Gazzetta FORENSE

DIRETTORE RESPONSABILE
Roberto Dante Cogliandro

novembre - dicembre 2019

Gazzetta FORENSE

Bimestrale
Anno 12 - Numero 6 - Novembre/Dicembre 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 Arditurro, 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 Locoratolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Raffaele Manfrellotti, Gaetana Marena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Vincenzo Pappa Monteforte, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Flora Pirozzi, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

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

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 Nastri, 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

Diritto delle imprese in crisi a apparato sanzionatorio 853
di Francesco Fimmanò

Diritto e procedura civile

Il licenziamento al tempo di Facebook 858
di Martina Valiante

Sulla nullità della fideiussione omnibus secondo lo schema ABI.
Nota a Cassazione civile, sezione I, sentenza n. 24044/2019 del 26/9/2019 860
di Enrico Maria Buonfantino

Sull'influenza delle menomazioni preesistenti per il calcolo del danno differenziale.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, 11 novembre 2019, n. 28986 866
di Gaetano Scuotto

La Consulta torna a parlare e discutere in merito alla vita.
Nota a Corte cost., 23/10/2019, n. 221 880
di Manuela D'Andrea

Rassegna di legittimità 892
a cura di Mario De Bellis

Rassegna di merito 895
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano

Diritto e procedura penale

Celebrato il giudizio di primo grado con le forme di ricorso in appello, l'imputato può dedurre il carattere ingiustificato del diniego da parte del giudice di primo grado sulla richiesta di messa alla prova? La Corte di Cassazione chiarisce sul punto.
Nota a Cassazione Penale, Sezione VI, sent. 31ottobre 2019, n. 47109 900
di Angela Vassallo

Le contestazioni relative al principio di immutabilità del Giudice. La decisione delle Sezioni unite.
Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentenza del 10 ottobre 2019, n. 41736 905
di Alessandra Agrillo

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 909
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 914
a cura di Andrea Alberico

Rassegna di merito 917
a cura di Giuseppina Marotta

Diritto amministrativo

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture
(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50) 922
a cura di Almerina Bove

Diritto tributario

Fisco 4.0. i primi passi della fattura e dello scontrino elettronico 926
di Giuseppe Saporito, Elisa Pinchera, Nicola Albanese

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE 937
a cura di Maria Pia Nastri

Diritto internazionale

Rassegna di giurisprudenza di Diritto dell'Unione europea 940
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
Compatibilità della normativa italiana con i principi comunitari in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizio: sussistenza o meno della colpa grave in capo agli agenti operanti il sequestro penale e risarcibilità dei danni subiti dal *bookmaker*. 944
di Sascha Ferrillo

Diritto penale
È ammissibile la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione ex art. 314 c.p.p. motivata da insufficiente organizzazione dei servizi pubblici? 949
di Francesca Maria Ricciardi

Diritto amministrativo
L'operatività nei giudizi amministrativi del principio del legittimo affidamento processuale. 953
di Daniele Vitale

Novità legislative

Abolizione della protezione umanitaria e retroattività della riforma 958
di Elvira Buzzelli

Il nuovo reato di *Revenge porn* (art. 612-*ter* c.p.) 964
di Emanuele Florio

Il "nuovo" art. 583-*quinquies* c.p.: "Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso" 968
di Maria Cristina Misaggi

Recensioni

"Manuale di diritto privato"
di Francesco Gazzoni, Edizioni Scientifiche Italiane, febbraio 2019 974
di Maria Rosaria Chiaro

Indice delle sentenze 976

Sommario annuale 978

Francesco Fimmanò
Professore Ordinario di Diritto Commerciale – Direttore scientifico Università Mercatorum

Editoriale
Diritto delle imprese in crisi e apparato sanzionatorio

Le riforme di questi anni in materia societaria, fallimentare e tributaria hanno *spostato l'asse* dell'ordinamento del diritto delle imprese verso l'area penalistica. D'altra parte ciò è anche frutto della scelta di accentuare la tutela risarcitoria in luogo di quella reale in quanto l'inefficienza dell'esecuzione civilistica dei diritti apre inevitabilmente alla ricerca di una tutela penalistica. Basti pensare all'esponenziale aumento dei sequestri, nelle varie forme, specie per equivalente.

Ma in realtà l'efficienza del sistema dipende anche dalla "politica criminale", considerato che ad esempio il triplicarsi dei fallimenti negli anni scorsi ha generato la triplicazione dei processi di bancarotta, che non è certo frutto della mutazione genetica di un popolo e della sua capacità criminale. La politica criminale è uno strumento di osservazione, funzionale alla creazione ed all'applicazione della norma penale al fine di renderla "efficiente".

Come la vicenda di "Tangentopoli" dimostrò, se i fatti di rilevanza penale sono troppi, se la criminalità in un certo comparto è talmente diffusa da dare l'impressione di essere *ubiquitaria*, il sistema della giustizia penale, molto semplicemente, non può farsene carico. *A posteriori*, non potrà che notarsi come i Tribunali abbiano potuto condannare solo taluni episodi, lasciando gli altri *insabbiati* dalla prescrizione, o più semplicemente dal dimenticatoio. Guardando a quel passato i pochi condannati appaiono capri espiatori, vittime di una sorta di "vendetta" collettiva, visto che sono i soli ad aver pagato per colpe molto più diffuse.

Inquadrata in quest'ottica specifica, la politica criminale ha un notevole influsso sul sistema di prevenzione della criminalità, tentando di creare un'alternativa a quella che sino ad oggi è considerata l'unica strada percorribile dallo Stato: la repressione "*ex post*" del reato commesso. La prevenzione deve essere un investimento per il futuro con connessioni a tutti i problemi della prognosi e della valutazione dei risultati.

Il *codice della crisi*, anche nella versione corretta di fine 2019, ci pare poco attento alla questione, sin dalla relativa legge delega.

La letteratura economica attribuisce al diritto delle imprese in crisi innanzitutto il compito di massimizzare il valore *ex post* dell'impresa mediante la riduzione dei tempi di svolgimento ed i costi (diretti ed indiretti) della procedura ed in secondo luogo mirando a *riallocare* i beni in modo ottimale e cioè secondo criteri che ne assicurino la massima valorizzazione. Si tenga conto che le procedure di insolvenza sono *costose*, nel senso che consumano esse stesse una parte dell'attivo residuo, sottraendolo alla somma su cui i creditori possono soddisfarsi.

Tra i costi indiretti della procedura concorsuale vi sono quelli derivanti dalla sostituzione nella funzione di controllo dell'impresa dell'organo giudiziario o amministrativo ai creditori i quali sono direttamente e patrimonialmente interessati a far valere le prerogative riconosciute in caso di inadempimento e meglio informati. Il controllo spettante agli azionisti sulla società *in bonis* dovrebbe infatti passare in caso di insolvenza ai creditori che si dovrebbero sostituire ai primi quali nuovi *residual claimants*. Viceversa le legislazioni fallimentari prevedono spesso l'affidamento della gestione del patrimonio a soggetti privi di incentivi e non adeguatamente controllati con conseguenti inefficienze e costi di delega (c.d. *agency cost*).

Nel nostro Paese esiste uno svantaggio competitivo rappresentato dai costi direttamente connessi all'inefficienza delle procedure concorsuali. I dati precedenti e successivi alle riforme hanno conclamato che le spese e la durata di queste ultime erano di gran lunga le più elevate d'Europa e contemporaneamente le percentuali di recupero tra le più basse in assoluto. Il fondo monetario internazionale e le Corti comunitarie hanno a diverso titolo stigmatizzato il problema. Si è osservato, qualche anno fa, che usando come strumento di valutazione dell'efficienza normativa i parametri di Basilea due l'azione di recupero nel nostro ordinamento costa ai creditori di più che in ogni altro Paese a capitalismo avanzato con una pesante ricaduta sul costo del denaro e sulla competitività del sistema.

Le diseconomie in caso di crisi possono evidentemente variare molto a seconda dell'ambiente normativo in cui ci si trova a operare. La situazione finisce con l'incidere da un lato sul livello dell'onerosità e della disponibilità del credito bancario, dall'altro, su quello del costo dell'insuccesso del progetto legato all'investimento ossia sul livello del premio di rischio. La letteratura economica in genere è ricca di contributi in cui si verifica analiticamente ed empiricamente "la relazione tra limitazioni nella concessione del credito – razionamento e alti tassi di interesse – e qualità della normativa e dell'*enforcement* giudiziario sui quali può contare il creditore nel recupero di una somma prestata".

I creditori finanziari hanno l'interesse e la possibilità di scaricare sui debitori i costi del diritto delle imprese in crisi attraverso la maggiorazione dei tassi, il *multiaffidamento* (ad un importo o ad una durata media inferiore) ed il razionamento del credito. La convenienza del debitore è diversa da quella vista dalla prospettiva del creditore in relazione ai medesimi affari: in un mercato perfetto, senza costi di transazione, ciò che dovrebbe «succedere è un aumento degli interessi pretesi dal creditore, in connessione con la maggiore rischiosità degli investimenti operati dal debitore». La correlata ottimizzazione dell'erogazione del credito è connessa alla possibilità per i creditori di accedere alle informazioni necessarie, di svolgere un adeguato monitoraggio sul comportamento del debitore e di avere, appunto, adeguati strumenti di tutela.

In parallelo, tutto questo ha generato la ritardata, o talora mancata, riallocazione dei valori aziendali, dei fattori produttivi e degli stessi rischi assunti, rimasti per anni ingessati nelle imprese fallite fino ad essere del tutto annullati, invece di rientrare rapidamente in circolo. Non a caso il nostro Paese dopo le recessioni ha vissuto fasi di ripresa del ciclo economico molto più lente. E ciò soprattutto in conseguenza del fatto che la struttura produttiva italiana è caratterizzata dalla rilevanza numerica delle piccole imprese più esposte ai rischi derivanti da questa situazione.

Accanto alla finalità dell'efficienza *ex post*, la letteratura riconosce alla legislazione fallimentare altri due obiettivi ovvero quello di massimizzare l'efficienza *ex ante* e quello di garantire l'efficienza nella fase intermedia (*pre-insolvency*).

Si tenga conto infatti che i c.d. *costi di agenzia del debito* sono quelli derivanti dal monitoraggio del proprietario-manager (*monitoring)*, quelli necessari affinché egli si vincoli credibilmente al rispetto del contratto con i creditori (*bonding*), nonché i costi del fallimento *(bankruptcy costs)* la cui incidenza aumenta all'aumentare del rischio di credito. Orbene nel caso di debiti contratti dall'impresa, l'agente può fare scelte che non sono indifferenti per il creditore, in quanto incidono sul valore atteso del suo *claim* ovvero sulla probabilità che il contratto di debito venga adempiuto.

Tra queste vi è innanzitutto la decisione di ricorrere a nuovo capitale di debito, se il tasso d'interesse sul debito precedente era stato calcolato partendo dal presupposto che l'impresa non si sarebbe ulteriormente indebitata (c.d. *claim dilution).* In questo modo il numero dei creditori e la leva del debito aumentano e di conseguenza, da una parte aumenta il rischio di insolvenza e dall'altra diminuisce la quota di risarcimento attesa dai vecchi creditori. Questi, in caso di insolvenza, dovranno concorrere salvo che non dispongano di diritti di prelazione con i nuovi, i quali, al contrario, conoscendo la situazione finanziaria dell'impresa, avranno contrattato un tasso di interesse, o la concessione di garanzie tali da compensarli per il grado di rischio assunto.

