramenti.

¹⁰ G. MANFREDI, *La potestà legislativa sui consorzi di bonifica di fronte all'intreccio fra pubblico e privato*, in *Le Regioni*, 1999, I, 111-112; L. PALADIN, *I nuovi problemi dei consorzi di bonifica*, *ivi*, 1995, 265. La centralità del piano di bonifica e l'assetto del consorzio come soggetto con personalità giuridica pubblica che, consorziando i privati, svolge funzioni di interesse generale, restando lo stesso nella più ampia categoria del Consorzio amministrativo. Essi possono emanare regolamenti e deliberazioni soggetti al controllo di regolarità, legittimità e merito della Giunta regionale.

¹¹ TAR. Puglia - Bari, Sez. I Sentenza del 24 ottobre 2006, n. 3787, in *Foro amm.*: «Dall'esame della disciplina di legge in materia e della giurisprudenza, anche costituzionale, risulta confermata la natura dei Consorzi di bonifica quali enti economici a carattere non territoriale, partecipi di funzioni pubblicistiche delle regioni, destinati ad operare in materie rientranti nella com-

e dalle intese Stato- Regioni¹².

L'attività di bonifica si fonda su due elementi essenziali: il territorio ed il piano di bonifica. Il primo, definito comprensorio, il secondo serve a definire gli interventi da realizzare nel comprensorio. Fanno obbligatoriamente parte del consorzio i proprietari dei terreni ricadenti nel comprensorio o i titolari di altri diritti reali.

Ebbene, tra i compiti di istituto del consorzio per l'adempimento delle finalità istituzionali rientra anche quella di imporre il pagamento di un'imposta¹³ avente natura di onere reale¹⁴, che viene riscossa¹⁵ «mediante ruoli nelle forme e con le procedure previste per le imposte dirette erariali», nel termine di prescrizione quinquennale.¹⁶

petenza delle stesse, e come tali soggetti alla potestà legislativa regionale in dette materie».

¹² Intesa Stato-Regione datata 18 settembre 2008, che ha previsto che l'ambito territoriale di operatività dei Consorzi di bonifica, definito comprensorio di bonifica, è delimitato dalla Regione su cui insiste il territorio di competenza e, quanto ai contributi consortili, ha stabilito, come principio, che le spese del consorzio sono a carico dei consorziati "i cui immobili traggono beneficio dalle azioni dei Consorzi". Ha inoltre prescritto in particolare che "i contributi consortili devono essere contenuti nei limiti dei costi sostenuti per l'attività istituzionale".

¹³ Il contributo consortile di bonifica ha natura tributaria, conformemente alla sua struttura non sinallagmatica, e costituisce un contributo di scopo

¹⁴ Art. 10, comma 1, R.D. 13 febbraio 1933, n. 215, che trova successiva copertura costituzionale con l'art. 44 della Costituzione: «Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà "La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane.

¹⁵ Corte di Cassazione, Sez. 6, Ordinanza del 26 febbraio 2019, n. 5536. La riscossione dei contributi di bonifica è assoggettata al solo termine di prescrizione perché va effettuata, in forza dell'art. 21 del R.D. n. 215 del 1933, mediante ruolo con la semplice notifica della cartella senza necessità di un preventivo accertamento cui debba seguire la riscossione nel termine di decadenza ex art. 25 del D.P.R. n. 602 del 1973, non potendo neppure trovare applicazione l'art. 1, comma 161, della L. n. 296 del 2006 che, dettato in generale per i tributi locali, presuppone che la riscossione faccia seguito ad un atto impositivo divenuto definitivo. Ma di segno contrario si segnala Commissione Tributaria di Piacenza, Sentenza del 18 luglio 2017, n. 131: secondo questi giudici tributari in tema di riscossione dei diritti, i consorzi di bonifica non hanno più il potere di riscuotere i contributi mediante ruolo, per via dell'abrogazione dell'articolo 21 del R.D. 13 febbraio 1933, n. 215.

¹⁶ Cassazione Civile, Sez. Trib., sentenza del 12-04-2017, n. 9445. I contributi consortili di bonifica sono tributi locali che si strutturano come prestazioni periodiche, con connotati di autonomia, nell'ambito di una "causa debendi" di tipo continuativo, in quanto l'utente è tenuto al pagamento di essi in relazione al prolungarsi, sul piano temporale, della prestazione erogata dall'ente impositore o del beneficio da esso concesso, senza che sia necessario, per ogni singolo periodo contributivo, un riesame dell'esistenza dei presupposti impositivi. Essi, quindi, vanno considerati come obbligazioni periodiche o di durata e sono sot-

La *potestas judicandi* sulla debenza delle quote del contributo di bonifica è attribuita al giudice speciale della Commissione Tributaria della provincia dove insiste l'immobile, che decide su ogni questione relativa all'*an* o al *quantum* del tributo¹⁷, fatta eccezione per la fase dell'esecuzione¹⁸.