Altra scelta critica è l'*asset substitution* che si verifica quando l'impresa, dopo aver contratto il debito per effettuare un investimento a basso rischio, impiega il danaro ricevuto in prestito in attività a rischio più elevato e in particolare per finanziare l'acquisto di *assets* specifici, ossia non facilmente convertibili in impieghi alternativi.

Ancora più delicata è la situazione di *asset diversion* che si realizza quando l'impresa dismette alcuni dei beni che fanno parte del proprio patrimonio senza una contropartita adeguata, riducendo le risorse che garantiscono l'adempimento dei contratti di debito.

Particolarmente pregiudizievole, infine, per i creditori può essere la scelta *del c.d. sottoinvestimento*, ossia quando l'impresa non assume prospetti di investimento che hanno un valore atteso positivo se sa che i proventi di questo investimento verranno interamente destinati al pagamento dei creditori, oppure quando sussista mancanza di impegno nel perseguire i progetti di investimento finanziati mediante ricorso a debito rischioso. Infine, un altro problema (estremo) che può verificarsi quando l'impresa è entrata nella fase dell'insolvenza è legato al fatto che i manager/proprietari possono minacciare opportunisticamente i creditori di distruggere parte degli *assets* residui se questi non rinegoziano il debito a condizioni più favorevoli.

Dunque, in questo contesto, l'efficienza *ex ante* del diritto della crisi riguarda le imprese *in bonis* ed esige misure che incentivino il *management* ad utilizzare i beni aziendali in modo efficiente e lo penalizzino opportunamente in caso di insolvenza, tenendo tuttavia conto che una punizione troppo severa può produrre effetti negativi scoraggiando l'iniziativa economica. Per essere efficiente *ex ante* la procedura deve garantire i creditori ed assicurare la massimizzazione dei ricavi, con effetti positivi sulla disponibilità a fornire credito. Quella dei creditori sociali è d'altra parte l'unica categoria di *stakeholder* tutelata in ogni ordinamento societario in quanto comprende gruppi di interesse che scambiano la prestazione di beni o servizi con un diritto di credito sui flussi di cassa della società. In buona sostanza, poiché la società di capitali come per-

sona giuridica «definisce l'insieme dei beni che garantiscono l'adempimento di tutti i contratti di cui essa è parte, tutte le parti che contrattano con la società beneficiano delle tutele dei creditori».

Ecco che la funzione delle procedure concorsuali è collegata al ruolo dei creditori nell'impresa, in quanto costituisce uno degli strumenti di controllo degli stessi sulla gestione, o addirittura uno strumento di *governance*: in buona sostanza una forma di *control transaction* al pari delle *O.P.A.*, delle fusioni, dei *leveraged buyout* o delle scalate ostili. Il ricorso all'indebitamento comporta per sua natura il rischio di fallimento e la perdita di controllo da parte della proprietà con l'attribuzione di poteri ai creditori od a loro rappresentanti, in modo che le risorse aziendali siano utilizzate sempre in modo efficiente. Nell'ambito del ceto indifferenziato dei creditori esistono soggetti diversi, perché «le potenzialità di monitoraggio che hanno le differenti categorie di creditori nei confronti dei comportamenti del debitore» sono diverse. L'attività di monitoraggio su una società per azioni soggetta ad obblighi informativi molto precisi ed obblighi di conservazione molto severi è ad esempio molto meno impegnativa di quella su debitori persone fisiche «che hanno infiniti incentivi e possibilità di occultare in vario modo i loro beni e la loro effettiva situazione patrimoniale».

In Europa le regole sul capitale sociale, ad esempio, abbattono i costi complessivi di monitoraggio producendo esternalità positive nel senso che l'attività compiuta da taluni creditori finisce col giovare a tutti. Se un creditore è in grado di rendersi conto che la situazione del debitore si sta deteriorando, prenderà iniziative che condurranno anche gli altri creditori «a rendersi conto di ciò e, nei casi estremi, si arriverà al fermo delle attività del debitore, cioè al fallimento». Differente è l'approccio negli Stati Uniti, ove la maggior parte dei contratti di debito (specie bancario), o delle condizioni dei prestiti obbligazionari contengono clausole che limitano la possibilità di emettere nuovo debito, distribuire dividendi, effettuare fusioni tra imprese e disporre dei beni dell'impresa.

Il secondo obiettivo, c.d. dell'efficienza intermedia, riguarda le imprese in crisi prima dell'avvio di procedure concorsuali nella fase di *pre-insolvency* ed esige misure che incentivino il debitore a rivelare tempestivamente lo stato di difficoltà e a non assumere comportamenti eccessivamente azzardati per tentare di evitarla, scommettendo ad esempio le residue risorse dei finanziatori in attività molto rischiose (in tal modo danneggiando i creditori).

Procedure troppo punitive, specie sul versante penalistico, possono favorire l'azzardo diretto a scongiurarle, ridurre gli investimenti poco rischiosi ed indurre il controllante a ritardarne l'avvio. Ciò spiega l'esistenza di disposizioni in diversi ordinamenti sul *discharge,* l'esdebitazione, l'*exempt property* ed il consenso sempre più ampio sull'opportunità di ricorrere alla *sanzione penale solo per colpire i comportamenti più gravi connessi al dissesto*.

Si è tuttavia posta in evidenza la difficile compatibilità esistente tra l'obiettivo di indurre elevati livelli di *effort* da parte dell'imprenditore e la finalità di favorire una tempestiva emersione della situazione di crisi. Procedure concorsuali dure favoriscono il primo obiettivo, ma ostacolano il secondo; mentre procedure *morbide* hanno l'effetto opposto.

In questo quadro complessivo la funzione del diritto delle imprese in crisi è dunque di ridurre i costi di transazione tra le esigenze di esclusività del controllo sui beni dell'impresa e la necessità di delegarne l'utilizzo, consentendo ai creditori *ex post* di svincolare le risorse prestate ad imprese divenute insolventi per destinarle ad attività più redditizie e di esercitare un controllo *ex ant*e e *medio tempore* sulla gestione del soggetto finanziato mediante la minaccia di fallimento. La procedura dal canto suo costituisce uno strumento attraverso cui è possibile disporre delle imprese inefficienti e favorire la riallocazione del patrimonio degli imprenditori insolventi. L'insolvenza squarcia quella gabbia organizzativa che normalmente preclude ai creditori di incidere sulle scelte degli organi della società, legittimandone la partecipazione al processo di ristrutturazione, secondo le regole concorsuali coordinate con quelle societarie e contrattuali.

Diritto e procedura civile

Il licenziamento al tempo di Facebook 858
di Martina Valiante

Sulla nullità della fideiussione omnibus secondo lo schema ABI.
Nota a Cassazione civile, sezione I, sentenza n. 24044/2019 del 26/9/2019 860
di Enrico Maria Buonfantino

Sull'influenza delle menomazioni preesistenti per il calcolo del danno differenziale.
Nota a Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, 11 novembre 2019, n. 28986 866
di Gaetano Scuotto

La Consulta torna a parlare e discutere in merito alla vita.
Nota a Corte cost., 23/10/2019, n. 221 880
di Manuela D'Andrea

Rassegna di legittimità 892
a cura di Mario De Bellis

Rassegna di merito 895
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano

Martina Valiante
Dottoressa in Giurisprudenza

Il licenziamento al tempo di Facebook

abstract

When the worker uses social networks during work hours, layoff is legal.

keywords

Layoff – Social networks – Facebook – Job – Work hours.

abstract

È legittimo il licenziamento di un dipendente che usa i social network durante l'orario di lavoro.

parole chiave

Licenziamento – Social network – Facebook – Orario di lavoro.

La questione oggetto del presente articolo nasce dalla recentissima sentenza della Corte di Cassazione, sez. lavoro, n. 3133 del 01.02.2019, che su tale questione ha così statuito: «*Si tratta di un comportamento idoneo ad incrinare la fiducia del datore di lavoro, avendo la lavoratrice costantemente e per lungo tempo sottratto ore alla prestazione lavorativa ed utilizzato impropriamente lo strumento di lavoro approfittando del fatto che il datore di lavoro non la sottoponesse a rigidi controlli*».

Il giudizio in questione nasce da un ricorso in Cassazione con cui la lavoratrice – licenziata per aver utilizzato il social network *facebook*, sottraendo ore alla prestazione lavorativa – ha impugnato la sentenza n. 73/2016 della Corte di Appello di Brescia, che confermando la decisione del Tribunale della stessa sede, aveva rigettato l'impugnativa di licenziamento disciplinare proposta nei riguardi del datore di lavoro.

La Corte di legittimità, nel caso di specie, ha rigettato il ricorso, escludendo la sussistenza di un licenziamento ritorsivo o discriminatorio del datore di lavoro, e – confermando quanto statuito dal Tribunale di Brescia – ha ritenuto il comportamento della lavoratrice integrante una "giusta causa" di licenziamento, avendo quest'ultima, per lungo tempo, sottratto ore alla prestazione lavorativa utilizzando impropriamente lo strumento di lavoro fornitogli.

Tale assunto risulta ancora più convincente se si considera che la lavoratrice non aveva negato di avere effettuato, in orario di lavoro, gran parte degli accessi a siti internet – estranei all'ambito lavorativo – riscontrati sulla cronologia del computer ad essa in uso. Sul punto, si sottolinea che gli accessi ai profili social e alle mail personali necessitano di password, rendendo dunque improbabile che anche altre persone possano aver utilizzato quel terminale, a riprova dunque del comportamento non conforme all'etica professionale della lavoratrice.

Alla luce di tali argomentazioni, si comprende che il licenziamento di un dipendente, che utilizza i social durante l'orario lavorativo, non consiste in un'attività discriminatoria del datore di lavoro, né tantomeno viola i principi sulla *privacy*; in quanto accedere alla cronologia di un computer per controllare gli accessi ai siti internet estranei all'ambito lavorativo, non richiede l'installazione di alcun dispositivo di controllo che violi la *privacy* del lavoratore, trattandosi di dati che vengono registrati direttamente da qualsiasi computer.

È chiaro, dunque, che tale attività di controllo non viola le disposizioni dello statuto dei lavoratori perché va ad esaminare non la produttività e l'efficienza dell'attività lavorativa, ma soltanto le condotte estranee alla prestazione lavorativa.

Posto ciò, è chiaro che l'utilizzo dei *social* durante l'orario lavorativo costituisce un comportamento in contrasto con i principi di etica comune nonché idoneo ad incrinare la fiducia datoriale. Il licenziamento in tal caso è dunque legittimo.

Alla luce di questa vicenda è opportuno inoltre considerare se esistano e quali siano le misure che il datore di lavoro può adottare per prevenire tali comportamenti, senza giungere ad un provvedimento di questa portata.

Orbene, il datore di lavoro può certamente adottare misure idonee ad evitare usi impropri della navigazione in internet, quali ad esempio la configurazione di sistemi o l'utilizzo di filtri che prevengono determinate operazioni incompatibili con l´attività lavorativa (quale, ad esempio, l´accesso a determinati siti da inserire in una sorta di *black list*).

Un altro elemento di sicura prevenzione è l'obbligo per il datore di formazione dei suoi dipendenti per quanto concerne la gestione degli strumenti e dei dispositivi forniti in ambito lavorativo, con particolare riguardo alla protezione dei dati.

A conferma di quanto detto il regolamento generale sulla protezione dei dati personali dell'U.E n. 679/2016 – meglio noto con la sigla GDPR – ha definitivamente chiarito gli obblighi incombenti sul titolare lavorativo per rafforzare il rapporto di garanzie con i dipendenti, attraverso l'implementazione di procedure finalizzate ad agevolare la consapevolezza dell'ambito lavorativo e l'osservanza degli obblighi stabiliti.

Dunque, il potere di controllo del datore di lavoro deve consistere in un contemperamento volto a tutelare il diritto alla riservatezza del dipendente ed a evitare condotte illecite da parte di quest'ultimo. Posto ciò, ove tali misure preventive non vengano rispettate dal lavoratore il quale ponga in essere comportamenti in contrasto con i principi di etica comune, idonei ad incrinare il rapporto di garanzia e di fiducia datoriale, il licenziamento sarà legittimo.

Enrico Maria Buonfantino
Avvocato – patrocinante in Cassazione

Sulla nullità della fideiussione omnibus secondo lo schema ABI.

Nota a Cassazione civile, sezione I, sentenza n. 24044/2019 del 26/9/2019

abstract

The Supreme Court, recalling the opinion of the Bank of Italy and the consequent orientation of the AGCM, confirms the nullity of the ABI contractual scheme and of the surety agreements that derive from it but with specific reference only to some clauses.

keywords

Guaranty, nullity, competition.

abstract

La Suprema Corte, richiamando il parere della Banca d'Italia ed il conseguente orientamento dell'AGCM, conferma la nullità dello schema contrattuale ABI e dei contratti di fideiussione che ne discendono ma con specifico riferimento solo ad alcune clausole

parole chiave

Fideiussione, nullità, concorrenza.

Azione revocatoria ordinaria – fallimento – intervento in giudizio – improcedibilità azione individuale

La nullità di una intesa tra imprese per violazione della libera concorrenza ex art.2 L.287/1990 sancita dall'Antitrust non comporta l'automatica declaratoria di nullità dei contratti che ne discendono che, invece, restano validi, fatto salvo il diritto del risarcimento ai danni subiti da far valere in sede civile dai soggetti che si ritengono danneggiati.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE SEZIONE PRIMA CIVILE Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. BISOGNI Giacinto - Presidente -
Dott. FEDERICO Guido - Consigliere -
Dott. TRICOMI Laura - rel. Consigliere -
Dott. LAMORGESE Antonio Pietro - Consigliere -
Dott. SOLAINI Luca - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 23665/2018 proposto da:
xxxxxxx, elettivamente domiciliati in Roma, xxxxxxxxx n. xx, presso lo studio dell'avvocato xxxxxx, rappresentati e difesi dagli avvocati xxxxxxx, xxxxx, giusta procura in calce al ricorso;
- ricorrenti -

contro

Banca xxxxxx S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via xxxxxx n. xxxx, presso lo studio dell'avvocato xxxxxxx, rappresentata e difesa dall'avvocato Xxxxxxx, giusta procura in calce al controricorso;
- controricorrente -

contro

xxxxxxxx.; - intimati -
avverso la sentenza n. 3045/2018 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 20/06/2018;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 04/04/2019 dal cons. Dott. TRICOMI LAURA;
udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CARDINO ALBERTO, che ha concluso per il rigetto del ricorso;
udito, per i ricorrenti, l'Avvocato xxxxx. che ha chiesto l'accoglimento;
udito, per la controricorrente, l'Avvocato xxxxx che ha chiesto il rigetto.

Svolgimento del processo

D.G.P., P.A. e P.R. propongono ricorso con tre motivi nei confronti della Banca xxxxxxx SPA, che replica con controricorso corroborato da memoria, chiedendo la cassazione della sentenza della Corte di appello di Napoli pronunciata in controversia concernente l'opposizione al decreto ingiuntivo n. 6989/2015 ottenuto dalla stessa banca relativamente ad un credito di Euro 651.976,75= maturato a titolo di saldo del residuo mutuo chirografario di Euro 1.000.000,00= nei con-

fronti di A.DI.S. dei Fratelli P. SNC e degli appellanti nella loro qualità di fideiussori della società. Sono rimasti intimati B.S., D.G.M., Po.An., P.E.

Gli attuali ricorrenti, nella qualità di fideiussori unitamente agli altri fideiussori P.E., Po.An., B.S. e D.G.M., avevano proposto opposizione al decreto ingiuntivo sostenendo che il contratto di fideiussione era nullo per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa: a loro dire la Banca aveva concesso il mutuo non per finanziare la società richiedente, ma per estinguere preesistenti debiti della società verso la stessa banca mutuante. Il Tribunale aveva respinto l'opposizione.

Nel corso del giudizio di appello, i fideiussori appellanti avevano anche eccepito la nullità delle fideiussioni segnatamente deducendo che le dichiarazioni fideiussorie, predisposte unilateralmente dalla banca e sottoscritte dagli appellanti in forma di negozio unilaterale in data 8/7/2013, erano nulle perché riproducevano le Norme Bancarie Uniformi (di seguito, NBU), da qualificarsi come intese illecite L. n. 287 del 1990, ex art. 2 con l'effetto che la nullità delle intese si ripercuoteva sugli atti negoziali (le fideiussioni in esame) nei quali erano state, pedissequamente recepite.

La Corte territoriale ha respinto l'appello.

Innanzi tutto ha disatteso l'eccezione di nullità totale delle fideiussioni, per contrarietà alla Legge antitrust n. 287 del 1990.

In particolare la Corte di appello ha ritenuto "Nel caso in esame, sebbene effettivamente nel contratto di fideiussione stipulato tra gli appellanti e la XXXX, siano presenti le clausole sopra riportate (2, 6 e 8) riproducenti nella sostanza il contenuto delle clausole ABI, dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, tuttavia la nullità delle stesse non può condurre ad una declaratoria di nullità dell'intero contratto, in mancanza di allegazione che quell'accordo, in mancanza delle dette clausole, non sarebbe stato concluso. Ne consegue che, benché le clausole 2, 6 e 8 del contratto di fideiussione siano nulle, il contratto è tuttora valido ed esistente tra le parti." (fol. 4 della sent. imp.).

Sotto altro profilo la Corte partenopea ha escluso che il contratto di finanziamento intercorso tra la banca e la società potesse essere qualificato come mutuo di scopo, in quanto l'art. 3 prevedeva "la Società dovrà utilizzare il finanziamento allo scopo di approvvigionamento scorte", tale indicazione non coinvolgeva l'interesse dell'istituto finanziario, di guisa che non si ravvisava un accordo programmatico tra le parti in favore della banca, quanto piuttosto l'esclusivo interesse del mutuatario e non si ravvisava la presenza dello scopo nella struttura causale del negozio.

Motivi della decisione

1.1. Con il primo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione dell'art. 115 c.p.c. I ricorrenti si dolgono che la Corte di appello nell'esaminare l'eccezione di nullità della fideiussione si sia focalizzata sul parere dell'Autorità Garante, che aveva riconosciuto la violazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 esclusivamente per le clausole nn. 2, 6 ed 8 delle NBU, ponendo a fondamento della decisione "una prova documentale palesemente diversa da quella valorizzata dagli attuali ricorrenti" laddove essi avevano ricondotto l'eccezione di nullità all'ordinanza di questa Corte n. 29810/2017, che – a loro parere aveva qualificato le Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di fideiussione in toto come "intese vietate" perché contrarie alla L. n. 287 del 1990, art. 2 (fol. 6/7 del ricorso).

1.2. Il motivo è inammissibile.

1.3. Invero, a prescindere dall'interpretazione propugnata circa il decisum contenuto nell'ordinanza n. 29810/2017, va osservato che il provvedimento giudiziario in questione è stato reso tra parti del tutto diverse da quelle che compaiono nel presente giudizio ed in relazione a distinte ed autonome vicende giudiziarie – di talché nemmeno sarebbero stati invocabili gli effetti ex art. 2909 c.c. – ed integra un precedente giurisprudenziale a valenza nomofilattica che, pertanto, non poteva assumere alcuna efficacia probatoria nel giudizio di merito.

Va, peraltro osservato, che – contrariamente a quanto sembrano suggerire i ricorrenti – la Corte di appello ha preso in esame la pronuncia in questione nel corso della articolata motivazione.

2.1. Con il secondo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione della L. n. 287 del 1990, art. 2 e dell'art. 1419 c.c., nonché del principio di diritto enunciato con l'ordinanza della S.C. n. 29810/2017.

I ricorrenti si dolgono che la Corte di appello, interpretando ed applicando in maniera riduttiva il precedente richiamato, abbia dichiarato la nullità di singole clausole e non dell'intero contratto di fideiussione, da ritenersi invece nullo perché concluso in applicazione di intese illecite concluse "a monte", tali dovendosi ritenere le NBU dell'ABI in materia di contratti di fideiussione contenenti clausole contrarie a norme imperative.

A parere dei ricorrenti la Corte di appello ha errato nel valorizzare il Provvedimento n. 55 del 2/5/2005 della Banca d'Italia, che limitava la lesività anticoncorrenziale esclusivamente alle clausole 2, 6 ed 8 della NBU, nel caso in cui non fosse emerso che in mancanza di quelle clausole il contratto non sarebbe stato concluso (art. 1419 c.c., comma 1); secondo i ricorrenti dall'ordinanza n. 29810/2017 si evince, invece, che la nullità delle NBU, qualificate come intese illecite e vietate dalla L. n. 287 del 1990, art. 2 travolge l'intero contratto fideiussorio.

Infine osservano che la prova circa la rilevanza delle clausole in merito alla conclusione del contratto risulterebbe impossibile, atteso che dette clausole venivano

riprodotte dalla banca nel singolo contratto e la concessione del finanziamento era condizionata alla firma del contratto fideiussorio.

2.2. Il motivo è infondato.

2.3. Come già affermato da questa Corte "La Legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto "ex" art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui alla L. n. 287 del 1990, art. 33 azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello." (Cass. Sez. U. 2207 del 20/2/2005), così sottolineando la differenza che ricorre tra gli accordi a monte, e cioè le intese, – oggetto di valutazione in merito alla illiceità per violazione della normativa antitrust e sanzionate dalla nullità – ed i contratti stipulati a valle, in relazione ai quali può essere esercitata l'azione risarcitoria.

In proposito, quanto agli effetti della nullità di un'intesa, questa Corte ha già avuto modo di chiarire che "Dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti." (Cass. n. 9384 del 11/06/2003; in tema Cass. n. 3640 del 13/02/2009; Cass. n. 13486 del 20/06/2011).

Questi principi trovano conferma anche nella recente ordinanza, richiamata dai ricorrenti, la secondo la quale, "In tema di accertamento del danno da condotte anticoncorrenziali ai sensi della L. n. 287 del 1990, art. 2 spetta il risarcimento per tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato." (Cass. n. 29810 del 12/12/2017).

Va tuttavia rimarcato che tale ultima pronuncia non risulta del tutto pertinente, atteso che affronta il peculiare tema della ricaduta degli effetti del provvedimento della Banca di Italia del 2 maggio 2005 sui contratti stipulati prima del maggio 2005, mentre il contratto in esame venne stipulato nel 2013. Inoltre – contrariamente a quanto propugnano i ricorrenti (fol. 8 del ricorso) – dalla motivazione di detta ordinanza non può farsi discendere, nè si può presumere la qualificazione tout cairt delle "Norme Bancarie Uniformi ABI in materia di contratti di fideiussione" quali intese illecite, in quanto contenenti clausole contrarie a norme imperative, nè la nullità in toto del contratto di fideiussione di cui si discute in disparte dalla mancanza di specificità del motivo circa il puntuale contenuto delle norme cui si intende far riferimento diverse dalla clausole 2, 6 e 8, tale assunto non appare affatto né preliminare, né logicamente conseguenziale al tema trattato nell'ordinanza che – si ribadisce concerne la efficacia temporale del provvedimento della Banca d'Italia, così come esattamente ritenuto anche dalla Corte di appello partenopea (fol. 13 della sent. imp.), e non già il complessivo apparato delle NBU in tema di fideiussione.