Tra le questioni processuali strettamente connesse a quella della ripartizione dell'onere della prova, si deve evidenziare il tema dell'esigibilità del contributo consortile sotto il profilo dei presupposti di imponibilità del tributo.

In primo luogo, nonostante non manchino opinioni discordanti¹⁹, i proprietari di immobili agricoli ed *extra* agricoli situati nell'ambito di un comprensorio di bonifica acquisiscono la qualità di consorzio-soggetti passivi di imposta²⁰, con la sola iscrizione degli immobili stessi nel perimetro di contribuzione, risultante dall'approvazione del "piano di classifica"²¹.

toposti alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4 codice civile. Anche dopo la notifica della cartella di pagamento i Contributi consortili si prescrivono in 5 anni.

¹⁷ Corte di Cassazione, Sez. Un., Sentenza del 03 Maggio 2016, n. 8770. "I contributi spettanti ai consorzi di bonifica ed imposti ai proprietari per le spese relative all'attività per la quale sono obbligatoriamente costituiti rientrano nella categoria generale dei tributi e le relative controversie, insorte dopo il primo gennaio 2002, sono devolute alla giurisdizione delle Commissioni Tributarie, in applicazione dell'art. 2 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, nel testo modificato dall'art. 12 della legge 28 dicembre 2001, n. 448, il quale ha esteso la giurisdizione tributaria a tutte le controversie aventi ad oggetto tributi di ogni genere e specie" (Corte di Cassazione, Sez. Un., Sentenza del 5 febbraio 2013, n. 2598).

¹⁸ Corte Costituzionale, 31 maggio 2018, n. 114. Ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 57, comma 1, lettera a), del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 (Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito), come sostituito dall'art. 16 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46 (Riordino della disciplina della riscossione mediante ruolo, a norma dell'articolo 1 della legge 28 settembre 1998, n. 337), nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 del d.P.R. n. 602 del 1973, sono ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 del codice di procedura civile.

¹⁹ Corte Cassazione, Sez. Un., del 1998 n.968. Non è sufficiente la mera inclusione dell'immobile nel territorio appartenente al Consorzio perché si possa presumere il beneficio in favore del contribuente, richiesto dagli artt. 860 c.c. e 10 del R.D. 13 febbraio 1933, n. 215. Per potere assoggettare a contribuzione detti beni è, invece, necessario che gli stessi, oltre ad essere ricompresi nel perimetro di contribuzione, abbiano o possano potenzialmente conseguire un beneficio particolare dall'esecuzione delle opere di bonifica (in tal senso Corte Cassazione, Sez. Civ., n. 7511 dell'8 luglio 1993).

²⁰ "Il contributo consortile di bonifica è costituito dalle quote dovute da ciascun consorzio per il funzionamento dei Consorzi ed è applicato secondo i seguenti criteri: a) per le spese afferenti al conseguimento dei fini istituzionali, indipendentemente dal beneficio fondiario; b) per le spese riferibili al successivo art. 24, comma 1, lettera b), sulla base del beneficio".

²¹ Corte Costituzionale, 24 ottobre 2018, n. 188. «Il sistema di riparto prevede, quindi, la preliminare individuazione, all'inter-

Sul punto è necessario rilevare come la giurisprudenza di legittimità²² richieda per esigere il tributo, un'indagine sul "vantaggio" diretto e specifico, conseguito o conseguibile dal singolo fondo a causa della bonifica, idoneo a tradursi in una qualità del fondo stesso.

Ciò non contrasta con la natura tributaria e non sinallagmatica del contributo consortile di bonifica, poiché la sussistenza del necessario beneficio per il consorzio-contribuente è il presupposto che legittima l'imposizione di una prestazione obbligatoria di natura tributaria, in quanto è solo il miglioramento che deriva all'immobile del consorzio, che consente di assicurare la capacità contributiva del consorzio.

Ulteriore punto di snodo, che si pone come elemento dirimente sulla ripartizione dell'onere della prova è per l'appunto l'eventuale adozione del piano di classifica²³, che ingenera una presunzione di vantaggio dell'attività di bonifica svolta dal consorzio per i fondi ricompresi nell'area di intervento.