Tornando al caso in esame, va quindi osservato che, avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole delle NBU trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese (fol. 3 della sent. imp.), ciò non esclude, ne è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 c.c. e ss. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 c.c., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite.

Non merita condivisione il profilo di doglianza relativo alla impossibilità di provare la decisività delle clausole ai fini della conclusione del contratto, in ragione della predisposizione unilaterale dello schema contrattuale da parte della banca: in disparte dalla assertività della censura, risulta decisiva la preliminare considerazione che le clausole in questione erano funzionali all'interesse della banca e non dei fideiussori e che quindi, logicamente, solo la banca avrebbe potuto dolersi della loro espunzione.

Va osservato in proposito che la decisione della Corte di appello, che ha ritenuto di preservare la dichiarazione fideiussoria espungendo le clausole frut-

to di intese illecite, favorevoli alla banca, che non incidevano sulla struttura e sulla causa del contratto, non ha pregiudicato la posizione dei garanti, che risulta meglio tutelata proprio in ragione della declaratoria di nullità parziale.

3.1. Con il terzo motivo si denuncia la violazione e/o falsa applicazione e/o falsa interpretazione dell'art. 1176 c.c. e dell'art. 1418 c.c., nonché dell'art. 183 c.p.c., comma 7, in merito alla statuizione che ha escluso che il contratto di finanziamento in esame potesse qualificarsi come "mutuo di scopo".

3.2. Il motivo è inammissibile.

3.3. La doglianza, proposta come violazione di legge, sostanzialmente sollecita un diverso esame di una serie di elementi concernenti i risalenti ed articolati rapporti intercorsi tra la banca, la società ed i fideiussori, che involgono un sindacato di fatto. In proposito, da un lato va rimarcato che, in merito alle circostanze riferite nel motivo, non è dato sapere, per difetto di specificità, nemmeno se ed in che termini siano state sottoposte ai giudici di merito; dall'altro che la doglianza avrebbe dovuto essere formulata, ove ne ricorressero i presupposti, come vizio motivazionale, prospettando fatti decisivi non esaminati, diversi da quelli accertati dalla Corte di appello e posti a fondamento della decisione sul punto.

4.1. La richiesta di valutare la natura temeraria della lite, con conseguente liquidazione equitativa del danno, formulata dalla controricorrente, va respinta.

4.2. Invero per la richiesta condanna è necessario l'accertamento, in capo alla parte soccombente, della mala fede (consapevolezza dell'infondatezza della domanda) o della colpa grave (per carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta consapevolezza) – venendo in considerazione, a titolo esemplificativo, la pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, la manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame ovvero la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione (Cass. Sez. U. n. 22405 del 13/09/2018; cfr. anche Cass. n. 7901 del 30/03/2018) – e, nel presente caso, tali presupposti non ricorrono.

5. In conclusione il ricorso va rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza nella misura liquidata in dispositivo.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater.

P.Q.M.

- Rigetta il ricorso;
- Condanna i ricorrenti in solido alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità che liquida in Euro 8.000,00=, oltre ad Euro 200,00= per esborsi, alle spese generali liquidate forfettariamente nella misura del 15% ed agli accessori di legge;
- Dà atto, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-*bis*.

Così deciso in Roma, il 4 aprile 2019.

Depositato in Cancelleria il 26 settembre 2019

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** La *fideiussione omnibus* secondo lo schema ABI. – **2.** La violazione della normativa antitrust. – **3.** La decisione.

Premessa

La Suprema Corte ancora una volta si è pronunciata sulla annosa questione della nullità della *fideiussione omnibus* introdotta dallo schema contrattuale approvato dall'ABI e assoggettato ad un'aspra critica da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il provvedimento n.14251 del 20/4/2005.

Va ricordato come la *fideiussione omnibus* rappresenti un'estensione del negozio giuridico previsto dal Codice civile, con il chiaro ed univoco scopo di creare una garanzia in favore degli istituti bancari intenzionati a finanziare piccoli imprenditori e consumatori.

La garanzia estensiva nei confronti della banca fornisce la possibilità all'istituto di finanziare anche soggetti meno 'meritevoli', mediante l'ampliamento del novero dei soggetti responsabili dell'obbligazione di restituzione del prestito oppure dell'apertura di credito in conto corrente.

La problematica esaminata dall'Autorità Garante concerne la sussistenza o meno di un'intesa restrittiva della concorrenza e quindi in danno dei correntisti bancari, dal momento che lo schema contrattuale introdotto dall'ABI è pressoché l'unico adottato da tutti gli istituti di credito aderenti: esso consta di n.13 articoli che, per buona parte, secondo il parere reso dall'Autorità, sarebbero illegittimi e vessatori.

2. La violazione della normativa antitrust

Dall'esame del provvedimento succitato emergono degli aspetti che meritano numerosi spunti di riflessione ed approfondimento, in relazione ai profili di nullità dello schema in discussione che appare in violazione della Legge n.287/1990.

L'esame da parte dell'Autorità Garante trae fondamento dall'analisi di quelle clausole che introducono nel rapporto contrattuale banca/fideiussore obblighi non previsti dalla disciplina codicistica della fideiussione. L'articolo 2 dello schema, la cd. clausola di reviviscenza, ha comportato notevoli perplessità dal momento che fornirebbe la possibilità all'istituto bancario di agire nei confronti del fideiussore anche in seguito ad estinzione del contratto principale, ad

esempio, laddove la banca fosse costretta a restituire gli importi versati dal cliente in seguito a revoca dei pagamenti. L'articolo 6, invece, prevede la deroga all'art.1957 cc in favore dell'istituto che, quindi, potrà agire direttamente e sempre contro il fideiussore fino ad estinzione dell'obbligazione prevista dal contratto principale. Anche l'art. 7 appare in deroga all'art. 1945 cc mentre l'art. 8 addirittura estenderebbe gli obblighi fideiussorii anche nel caso di invalidità del negozio 'garantito'. Tali profili venivano esaminati con dovizie di particolari dall'autorità Garante, in ossequio alla richiesta di parere motivato avanzato *illo tempore* dalla Banca d'Italia che aveva sollevato delle perplessità sulla validità delle clausole individuate nello schema negoziale.

Orbene, dalla semplice lettura del parere dell'Autorità Garante emerge a chiare lettere come la fideiussione omnibus appaia irrimediabilmente viziata in virtù di una evidente violazione della normativa antitrust e della legge n. 154/1992 (Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari) intervenuta in un quadro normativo bisognevole di un riequilibrio tra la garanzia della banca e la tutela del fideiussore.

La disciplina peggiorativa introdotta, secondo il Garante, è evidente non soltanto negli articoli sopra menzionati, ma piuttosto nell'inquadramento complessivo di uno schema dal chiaro rilievo anticoncorrenziale che è intervenuto a limitare l'autonomia contrattuale, derogando al codice civile, sostituendosi alle dinamiche banca/cliente. L'intesa ABI è stata valutata in un senso ampiamente restrittivo e penalizzante per piccoli imprenditori e consumatori.

Il parere dell'Autorità non lascia il campo ad interpretazioni equivoche, dal momento che produce una sferzante critica, articolo per articolo, allo schema suddetto. Il regolamento contrattuale ABI viene definito nel suo complesso come '*idoneo ad aggravare (omissis) la posizione del fideiussore rispetto a quella del debitore principale*', di fatto, introducendo nel rapporto tra banca e soggetto finanziato un terzo soggetto che viene penalizzato ulteriormente rispetto alla normale definizione codicistica di fideiussore. Una siffatta costrizione, del resto, appare la diretta conseguenza all'intesa restrittiva della libera concorrenza che si manifesta proprio nella natura insita dell'ABI che rappresenta l'intero sistema bancario italiano. In sostanza il peggioramento delle condizioni di garanzia incide negativamente sullo stesso sistema di concessione del credito, tanto che l'Autorità Garante conclude il parere dichiarando apertamente il proprio convincimento che lo schema negoziale in esame sia lesivo e restrittivo della libera concorrenza ai sensi dell'art. 2 comma 2 della L. 287/1990. Sull'argomento e prendendo spunto da variegate interpretazioni della normativa e degli scritti dell'Autorità Garante, la Suprema Corte con la sentenza n. 13846 del 22/5/2019 ha stabilito l'automatica nullità dei contratti di fideiussione che rispecchiano lo schema ABI, senza necessità che il giudice di merito si esponga in digressioni relative alla illegittimità delle clausole fideiussorie, dal momento che tale valutazione sarebbe stata preventivamente effettuata dalla Banca d'Italia con il provvedimento n. 55/2005 che costituisce prova privilegiata in tal senso. In sostanza in questa occasione l'interpretazione estensiva della nullità di siffatti schemi contrattuali pone una seria e pregnante tutela in favore della cd parte debole del rapporto bancario.

3. La decisione

La sentenza in commento ha il pregio di richiamare nel corpo delle motivazioni alcuni precedenti importanti che rendono perfettamente l'excursus compiuto dal Supremo Collegio per ribadire la nullità delle clausole 2, 6, 8 dello schema ABI e di ogni contratto posto 'a valle' dalle banche che riproduca condizioni del genere.

La decisione, però, pone il limite della nullità relativa e parziale dei contratti di fideiussione, dal momento che evidenzia come la lesione della libera concorrenza accertata dall'Autorità Antitrust (Banca d'Italia nel 2005) non comporti come conseguenza automatica la nullità assoluta delle fideiussioni che ne discendono che, invece andranno esaminate, caso per caso e su istanza di parte, dai tribunali di merito.

Richiamandosi a precedenti illustri la Corte ha, infatti, ribadito come non esista un nesso diretto tra la declaratoria di nullità di una intesa restrittiva della libera concorrenza e tutti i contratti che ne discendono, tanto da rendersi necessarie delle azioni dirette di risarcimento dei danni da parte dei clienti lesi. Detto assunto, ripreso ancora una volta dall'ordinanza n. 29810/2017 viene esteso temporalmente anche ai contratti precedenti alla declaratoria di illiceità, resa dalla Banca d'Italia nel maggio 2005, di fatto, 'salvando' dalle intese illecite poste 'a monte' anche i contratti stipulati 'a valle' in epoca precedente all'apertura di pensiero espressa dall'ente che, nel 2005, fungeva da guardiano a tutela della libera concorrenza.

Gli Ermellini da un lato, quindi, ritengono di ampliare il novero dei contratti dei quali far valere i vizi, ribadendo espressamente come anche quelli sottoscritti precedentemente alla decisione di Banca d'Italia possano essere impugnati per lesione della libera concorrenza, mentre, dall'altro, assumono una posizione garantista a salvaguardia del sistema bancario, non spingendosi fino ad una declaratoria di nullità assoluta direttamente conseguenziale alle violazioni di legge riscontrate nell'accordo ABI posto a monte.

L'orientamento dal punto di vista del correntista, del fideiussore, del consumatore, comporta l'apertura di alcune possibilità per svincolarsi da condizioni evidentemente vessatorie, mentre, dall'altro, non consente agli stessi soggetti la massima tutela nel caso in cui

gli stessi siano incappati in clausole non direttamente riferibili agli articoli 2, 6 e 8 dello schema ABI.

Si auspica una presa di coscienza da parte del sistema bancario della necessità di una profonda revisione dell'impostazione contrattuale, mediante un riavvicinamento della fideiussione bancaria al dettato del Codice Civile, cui conseguenzialmente potranno seguire delle decisioni della Suprema Corte che possano definitivamente chiarire quali siano i mezzi di tutela della clientela nei confronti di schemi contrattuali imposti dall'alto nella consapevolezza di una violazione normativa fondamentale per la libera concorrenza che di fatto, oggi, nel settore bancario non consente agevolazioni ai consumatori ed alle imprese.

Gaetano Scuotto
Avvocato

Sull'influenza delle menomazioni preesistenti per il calcolo del danno differenziale.

Nota a Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, 11 novembre 2019, n. 28986

abstract

The Court of Cassation clarifies the procedures for the settlement of the differential iatrogenic damage and the role of the pre-existing impairments

keywords

Compensation for damage, pre-existing diseases, liquidation methods.

abstract

La Corte di Cassazione chiarisce le modalità di liquidazione del danno iatrogeno differenziale ed il ruolo delle menomazioni preesistenti

parole chiave

Risarcimento del danno, patologie preesistenti, modalità di liquidazione.

Danno iatrogeno differenziale – menomazione preesistente – patologia coesistente o concorrente – criteri di calcolo

Quando le conseguenze dell'errore clinico incidono su una realtà del paziente già in parte compromessa dalla patologia curata in ospedale, il medico risponde solo dell'aggravamento causato dal suo errore e non della complessiva menomazione in essere, tenendo presente la differenza tra menomazioni preesistenti concorrenti (di norma giuridicamente rilevanti) e coesistenti (di norma giuridicamente irrilevanti). Ai fini della liquidazione poi, il giudice deve stimare in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo e convertirla in denaro; stimare in punti percentuali l'invalidità teoricamente preesistente all'illecito e convertirla in denaro; sottrarre il secondo importo dal primo.

Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile,
11 novembre 2019, n. 28986 - Pres. Travaglino,
Rel. Rossetti

(*Omissis*)

Fatti di causa

1. Nel 2013 L.G.B. convenne dinanzi al Tribunale di Lecco la società Groupama s.p.a. e S.N.C., esponendo che:

- nel (OMISSIS) era rimasto vittima di un sinistro stradale, causato dal convenuto S.N.C., del cui operato doveva rispondere il suo assicuratore della r.c.a., cioè la società Groupama;
- in conseguenza di tale sinistro, consistito in un violento urto antero-posteriore tra il veicolo condotto dal convenuto ed il proprio, aveva patito un valido trauma contusivo all'anca destra;
- l'arto attinto dal trauma era stato già fratturato nel (OMISSIS), in conseguenza di un altro sinistro stradale;
- il sinistro del (OMISSIS), aggravando i postumi residuati a quello del (OMISSIS), lo aveva obbligato a sottoporsi ad un intervento di protesi d'anca;
- sostenne che l'infortunio del (OMISSIS) gli aveva provocato una invalidità permanente pari al 60%, e che quello del (OMISSIS) aveva elevato tale misura al 70%.

Chiese pertanto la condanna dei convenuti al risarcimento del danno.

2. La Groupama si costituì negando che l'infortunio del (OMISSIS) avesse causato le conseguenze dannose descritte dall'attore, e comunque contestando il criterio in base al quale l'attore pretendeva che il suo danno alla salute fosse stimato; allegò di avere già versato all'attore la somma di Euro 12.000, che doveva ritenersi satisfattiva.

3. Con sentenza 9 aprile 2015 n. 289 il Tribunale di Lecco accolse la domanda.

Il Tribunale ritenne che:

- l'intervento di protesizzazione d'anca cui l'attore dovette sottoporsi non era causalmente riconducibile all'infortunio oggetto del giudizio;

- l'infortunio del (OMISSIS) aveva causato una invalidità permanente del 6,5%;
- tale invalidità aveva tuttavia attinto una persona dalla salute già compromessa;
- pertanto il risarcimento dovuto dall'attore andava liquidato non già monetizzando una invalidità di grado pari al 6,5%, ma calcolando la differenza tra il valore monetario del grado di invalidità permanente di cui la vittima era già portatrice prima dell'infortunio (60%), ed il grado di invalidità permanente complessivamente residuato all'infortunio (66,5%).

Quantificò il relativo danno in Euro 79.373,50, oltre accessori.

La sentenza venne appellata dalla Groupama.

4. La Corte d'appello di Milano, con sentenza 5 settembre 2017 n. 3829 rigettò il gravame.

Per quanto in questa sede ancora rileva, la Corte d'appello ritenne corretto il criterio di stima del danno alla salute adottato dal Tribunale.

Affermò che la liquidazione del danno alla salute deve avvenire tenendo conto dell'effettiva incidenza della menomazione sulla vita quotidiana della vittima; e che di conseguenza se la vittima sia già portatrice di postumi invalidanti pregressi, "la sottrazione (ai fini del calcolo del danno deve) essere operata non già tra i diversi gradi di invalidità permanente, bensì tra i valori monetari previsti in corrispondenza degli stessi".

Concluse osservando che solo con questo criterio la monetizzazione del danno poteva essere rispondente alla effettiva entità di questo; se, per contro, in casi come quello di specie si procedesse a sottrarre il grado di invalidità residuato al sinistro da quello preesistente, ed a convertire in denaro la differenza, il risarcimento ne risulterebbe iniquo per difetto.

5. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dalla Groupama, con ricorso fondato su tre motivi.

Ha resistito con controricorso L.G.B..

6. La causa venne avviata alla trattazione camerale, ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., e discussa nell'adunanza del 13.3.2019.

All'esito della camera di consiglio la Sesta Sezione di questa Corte, con ordinanza interlocutoria 1.4.2019 n. 9003, ha ritenuto che le questioni di diritto sollevate dalla società ricorrente avessero particolare rilevanza, e che di conseguenza andassero trattate in pubblica udienza.

La causa è stata di conseguenza chiamata alla pubblica udienza del 2 luglio 2019, ed ivi discussa.

Le parti hanno depositato memoria sia prima della trattazione camerale, sia prima della pubblica udienza.

Diritto

Ragioni della decisione

1. Il primo motivo di ricorso.

1.1. Col primo motivo la ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, la violazione degli artt. 1223 e 2056 c.c. e art. 139 cod. ass.

Il motivo contiene una articolata censura riassumibile nei termini che seguono.

La società ricorrente muove dal presupposto che i postumi dei quali può rimanere vittima una persona già invalida vanno distinti in due categorie: le lesioni "concorrenti" e quelle "coesistenti": le prime aggravano l'invalidità preesistente, le seconde no.

Da questa premessa la società ricorrente deduce che, in presenza di lesioni concorrenti, il risarcimento del danno deve essere aumentato, mentre ciò non va fatto in presenza di lesioni coesistenti.

Ciò posto in teoria, la ricorrente prosegue osservando in concreto che non fu il sinistro provocato dal proprio assicurato a costringere L.G.B. a sottoporsi ad un intervento di protesi d'anca; che tale circostanza era pacifica; che pertanto le lesioni patite dalla vittima in conseguenza del sinistro del (OMISSIS) dovevano qualificarsi come "coesistenti"; che la sentenza d'appello, dopo avere qualificato come "coesistenti" i postumi residuati al sinistro del (OMISSIS), rispetto a quelli di cui la vittima era già portatrice, ha nondimeno liquidato un risarcimento maggiorato rispetto a quello che sarebbe spettato ad una persona sana, la quale avesse patito una microinvalidità del 6,5%.

Così decidendo, conclude la ricorrente, la Corte d'appello avrebbe violato l'art. 1223 c.c., perché ha addossato al responsabile ed al suo assicuratore della r.c.a. conseguenze dannose che essi non avevano provocato.

Sostiene la ricorrente che la Corte d'appello avrebbe dovuto invece liquidare il danno alla salute monetizzando, coi criteri di legge, una invalidità del 6,5%, quale era stata effettivamente causata dal proprio assicurato; e poi, se del caso, incrementare in via equitativa il risultato, per tenere conto dell'eventuale maggiore afflittività dei postumi, rispetto al caso in cui avessero attinto una persona sana.

Soggiunge la ricorrente che erroneamente la Corte d'appello ha ritenuto che il sinistro del (OMISSIS) avesse "aggravato le precarie condizioni di salute" della vittima. Deduce, in contrario, che qualunque lesione "aggrava lo stato di salute", anche quella che dovesse colpire una persona sana. Sostiene che ai fini della liquidazione del danno si dovrebbe distinguere tra lesioni che aggravano lo "stato di salute", e lesioni che aggravano una determinata funzione già menomata, e che solo le seconde meritano un trattamento risarcitorio differenziato e maggiorato rispetto a quello standard.

Infine, osserva la ricorrente che il criterio di liquidazione del danno alla salute avallato dalla Corte d'appello sarebbe irragionevole, perché nel caso in cui una lesione dovesse attingere una persona già affetta da un elevatissimo grado di invalidità, quel criterio condurrebbe a liquidare postumi superiori al 100%.

1.2. Ammissibilità del motivo.

Il primo problema posto dal ricorso è stabilire se quella prospettata dalla società Groupama sia una questione di diritto, come tale sindacabile da questa Corte, oppure una questione di mero fatto, come tale riservata alle valutazioni insindacabili del giudice di merito.

1.3. Quella prospettata dalla Groupama col primo motivo di ricorso è una questione di diritto.

Il danno permanente alla salute scaturisce infatti da una lesione dell'integrità psicofisica, la quale però non è essa il danno, ma solo il presupposto del danno.

Perché possa predicarsi l'esistenza d'un danno permanente alla salute, sarà infatti necessario che da quella lesione sia derivata una menomazione suscettibile di accertamento medico-legale, e che questa a sua volta abbia prodotto una forzosa rinuncia: la perdita, cioè, della capacità di continuare a svolgere anche una soltanto delle attività svolte dalla vittima prima dell'infortunio (così, da ultimo, Sez. 3, Ordinanza n. 18056 del 05/07/2019, Rv. 654378 - 01; il principio comunque è pacifico e risalente: nel medesimo senso si vedano, ex multis, Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008, in motivazione; Sez. L, Sentenza n. 7101 del 06/07/1990, Rv. 468146 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 2761 del 03/04/1990, Rv. 466383 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 357 del 13/01/1993 (in motivazione); e così via sino alla sentenza capostipite, ovvero Sez. 3, Sentenza n. 3675 del 06/06/1981, Rv. 414308 - 01).

La compromissione dell'integrità psicofisica rappresenta dunque la lesione dell'interesse protetto; le rinunce concrete che ne conseguono costituiscono il danno risarcibile (per l'affermazione secondo cui la lesione d'un qualsiasi diritto non si identifica col danno, ma ne costituisce solo il presupposto, si veda in particolare Sez. 3, Sentenza n. 8827 del 31/05/2003, e Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008). La prima è la lesione d'un diritto, ma non necessariamente un danno; sono la menomazione e le forzose rinunce da essa indotte a rappresentare il vero e proprio danno in senso giuridico.