Orbene, le coordinate ermeneutiche offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, non resistono alle decisioni di merito delle Commissioni Tributarie²⁴, che in punto di asseverazione spesso adottano soluzioni con criteri distanti dalle direttive tracciate dalla più recente e citata giurisprudenza, addossando la prova dei presupposti impositivi, ora al consorzio ora al contribuente.

Ebbene, nell'ipotesi in cui al contribuente venga chiesto il pagamento del contributo, si rende comunque necessario ed utile delineare l'ambito entro cui dovrebbero muoversi le decisioni, in modo tale da figurare un cordolo di sicurezza all'imprevedibilità delle stesse.

Deve, in via di generale, rappresentarsi come anche nel processo tributario vige la regola di giudizio, che trova evidenza nella massima di tradizione romanisti-

no del – comprensorio – di bonifica (coincidente con l'ambito territoriale in cui opera l'ente) di un perimetro di contribuzione (coincidente con l'insieme degli immobili destinatari di benefici diretti, indiretti e potenziali, derivanti dall'attività di bonifica agli immobili ricadenti nei comprensori), e di indici di contribuzione per ciascun immobile, evidentemente e ragionevolmente finalizzati al riparto delle contribuzioni».

²² *Ex plurimis*, Corte di cassazione, Sez. Civ., Sentenza del 15 maggio 2013, n. 11801.

²³ Il piano di classifica degli immobili per il riparto degli oneri consortili è lo strumento tecnico-amministrativo mediante il quale il Consorzio provvede all'individuazione, sulla base di indici tecnici ed economici, dei benefici specifici che gli immobili ricadenti all'interno del comprensorio consortile traggono dall'attività di bonifica.

Esso garantisce il corretto esercizio del potere impositivo del Consorzio grazie ad un'individuazione puntuale dei benefici apportati a ciascun immobile. È, quindi, una sorta di tabella millimetrica per il riparto delle spese dell'attività di bonifica.

²⁴ *Ex plurimis* ed in senso speculare, ma diametralmente opposto Commissione Tributaria provinciale Napoli, Sentenza del 21 settembre 2009, n. 609 e Commissione Tributaria provinciale Napoli, Sentenza del 12 marzo 2019, n. 112872.

ca, per cui *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*²⁵, trovando altresì accoglimento tuttaquella giurisprudenza in tema di vicinanza della prova²⁶ e presunzioni legali.

Esemplificando, si può affermare che il consorzio di bonifica, quando vanta una maggiore pretesa tributaria, assume il ruolo di attore in senso sostanziale. Da tale posizione processuale deriva che su di esso incomberebbe l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa tributaria, individuati nel "vantaggio" diretto e specifico ricevuto dall'immobile e dell'iscrizione degli stessi nel perimetro di contribuenza.

Spetterebbe invece al contribuente, che è attore in senso formale, l'onere di provare qualsiasi fatto impeditivo, estintivo o modificativo della pretesa tributaria. Quando però operano presunzioni legali²⁷ a favore del consorzio che lo dispensano da qualunque prova, si realizza una inversione dell'onere della prova a carico del consorzio, che torna ad essere onerato della prova negativa del presunto "vantaggio" diretto e specifico ricevuto dall'immobile.

Così delineate le regole di giudizio in tema di allegazione di onere della prova appare utile in conclusione enucleare almeno due distinte ipotesi nelle quali varia il riparto dell'onere probatorio.

La prima si individua quando l'immobile, è inserito nel perimetro di contribuenza, di tal ché la relativa qualificazione dello stesso e la quantificazione del contributo consortile è già stata effettuata nell'ambito e nel momento in cui viene adottato il piano di classifica. In tale ipotesi l'onere della prova grava a carico del contribuente. Invero, l'adozione del piano di classifica ingenera una presunzione *juris tantum* di vantaggiosità dell'attività di bonifica svolta dal consorzio per i fondi ricompresi nell'area di intervento.

In tal caso il contribuente, per neutralizzare l'operatività della presunzione deve specificatamente e pre-

liminarmente impugnare²⁸ il piano di classifica²⁹, cosicché la vantaggiosità diretta e specifica torna a dover essere provata dal consorzio che la deduca, secondo lo schema generale di cui all'art. 2697 c.c.³⁰.