Perché quest'ultimo possa essere risarcito, dovranno dunque accertarsi due nessi di causa: il primo, tra condotta lesiva e lesione; il secondo, tra lesione e conseguenze dannose.

Il primo nesso andrà accertato secondo le regole della causalità materiale, e dunque applicando i criteri dettati dagli artt. 40 e 41 c.p.

Una volta accertata l'esistenza del nesso di causalità materiale tra la condotta illecita e le lesioni, dovrà poi accertarsi un valido nesso di causalità giuridica tra la lesione e la menomazione (e le conseguenti rinunce), secondo i principi ripetutamente affermati da questa Corte: per tutti, Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011, Rv. 618882 - 01, e che gioverà in questa sede brevemente richiamare, poiché su essi si fonderà il giudizio di ammissibilità del motivo e la decisione nel merito della controversia.

1.4. L'accoglimento d'una domanda di risarcimento del danno richiede l'accertamento di due nessi di causalità:

a) il nesso tra la condotta e l'evento di danno – inteso come lesione di un interesse giuridicamente tutelato –, o nesso di causalità materiale;
b) il nesso tra l'evento di danno e le conseguenze dannose risarcibili, o nesso di causalità giuridica.

1.4.1. L'accertamento del primo dei due nessi suddetti è necessario per stabilire se vi sia responsabilità ed a chi vada imputata; l'accertamento del secondo nesso serve a stabilire la misura del risarcimento.

Il nesso di causalità materiale è dunque un criterio oggettivo di imputazione della responsabilità; il nesso di causalità giuridica consente di individuare e selezionare le conseguenze dannose risarcibili dell'evento.

La distinzione tra causalità materiale e giuridica, contestata dalle teorie c.d. unitarie della causalità, ad avviso di questa Corte merita di essere in questa sede condivisa e confermata: sia perché è l'unica in grado di offrire un'appagante soluzione al delicato problema del concorso tra cause umane e cause naturali alla produzione dell'evento dannoso; sia perché conforme all'orientamento assolutamente prevalente di questa Corte; sia perché l'unico precedente di segno contrario (Sez. 3, Sentenza n. 975 del 16/01/2009, Rv. 606131 - 01) mosse da presupposti, e pervenne a conclusioni, non condivisibili per le ragioni già esposte da questa Corte nella sentenza pronunciata da Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011, Rv. 618882 - 01, che qui converrà brevemente riassumere:

(a) è contraria al dettato normativo l'affermazione secondo cui, nel concorso tra fatto umano e fatto naturale, l'aliquota di danno imputabile all'uno ed all'altro andrebbe stabilita dal giudice "in via equitativa", dal momento che il giudizio equitativo concerne la liquidazione del danno (art. 1226 c.c.), non l'accertamento delle sue cause;

(b) l'accertamento del nesso di causa non può che avere per esito l'accertamento della sua sussistenza o della sua insussistenza, sicché è inconcepibile un suo "frazionamento";

(c) l'infrazionabilità del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento di danno è confermata indirettamente dall'art. 1227 c.c.: tale norma, infatti, prevedendo la riduzione della responsabilità nel solo caso di concorso causale fornito dalla vittima, implicitamente esclude la frazionabilità del nesso nel caso di concorso di cause naturali con la condotta del responsabile. L'accertamento del nesso di causalità materiale, in definitiva, va compiuto in base all'art. 41 c.p., il quale non consente la seguente alternativa:

a) se viene processualmente accertato che la causa naturale sia tale da escludere il nesso di causa tra condotta ed evento, la domanda sarà rigettata;

b) se la causa naturale abbia rivestito efficacia eziologica non esclusiva, ma soltanto concorrente rispetto all'evento, la responsabilità dell'evento sarà per intero ascritta all'autore della condotta illecita.

Con il che resta esclusa la possibilità di qualsiasi riduzione proporzionale della responsabilità in ragione della minore incidenza dell'apporto causale del danneggiante, in quanto una comparazione del grado di incidenza eziologica di più cause concorrenti può instaurarsi soltanto tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli, ma non tra una causa umana imputabile ed una concausa naturale non imputabile.

1.4.2. L'accertamento del nesso di causalità giuridica ha una funzione ben diversa: delimitare l'area del danno risarcibile.

Sotto questo aspetto spetterà al giudice, dopo avere accertato la causalità materiale e la colpa dell'offensore, stabilire quali, tra le teoricamente infinite conseguenze dannose provocate dall'evento di danno (la lesione del diritto) costituiscano conseguenza "immediata e diretta" di quello, e quali no, comparando le condizioni del danneggiato precedenti l'illecito, quelle successive all'evento imputabile, e quelle che si sarebbero determinate a prescindere da questo.

In definitiva, il sistema della legge (gli artt. 40 e 41 c.p. da un lato, l'art. 1223 c.c. dall'altro) impone la distinzione tra l'imputazione causale dell'evento di danno e la successiva indagine volta all'individuazione e quantificazione delle singole conseguenze pregiudizievoli.

1.5. Posta dunque la suddetta distinzione tra causalità materiale e giuridica, la preesistenza di malattie o menomazioni in capo alla vittima del fatto illecito può astrattamente incidere tanto sul primo, quanto sul secondo dei suddetti nessi. L'invalidità o la malattia pregressa, infatti, possono teoricamente costituire tanto una concausa di lesione (ad es., il responsabile infligge un lieve urto, altrimenti innocuo, a persona affetta da osteogenesi imperfetta o sindrome di Lobstein, provocandole gravi fratture), quanto una concausa di menomazione (ad es., il responsabile provoca l'amputazione della mano destra a chì aveva già perduto l'uso della sinistra).

Le preesistenze, dunque, sono una circostanza che pone all'interprete un problema di causalità: materiale, se dovessero rappresentare una concausa di lesione; e giuridica, se dovessero rappresentare una concausa di menomazione.

Ma i principi in base ai quali accertare il nesso di causalità (principi cui la legge rinvia e dà per noti, dal momento che alcuna norma contiene una definizione del concetto di "nesso causale"), tanto materiale quanto giuridica, sono stabiliti dalla legge (artt. 40 e 41 c.p. nel primo caso; art. 1223 c.c. nel secondo caso). Ed è soltanto alla luce di questi principi che deve darsi soluzione al problema qui in esame.

Ne consegue che quella prospettata dalla società ricorrente è una questione di diritto, e non di mero fatto, giacché chiede a questa Corte di stabilire con quale criterio giuridico debbano sceverarsi, dal novero delle conseguenze dannose provocate dalla lesione d'una salute, quelle che, sole, possano dirsi risarcibili ai sensi dell'art. 1223 c.c.

Nel merito, tuttavia, il primo motivo di ricorso è infondato, in quanto corretto è stato, sub specie iuris, il criterio di determinazione del danno risarcibile adottato dalla Corte d'appello di Milano, e la conseguente liquidazione.

1.5. Le concause di lesione.

Come accennato, la preesistenza di malattie o menomazioni in capo alla persona vittima di lesioni personali può rappresentare una concausa tanto della lesione della salute, quanto della menomazione che ne è derivata.

Se la preesistenza ha concausato la lesione iniziale dell'integrità psicofisica (come nel caso di scuola dell'emofiliaco cui venga inflitta una minuscola ferita), di essa non dovrà tenersi conto nella liquidazione del danno, e tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente.

In questo caso infatti la preesistenza della patologia costituisce una concausa naturale dell'evento di danno, ed il concorso del fatto dell'uomo con la concausa naturale rende quest'ultima giuridicamente irrilevante in virtù del precetto dell'equivalenza causale dettato dall'art. 41 c.p. (come ripetutamente affermato da questa Corte: Sez. 3 -, Ordinanza n. 30922 del 22/12/2017, Rv. 647123 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 24204 del 13/11/2014, Rv. 633497 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 9528 del 12/06/2012, Rv. 622956 - 01; oltre che la già ricordata Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011, Rv. 618882 - 01).

1.6. Le menomazioni policrone coesistenti.

Se la preesistenza di malattie o menomazioni non ha concausato la lesione, nè ha aggravato o è stata aggravata dalla menomazione sopravvenuta (c.d. menomazioni "coesistenti"), anche in questo caso di essa non dovrà teneri conto nella liquidazione del danno, e tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente.

La preesistenza di menomazioni, infatti, quando queste non abbiano concorso a causare la lesione iniziale, può teoricamente rilevare solo sul piano della causalità giuridica (art. 1223 c.c.), vale a dire della delimitazione dei danni imputabili eziologicamente al responsabile.

Ma la causalità giuridica va accertata col criterio controfattuale: vale a dire stabilendo cosa sarebbe accaduto se l'infortunio non si fosse verificato.

Applicando il criterio controfattuale, non potranno darsi che due eventualità: o le forzose rinunce patite dalla vittima in conseguenza del fatto illecito sarebbero state identiche, quand'anche la vittima fosse stata sana prima dell'infortunio; oppure quelle conseguenze

dannose sono state amplificate dalla menomazione preesistente.

Nel primo caso la menomazione preesistente sarà giuridicamente irrilevante.

Infatti l'art. 1223 c.c. esclude dalla risarcibilità i danni che non siano conseguenza "immediata e diretta" del fatto illecito. Pertanto se i postumi permanenti causati dall'illecito non sono stati punto aggravati dalle menomazioni preesistenti, ciò vuol dire che essi nella loro interezza sono conseguenza esclusiva del fatto illecito. Le preesistenze non li hanno amplificati, e se non li hanno amplificati quei postumi vanno ritenuti sono una conseguenza immediata dell'illecito, perché a produrli non ha concorso alcun fattore esterno.

Non possono, quindi, essere condivise le teorie che pretendono di ridurre il risarcimento del danno alla salute anche in presenza di preesistenze che non interferiscono con i postumi dell'illecito (cioè le c.d. lesioni policrone coesistenti). Tali teorie sono epigone dell'arcaica opinione medico-legale secondo cui costituirebbe "inoppugnabile principio di diritto" quello secondo cui "se la cosa danneggiata era fin da prima difettosa, di questo difetto si de(ve) tener conto".

Tale preteso principio non solo non è infatti "inoppugnabile", ma non è nemmeno esistente, dal momento che il danno alla salute consiste in una perdita, e la perdita va ascritta per intero al responsabile se, in assenza dell'illecito, essa non si sarebbe affatto verificata.

Pertanto non solo la liquidazione del risarcimento, ma anche, prima ancora, la determinazione del grado percentuale di invalidità permanente sofferto da persona già menomata, quando lo stato anteriore della vittima non abbia inciso in alcun modo sui postumi concretamente prodotti dal secondo infortunio, va determinato come se a patire le conseguenze fosse stata una persona sana, in virtù della inesistenza di causalità giuridica tra stato anteriore e postumi.

Resta solo da aggiungere che il concetto di "coesistenza" va valutato a posteriori ed in concreto, non a priori ed in astratto.

Non si può, infatti, escludere aprioristicamente che successive menomazioni riguardanti lo stesso organo possano non aggravarsi le une a causa delle altre (si pensi a chi, avendo una ridotta capacità uditiva, patisca un trauma che provochi la sordità, che però sarebbe stata inevitabile anche se la lesione avesse attinto una persona sana; oppure all'ipotesi dell'amputazione d'un arto, già anchilosato in posizione sfavorevole, la quale renda possibile una vantaggiosa protesizzazione).

Allo stesso modo, non può proclamarsi a priori che menomazioni riguardanti organi diversi mai interferiscano tra loro (si pensi all'ipotesi della perdita del tatto in una persona non vedente).

Quel che dunque rileva, al fine della stima percentuale dell'invalidità permanente, non sono nè formule definitorie astratte ("concorrenza" o "coesistenza" delle menomazioni), nè il mero riscontro della medesimezza o diversità degli organi o delle funzioni menomati. Poiché si tratta di accertare un nesso di causalità giuridica, quel che rileva è il giudizio controfattuale, e dunque lo stabilire col metodo c.d. della "prognosi postuma" quali sarebbero state le conseguenze dell'illecito, in assenza della patologia preesistente. Se tali conseguenze possano teoricamente ritenersi pari sia per la vittima reale, sia per una ipotetica vittima perfettamente sana prima dell'infortunio, dovrà concludersi che non vi è alcun nesso di causa tra preesistenze e postumi, i quali andranno perciò valutati e quantificati come se a patirli fosse stata una persona sana.

In tal caso, pertanto, sul piano medico-legale il grado di invalidità permanente sofferto dalla vittima andrà determinato senza aprioristiche riduzioni, ma appezzando l'effettiva incidenza dei postumi sulle capacità, idoneità ed abilità possedute dalla vittima prima dell'infortunio.

1.7. Le menomazioni policrone concorrenti.

Veniamo ora all'ipotesi in cui lo stato anteriore della vittima non abbia concausato la lesione, ma abbia concausato il consolidarsi di postumi più gravi, rispetto a quelli che avrebbe patito la vittima se fosse stata sana al momento dell'illecito.

Si è già detto che, ricorrendo tale ipotesi, sorge per l'interprete il problema di accertare un nesso di causalità giuridica: stabilire, cioè, se e quali, tra i postumi derivati dalla lesione, possano dirsi una "conseguenza immediata e diretta" dell'infortunio, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1223 c.c.

L'accertamento di tale nesso pone all'interprete due problemi:

- il primo riguarda i criteri di accertamento del danno, e consiste nello stabilire se delle preesistenze si debba tenere conto nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente, attraverso calcoli o formule ad hoc; oppure se ne debba tenere conto nella aestimatio del risarcimento;
- il secondo riguarda la liquidazione del danno, e consiste nell'individuare la regola giuridica che consenta di "sterilizzare" il risarcimento dai pregiudizi non causalmente imputabili al responsabile, ma senza violare il criterio di progressività del quantum del danno biologico (secondo cui, a lesioni doppie, debbono corrispondere risarcimenti più che doppi).

Ritiene questa Corte che i suddetti problemi debbano trovare le seguenti soluzioni:

(a) di eventuali preesistenze si deve tenere conto nella liquidazione del risarcimento, non nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente, il quale va determinato sempre e comunque in base all'invalidità concreta e complessiva riscontrata in corpore, senza innalzamenti o riduzioni, i quali si tradurrebbero in una attività liquidativa esulante dai compiti dell'ausiliario medico-legale;

(b) di eventuali preesistenze si deve tenere conto, al momento della liquidazione, monetizzando l'invalidità accertata e quella ipotizzabile in caso di assenza dell'illecito, e sottraendo l'una dall'altra entità.

Nei p.p. che seguono si darà conto delle ragioni di tali affermazioni.

1.8. (A) L'accertamento del danno.

1.8.1. Nella dottrina medico-legale e nell'opinione di molti pratici è pressoché unanime e risalente la convinzione che, quando un infortunio vulneri una persona già invalida, di tale circostanza sarà il medico-legale a dovere tenere conto, nella determinazione del grado percentuale di invalidità permanente.

Niente affatto unanime, però, è il criterio che dovrebbe presiedere a tale valutazione.

Secondo una impostazione "classica", in simili casi il grado percentuale di invalidità permanente andrebbe determinato in misura maggiore di quella tabellarmente prevista per analoghe invalidità, in virtù del principio matematico per cui una riduzione percentuale identica, applicata su quantità diverse, incide maggiormente sulla quantità minore, coeteris paribus.

Una diversa opinione ritiene per contro che il grado di invalidità permanete concretamente accertato in corpore debba essere comunque ridotto quando la vittima fosse stata invalida già prima dell'infortunio, giacché lo stato anteriore di validità in questo caso non potrebbe mai dirsi pari a "100".

Molte, e molto diverse, sono state poi le indicazioni concrete circa il quomodo di aumento o riduzione – a seconda della scuola di pensiero – del grado di invalidità permanente: taluni hanno proposto di estendere alla materia della responsabilità civile regole dettate per l'infortunistica del lavoro; altri hanno ritenuto doversi applicare un criterio rigidamente proporzionalistico; altri ancora hanno elaborato formule ad hoc, il cui unico limite è stato la fantasia degli autori.

Nè sono mancati, infine, di quegli autori i quali hanno ritenuto che non possano dettarsi criteri generali ed astratti per la stima del grado percentuale di invalidità permanente patito da soggetto già menomato, ma che il medico-legale dovrebbe in tal caso compiere le sue valutazioni caso per caso, ricorrendo "all'equità".

1.8.1. In argomento va subito sgombrato il campo da tale ultima opinione, siccome manifestamente erronea.

All'accertamento concreto del grado percentuale di invalidità permanente sono infatti estranei i concetti di equità e di iniquità. L'equità è una regola di liquidazione del danno (art. 1226 c.c.), ed insieme alle altre regole di liquidazione del danno (il principio di indifferenza e quello di integralità) non viene in rilievo quando si tratta di accertare fatti, quale è il grado di invalidità permanente.

L'accertamento in facto della validità residuata all'infortunio è un accertamento concreto: è la descrizione di una condizione personale, che non può essere compiuta preoccupandosi se la percentuale espressa dal criterio adottato per la relativa quantificazione sia equa od iniqua. Spetterà all'organo giudicante, quando verrà il momento di convertire in denaro la stima compiuta dal medico-legale, fare ricorso se del caso all'equità correttiva od a quella integrativa, ex artt. 1226 e 2056 c.c.

1.8.2. Non meno erronee, però, sono le opinioni secondo cui delle "preesistenze concorrenti" debba tenersi conto variando, attraverso calcoli e conteggi più o meno sofisticati, il grado di invalidità permanente obiettivamente accertato in corpore, e che al giudice non resti altro da fare che convertire in denaro tale percentuale.

Questa opinione è erronea per due ragioni:

- in facto, perché poggia su un presupposto ormai divenuto obsoleto;
- in iure, perché non è coerente con la nozione di "danno biologico" adottata dal legislatore negli artt. 138 e 130 cod. ass. nel testo attualmente vigente e, in precedenza, già divenuta diritto vivente nella giurisprudenza.

1.8.3. La stima del danno alla salute avviene, per convenzione, immaginando che sia pari a "100" la "validità" (o "efficienza sociale", o "salute" tout court che dir si voglia) d'una persona sana, e misurando rispetto a questo "benchmark" la perdita causata dai postumi residuati al sinistro.

Il grado di invalidità permanente dunque – è bene sottolinearlo sin d'ora – non è il danno, ma è solo l'unità di misura del danno. È la *mensura*, non il *mensuratum*.

La tecnica di misurare in percentuale le conseguenze d'una lesione della salute sorse molto tempo prima della nozione di danno alla salute.

Essa nacque alla fine del XIX sec., allorché i Paesi Europei economicamente più avanzati iniziarono ad introdurre l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

Il nostro Paese vi provvide con la L. 17 marzo 1898, n. 80, il cui art. 9, comma 1, secondo alinea, stabilì che, in caso di infortunio produttivo di inabilità permanente al lavoro, l'indennizzo spettante alla vittima fosse "eguale a cinque volte la parte di cui è stato o può essere ridotto il salario annuo". In quell'epoca, infatti, non si concepiva l'autonoma risarcibilità della lesione della salute in sè e per sè considerata, e persino quella del danno non patrimoniale era fortemente contrastata (secondo Cass. Firenze 26.7.1915, in Foro ven., 1915, 548, ad esempio, "non è risarcibile il danno consistente nella perdita di un membro del corpo umano (...), se non si dimostri quale diminuzione patrimoniale certa ne sia per conseguire").

Pertanto l'unico danno concepibile e misurabile, in quell'epoca, non poteva che essere la riduzione del salario: e si suppose, per praticità di calcolo, che tale riduzione potesse misurarsi in misura percentuale,

facendo pari a "100" non già l'efficienza sociale della vittima, ma la sua efficienza lavorativa.

Il principio venne ribadito dal R.D. 31 gennaio 1904, n. 51, il cui regolamento di attuazione (R.D. 13 marzo 1904, n. 141), agli artt. 94 e 96, dispose:

- deve ritenersi come invalidità permanente parziale la conseguenza di un infortunio, "la quale diminuisca in parte ma essenzialmente e per tutta la vita, l'attitudine al lavoro" (R.D. cit., art. 94, comma 2);
- "agli effetti della liquidazione dell'indennità, il salario si considera ridotto nelle proporzioni seguenti" (art. 95 R.D. cit.; seguiva una "tabella" delle varie invalidità, con la corrispondente indicazione della percentuale presunta di riduzione del salario: ad es., l'80% per la perdita d'un braccio; il 35% per la perdita d'un occhio, e così via).

Tale criterio venne recepito dalle leggi successive in tema di infortuni sul lavoro: il R.D. 17 agosto 1935, n. 1765, ed il relativo regolamento attuativo (R.D. 25 gennaio 1937, n. 200).

Dunque il calcolo percentuale delle conseguenze d'una lesione della salute, quando apparve nel mondo del diritto, vi apparve perché concepito per misurare la perdita del reddito e della capacità di produrlo, non certo la perdita della salute.

La capacità di lavoro è tuttavia una energia esauribile. È infatti ben concepibile che possa esistere un individuo vivente e capace di assolvere almeno le fondamentali funzioni vitali, ma totalmente inabile al lavoro.

Era pertanto logico e coerente con quel sistema che, dovendo misurarsi in punti percentuali la perduta capacità di lavoro, delle preesistenze si tenesse conto nella determinazione del grado di inabilità. Sarebbe, stato, infatti, iniquo addossare al responsabile (o all'assicuratore contro gli infortuni) il pagamento d'una indennità corrispondente alla perdita dell'intero salario, quando la vittima già prima dell'infortunio non era in grado di ottenere un salario di quel livello, od addirittura un qualsiasi salario.

Sicché, essendo anche allora demandata al medico-legale la determinazione del grado percentuale di inabilità permanente, fu giocoforza che l'incidenza delle preesistenze fosse a lui demandata, e rifluisse nella determinazione (non del risarcimento, ma) della suddetta percentuale di inabilità. Calcolo sempre possibile, perché avendo ogni lavoratore un salario, ed essendo esauribile la capacità di produrlo, ben poteva concepirsi un parametro di riferimento per la liquidazione del danno (l'inabilità assoluta totale, o 100% di inabilità) uguale per tutti.

Le cose vanno ben diversamente, però, quando si tratta di stimare un danno alla salute.

La salute, infatti, al contrario della capacità di lavoro, è un bene inesauribile. Chiunque viva per ciò solo ne possiede un'aliquota, nè sarebbe concepibile l'esistenza in vita d'una persona "senza salute". Persino colui il quale fosse affetto da patologie gravissime conserverebbe pur sempre un suo stato di salute ed una sua validità biologica, per quanto compromesse (ragione per cui si è affermato rettamente che la misurazione della compromissione della salute "non consente scale centesimali finite").