È utile altresì dar conto anche delle forme e del contenuto dell'impugnazione del piano di classifica da parte del consorzio, che può avvenire in sede di giudizio tributario, anche in assenza di impugnativa diretta in sede amministrativa e deve riguardare sia il profilo della sua obiettiva inesistenza, sia il profilo dei criteri adottati per la determinazione del contributo. Spetterà poi al giudice tributario disapplicare, ex art. 7, 5° co., d.lgs. 546/92, il piano di classifica medesimo, in quanto illegittimo.

La seconda si individua quando manca il perimetro di contribuenza o la valutazione dell'immobile nel piano di classifica. In tal caso grava sul consorzio l'onere di provare la qualità, in capo al contribuente, di proprietario di immobile sito nel comprensorio e il conseguimento da parte del bene, a causa delle opere eseguite, di concreti benefici, essendo irrilevante a tal fine il catasto consortile, avente mere finalità reparatorie.³¹

Vale la pena infine rievocare le parole di Antonio Genovesi per ricordare che alla base di ogni regolazione di situazioni giuridiche risiedono necessità, che

²⁸ Corte di Cassazione, Sez. Un., del 14 maggio del 2010 n. 11722. Quando l'atto impositivo emesso «per la riscossione dei contributi di bonifica sia motivata con riferimento ad un "piano di classifica" approvato dalla competente autorità regionale, la contestazione di tale piano da parte di un consorzio, in sede di impugnazione della cartella, impedisce di ritenere assolto da parte del Consorzio il proprio onere probatorio, ed il giudice di merito deve procedere, secondo la normale ripartizione dell'onere della prova, all'accertamento dell'esistenza di vantaggi fondiari immediati e diretti derivanti dalle opere di bonifica per gli immobili di proprietà del consorzio stesso situati all'interno del perimetro di contribuenza; in quanto, se la (verificata) inclusione di uno (specifico) immobile nel perimetro di contribuenza può essere decisiva ai fini della determinazione dell'"an" del contributo, determinante ai fini del "quantum" è l'accertamento della legittimità e congruità del "piano di classifica" con la precisa identificazione degli immobili e dei relativi vantaggi diretti ed immediati agli stessi derivanti dalle opere eseguite dal Consorzio».

²⁹ Corte di Cassazione, Sez. Un. del 30 ottobre 2008, n. 26009. «In tema di contributi consortili, Quando l'atto impositivo emesso per la riscossione dei contributi medesimi sia motivata con riferimento ad un "piano di classifica" approvato dalla competente autorità regionale, è onere del contribuente che voglia disconoscere il debito contestare specificamente la legittimità del provvedimento ovvero il suo contenuto, nessun ulteriore onere probatorio gravando sul Consorzio, in difetto di specifica contestazione. Resta ovviamente ferma la possibilità da parte del giudice tributario di avvalersi dei poteri ufficiosi previsti dall'art. 7, d.lgs. n. 546 del 1992, ove ritenga necessaria una particolare indagine riguardo alle modalità con le quali il Consorzio stesso è in concreto pervenuto alla liquidazione del contributo».

³⁰ Corte di Cassazione. Sez. Trib., del 18 maggio 2016 n. 12576.

³¹ Corte di Cassazione Sez. Trib., del 29 settembre 2004 n. 19509; Commissione Tributaria Regionale del Lazio sez. X, n. 57 del 19/04/2005.

²⁵ Enunciazioni di tale principio si possono riscontrare nei *Digesta* (22, 3, 21) in cui si leggono le parole del giurista PAOLO "Probatio ei incumbit qui dicit, non qui negat" (*spetta a chi dice, non a chi nega*) e "semper necessitas probandi incumbit illi qui agit".

²⁶ Cassazione civile, Sez. VI, ordinanza 3 aprile 2018, n. 8084. Deve esser provata dal contribuente, che è più prossimo del Fisco all'oggetto della prova e al quale risulta quindi più agevole fornire la prova.

²⁷ A tal proposito, si evidenzia infine che le presunzioni legali si distinguono in: relative, quando l'ente impositore si limita alla dimostrazione del c.d. fatto base del meccanismo presuntivo ed al contribuente spetta fornire la prova contraria; assolute, quando il c.d. fatto noto è equiparato al c.d. fatto presunto e non è ammessa alcuna prova contraria.

impattano sul piano economico e sociale, le quali rappresentate, come anche nel caso dei consorzi di bonifica, il volano della crescita di un territorio e con esso di una nazione: «Disseccate le lagune e le paludi e mettetele a cultura, disboscate gli inutili boschi, promovete la coltivazione degli luoghi inculti e avrete dilatata l'estensione dei vostri terreni così resa la nazione più grande³²».

³² Lezioni di Commercio o sia d'Economia civile di Antonio Genovesi pubblicata nel 1765 a Napoli, "appresso i Fratelli Simone".

Recensioni

IL CONTENZIOSO BANCARIO
di Leonardo Di Brina e Francesca Picardi 540
di Mario de Bellis



Il Contenzioso Bancario

di Leonardo Di Brina e Francesca Picardi

Il volume offre un'ampia panoramica delle controversie che più di frequente interessano i rapporti tra banca e clienti, analizzando le principali questioni interpretative ed i relativi risvolti teorici e pratici. Un'attenzione particolare è anche dedicata alle novità legislative e giurisprudenziali che hanno inciso sulle vicende giudiziarie relative alla tutela dei risparmiatori, nonché alla trasparenza dei contratti bancari, all'anatocismo, alla determinazione delle commissioni bancarie e alla facoltà di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali.

L'aspetto genetico e fisiologico dei contratti bancari viene affrontato dal Prof Di Brina nei primi capitoli del Volume, analizzando in particolare gli obblighi di trasparenza nella fase preliminare e quelli informativi e di condotta nella redazione dei contratti. Uno specifico capitolo è dedicato alle modifiche unilaterali delle condizioni contrattuali, con un approfondimento dello *ius variandi* e dei suoi limiti, nonché della facoltà di recesso da parte del cliente.

La dott.ssa Picardi, poi, affronta la fase patologica dei contratti bancari, svolgendo un'analisi estremamente dettagliata delle note problematiche relative all'anatocismo, agli interessi usurari e alla commissione di massimo scoperto. Questa parte del volume rappresenta un valido strumento teorico-pratico di supporto agli operatori del diritto, sia avvocati che magistrati, che ogni giorno affrontano questa materia in continua evoluzione tanto legislativa che di interpretazione giurisprudenziale. Particolarmente interessante risulta anche il capitolo che affronta l'accesso alla tutela giudiziaria nelle controversie bancarie, analizzando sia la mediazione obbligatoria che l'arbitrato bancario e finanziario.

La specifica analisi delle azioni tipiche del diritto bancario rappresenta una guida tecnico-giuridica completa del contenzioso in materia.

Il capitolo relativo all'abuso del diritto consente al lettore di ricevere una valida casistica ed un punto di vista oggettivo per analizzare correttamente caso per caso il comportamento dell'istituto bancario nei rapporti con il cliente, ed in particolare con il cliente imprenditore.

Infine, completano il quadro, gli ultimi due capi-

toli che affrontano il contenzioso bancario nella crisi di impresa, analizzando anche i presupposti della revocatori fallimentare delle operazioni e delle rimesse bancarie.

Il volume in commento rappresenta un punto di riferimento per gli operatori del settore.

Nomen omen: il volume *Contenzioso Bancario* affronta sia dal punto di vista degli istituti che dei clienti i rapporti bancari e i relativi sviluppi giudiziari in maniera completa ed esaustiva, ponendosi come punto di riferimento per gli istituti bancari nella valutazione della loro condotta, per gli avvocati nella redazione degli atti giudiziari e per i magistrati nella risoluzione del contenzioso.

Indice delle sentenze

Diritto Civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. un., 22.03.2019, n. 8230
(con nota di Tarroux)
- Cass., sez. un., 25.03.2019, n. 8313
(con nota di Alfano)
- Cass., sez. V, 07.06.2019, ord. n. 15471 s.m.
- Cass., sez. un., 12.06.2019, n. 15750 s.m.
- Cass., sez. un., 13.06.2019, n. 15895 s.m.
- Cass., sez. un., 14.06.2019, n. 16123 s.m.
- Cass., sez. II, 05.07.2019, n. 18201 s.m.
- Cass., sez. un., 08.07.2019, ord. n. 18257 s.m.
- Cass., sez. un., 08.07.2019, ord. n. 18265 s.m.
- Cass., sez. III, 09.07.2019, n. 18325 s.m.
- Cass., sez. un., 09.07.2019, ord. n. 18350 s.m.
- Cass., sez. un., 10.07.2019, n. 18520 s.m.

TRIBUNALE

- Corte App. Napoli, IV sez. civ., 29.01.2019, n. 432
(con nota di Scuotto)
- Corte App. Napoli, IV bis sez. civ., 09.04.2019, n. 1962 (con nota di Sorrentino)
- Trib. Sciacca, 06.05.2019 s.m.
- Trib. Firenze, 08.05.2019 s.m.
- Trib. Lecce, 10.05.2019 s.m.
- Trib. di Velletri, 14.05.2019 s.m.
- Trib. Venezia, 16.05.2019 s.m.
- Corte App. Milano, 22.05.2019 s.m.
- Trib. Verona, 23.05.2019 s.m.
- Trib. Milano, 30.05.2019 s.m.
- Trib. Roma, 17.06.2019 s.m.
- Trib. Asti, 27.06.2019 s.m.

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass., sez. un., 25.10.2018, n. 22533 s.m.
- Cass., sez. 2, 21.02.2019, n. 22534 s.m.
- Cass., sez. 3, 14.03.2019, n. 25546 s.m.
- Cass., sez. 3, 15.03.2019, n. 10801
(con nota di Loconte e Mentasti)
- Cass., sez. 2, 19.03.2019, n. 21460 s.m.

- Cass., sez. 2, 21.03.2019, n. 22493 s.m.
- Cass., sez. 5, 22.03.2019, n. 22831 s.m.
- Cass., sez. 5, 26.03.2019, n. 21135 s.m.
- Cass., sez. 2, 17.04.2019, n. 21726 s.m.
- Cass., sez. 5, 17.04.2019, n. 22842 s.m.
- Cass., sez. un., sent. 18.04.2019, n. 24906
(con nota di Pignatelli)
- Cass., sez. 2, sent. 24.04.2019, n. 22503 s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Nola, 18.12.2018, n. 3090
(con nota di Vicentini)
- Trib. Nola, G.o.t., 7.02.2019, n. 368 s.m.
- Trib. Nola, coll. D), 5.03.2019, n. 652 s.m.
- Trib. Nola, G.o.t., 7.03.2019, n. 687 s.m.
- Trib. Nola, G.M., 1.04.2019, n. 965 s.m.
- Trib. Nola, G.M., 11.04.2019, n. 1119 s.m.
- Trib. Nola, G.o.t., 17.05.2019, n. 1369 s.m.
- Trib. Avellino, G.M., 27.06.2019, n. 1576 s.m.

G.I.P./G.U.P

- Trib. Napoli, G.U.P., 4.03.2019, n. 346 s.m.

Diritto amministrativo

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

- T.A.R. Napoli, sez. VI, 04.04.2019, n. 1880 s.m.
- T.A.R. Napoli, sez. VIII, 08.04.2019, n. 1929 s.m.

CONSIGLIO DI STATO

- Cons. di Stato, sez. III, 25.03.2019, n. 1937 s.m.
- Cons. di Stato, sez. III, 25.03.2019, n. 1980 s.m.
- Cons. di Stato, sez. V, 27.03.2019, n. 2020 s.m.
- Cons. di Stato, sez. V, 28.03.2019, n. 2065 s.m.
- Cons. di Stato, sez. V, 01.04.2019, n. 2123 s.m.
- Cons. di Stato, sez. V, 05.04.2019, n. 2242 s.m.
- Cons. di Stato sez. V, 12.04.2019, n. 2407 s.m.
- Cons. di Stato, sez. V, 12.04.2019, n. 2387 s.m.
- Cons. di Stato, sez. IV, 15.04.2019, n. 2429 s.m.
- Cons. di Stato, Ad.Pl., 21.05.2019, n. 8 s.m.

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. un., 08.03.2019, ord. n. 6882 s.m.

Cass., 28.03.2019, n. 8627

Cass., sez. VI, 03.04.2018, n. 8094

(con nota di Treglia)

Cass., sez. V, 11.04.2019, n. 10124 s.m.

Cass., 11.04.2019, ord. n. 10156 s.m.

Cass., 30 aprile 2019, n. 11415 s.m.

Diritto Internazionale

CORTE DI GIUSTIZIA

Corte giust., Seconda Sezione, C724/17, 14.03.2019

(con nota di Cinque)

Corte giust., Seconda Sezione, C-100/18, 20.06.2019

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

CEDU, ric. n. 57433/15, 14.02.2019

CEDU, ric. n. 6080/06, 28.02.2019

CEDU, ricorso n. 12267/165, 07.03.2019

CEDU, 11.04.2019, parere su protocollo n. 16

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

CIG, 21.01.2019

CIG, 30.01.2019

CIG, 15.02.2019

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

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

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 40 86

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 081 556 40 86
- @ **per email** a: info@giapeto.it