Questa ontologica differenza tra il danno da riduzione della capacità di lavoro ed il danno alla salute rende inutilizzabili i criteri concepiti per stimare l'incidenza delle preesistenze su una lesione della capacità di lavoro, quando si tratti di stimare l'incidenza delle preesistenze su una lesione della salute

Rapporti, calcoli proporzionali ed equazioni – anche a prescindere dalla loro maggiore o minore condivisibilità scientifica – in questo secondo caso non restituiscono valori attendibili, perché non è concepibile un benchmark (il "100%" di validità biologica) uguale per tutti i danneggiati.

Chi, dopo aver perso metà dello stipendio per causa di inabilità, patisca un secondo infortunio che lo obbliga a rinunciare ad un ulteriore quarto del suo reddito, ha patito un danno oggettivamente misurabile, quale che sia l'entità del suo reddito.

Chi, invece, avendo già un ginocchio anchilosato in posizione sfavorevole, subisca l'anchilosi anche dell'altro, potrà patire conseguenze ben diverse a seconda che sia giovane od anziano, dinamico o sedentario, ipocondriaco od esuberante; se vive solo od in compagnia, se ha parenti o no; se ha dovuto rinunciare ad attività realizzatrici della sua personalità, oppure no. Egli avrà dunque una validità antesinistro (il "suo" 100%) non comparabile con quella degli altri individui, ed è rispetto a tale concreta validità, e non a calcoli astratti, che andrà determinata l'effettiva incidenza del danno alla salute.

È, infatti, l'entità delle concrete rinunce indotte dalla menomazione che determina l'entità del danno, e tale entità può rivelarsi nei singoli casi assai cospicua anche per una persona già affetta da gravi invalidità se, nonostante queste, il danneggiato riusciva comunque a dedicarsi ad attività per lui gratificanti, ed alle quali abbia dovuto rinunciare a causa del secondo infortunio.

È vero, poi, anche l'opposto: e cioè che invalidità anche gravi possano essere prive di conseguenze, se insuscettibili di modificare in pejus la qualità della vita della vittima (come nel caso di scuola del tetraplegico che patisca una frattura calcaneare).

1.8.4. L'opinione secondo cui le invalidità preesistenti all'infortunio impongano una variazione del grado percentuale di invalidità permanente obiettivamente accertato in corpore, e di esse debba tenere conto il medico-legale e non il giudice, oltre che fondata su un presupposto divenuto erroneo, è altresì non coerente col sistema della legge.

Come già accennato, la liquidazione del danno alla salute deve essere rispettosa dei criteri dettati dall'art. 1223 c.c. e l'art. 1223 c.c. esclude dal novero dei dan-

ni risarcibili le conseguenze mediate ed indirette della condotta illecita od inadempiente.

La delimitazione del perimetro dei danni risarcibili, come si è già illustrato in precedenza, è questione di causalità giuridica, e l'accertamento della causalità giuridica è compito eminente del giudice.

Nella stima del danno alla salute al medico-legale si demanda il prezioso compito di misurare l'incidenza della menomazione sulla vita della vittima, misurazione che come detto avviene, per risalente tradizione (oggi recepita dalla legge), in punti percentuali. Ma non va mai dimenticato che il grado percentuale di invalidità permanente non è che una unità di misura del danno, non la sua liquidazione. Quella misurazione non può dunque che avvenire al netto di qualsiasi valutazione giuridica circa l'area della risarcibilità, onde evitare che delle preesistenze si finisca per tenere conto due volte: dapprima dal medico-legale, quando determina il grado percentuale di invalidità permanente; e poi dal giudice, quando determina il criterio di monetizzazione dell'invalidità.

Le osservazioni che precedono sono indirettamente confermate dalle "Istruzioni" contenute nell'allegato I al D.M. 3 luglio 2003 (in Gazz. Uff. 11.9.2003 n. 211), del quale fanno parte integrante per espressa previsione dell'art. 1, col quale è stata approvata la tabella delle invalidità in base alla quale liquidare il danno permanente alla salute causato da sinistro stradali e consistito in postumi di lieve entità, ex art. 139 cod. ass.

Ivi infatti si stabilisce che "nel caso in cui la menomazione interessi organi od apparati già sede di patologie od esiti di patologie, le indicazioni date dalla tabella andranno modificate a seconda della effettiva incidenza delle preesistenze rispetto ai valori medi". Regola che, se rettamente intesa – come è doveroso – alla luce dei principi generali del diritto civile, null'altro significa se non che, quando si deve stimare il grado percentuale di invalidità permanente sofferto da persona già invalida prima del sinistro, deve tenersi conto delle rinunce complessive cui questa sarà soggetta, senza pretendere di dividere l'essere umano in porzioni anteriori e posteriori al sinistro.

1.8.5. In conclusione, l'accertamento del danno alla salute in presenza di postumi permanenti anteriori all'infortunio, i quali siano in rapporto di concorrenza con i danni permanenti causati da quest'ultimo, richiede al medico-legale di valutare innanzitutto il grado di invalidità permanente obiettivo e complessivo presentato dalla vittima, senza alcuna variazione in aumento od in diminuzione della misura standard suggerita dai barème medico-legali, e senza applicazione di alcuna formula proporzionale. Gli richiederà poi, come si dirà tra breve, di quantificare in punti percentuali, il grado di invalidità permanente della vittima prima dell'infortunio, e fornire al giudice queste due indicazioni.

1.9. (B) La liquidazione del danno.

1.9.1. Detto come debba accertarsi il danno alla salute patito dalla persona già invalida, resta da dire della sua liquidazione, ovviamente nei limiti in cui il relativo sindacato è consentito a questa Corte: e cioè stabilire quali siano i criteri liquidativi rispettosi dei principi di integralità e proporzionalità del risarcimento del danno alla salute.

Il danno permanente alla salute, come qualsiasi altro pregiudizio, consiste concettualmente in una differenza: quella tra le attività che lo stato di salute della vittima le consentiva di svolgere prima dell'infortunio, e le attività residue che invece le sono consentite dallo stato di salute consolidatosi dopo l'infortunio.

Anche il danno biologico patito da persona già portatrice di postumi preesistenti consisterà dunque in una differenza: per l'esattezza, esso è pari allo scarto tra le conseguenze complessivamente patite dalla vittima dell'infortunio (i postumi complessivi), e le più lievi conseguenze dannose che la vittima avrebbe invece teoricamente dovuto tollerare a causa della sua patologia pregressa, se l'infortunio non si fosse verificato.

1.9.2. Si è detto tuttavia che il principio di causalità giuridica (art. 1223 c.c.) impone di espungere dal novero delle conseguenze dannose risarcibili quelle preesistenti all'infortunio, e che il nesso di causalità giuridica tra evento lesivo e conseguenze dannose risarcibili va accertato:

- sul piano del criterio di giudizio, con l'accertamento controfattuale: e cioè ipotizzando quale sarebbe potuta essere la condizione di salute della vittima, al momento della liquidazione, se l'illecito non ci fosse stato (ex multis, Sez. 3, Ordinanza n. 23197 del 27/09/2018, Rv. 650602 - 01; Sez. L, Sentenza n. 47 del 03/01/2017, Rv. 642263 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 2085 del 14/02/2012, Rv. 621799 - 01);
- sul piano della prova, con la regola c.d. della "preponderanza dell'evidenza", e cioè valutando se tra l'evento lesivo e le conseguenze dannose da esso causate sussista un legame probabilistico "relativo": se, cioè, tra tutte le cause astrattamente idonee a produrre il danno, l'evento lesivo rappresenti la meno improbabile nel caso specifico (ex multis, Sez. 3, Sentenza n. 25112 del 24/10/2017, Rv. 646451 - 01; Sez. 3, Sentenza n. 25113 del 24/10/2017, Rv. 646452 - 02; Sez. 3, Sentenza n. 3390 del 20/02/2015, Rv. 634481 - 01).

1.9.3. Applicando il criterio controfattuale alla fattispecie qui in esame, non potranno darsi che due eventualità: o le forzose rinunce patite dalla vittima in conseguenza del fatto illecito sarebbero state identiche, anche se la vittima fosse stata sana prima dell'infortunio; oppure quelle conseguenze dannose sono state amplificate dalla menomazione preesistente.

Nel primo caso la menomazione preesistente sarà giuridicamente irrilevante, come già detto.

Se, invece, in applicazione del giudizio controfattuale, dovesse concludersi che le conseguenze del fatto illecito, a causa della menomazione pregressa, sono state più penose di quelle che si sarebbero verificate se la vittima fosse stata sana, la preesistenza diviene giuridicamente rilevante. Senza di essa, infatti, il danno ingiusto finale patito dalla vittima sarebbe stato minore.

Se dunque la preesistenza ha aggravato il danno patito dalla vittima, ciò vuol dire che questo danno non è nella sua interezza una conseguenza immediata e diretta del fatto illecito, ma lo è soltanto per la parte che si sarebbe ugualmente verificata, anche se la vittima fosse stata sana. Per la parte restante, il danno è una conseguenza mediata, perché alla produzione di essa hanno concorso sia l'illecito, sia le preesistenze; per questa parte, dunque, il danno, benché in toto imputabile sul piano della causalità materiale, non è integralmente risarcibile, ai sensi dell'art. 1223 c.c. (Sez. 3, Sentenza n. 15991 del 21/07/2011, Rv. 618882 - 01).

1.9.4. Ne consegue che la stima del danno alla salute patito da chi fosse portatore di patologie pregresse richiede innanzitutto che il medico legale fornisca al giudicante una doppia valutazione:

- l'una, reale e concreta, indicativa dell'effettivo grado percentuale di invalidità permanente di cui la vittima sia complessivamente portatrice all'esito dell'infortunio, valutato sommando tutti i postumi riscontrati in vivo e non in vitro, di qualunque tipo e da qualunque causa provocati;
- l'altra, astratta ed ipotetica, pari all'ideale grado di invalidità permanente di cui la vittima era portatrice prima dell'infortunio.

Ovviamente - non sarà superfluo ricordarlo - nel formulare tali valutazioni il medico-legale resta sempre obbligato ad indicare il criterio adottato per pervenire alla determinazione del grado di invalidità permanente e il barème cui ha fatto riferimento. In assenza di tali precisazioni, infatti, sarebbe preclusa al giudice la possibilità di ripercorrere l'iter logico seguito dal medico-legale, e quindi di valutare la correttezza del suo operato.

1.9.5. Una volta stabilito il grado di invalidità permanente effettivo patito della vittima, e quello presumibile se il sinistro non si fosse verificato, la liquidazione del danno non può certo avvenire sottraendo brutalmente il secondo dal primo, applicando (erroneamente) il criterio del frazionamento della causalità materiale.

Il risarcimento del danno alla salute, infatti, sia quando è disciplinato dalla legge, sia quando avvenga coi criteri introdotti dalla giurisprudenza, avviene comunque con modalità tali che il quantum debeatur cresce in modo più che proporzionale rispetto alla gravità dei postumi: ad invalidità doppie corrispondono perciò risarcimenti più che doppi.

Ne consegue che tale principio ne resterebbe vulnerato se, nella stima del danno alla salute patito da persona già invalida, si avesse riguardo solo al "delta", ovvero all'incremento del grado percentuale di invalidità permanente ascrivibile alla condotta del responsabile.

Sono infatti, le funzioni vitali perdute dalla vittima e le conseguenti privazioni a costituire il danno risarcibile, non certo il grado di invalidità, che ne è solo la misura convenzionale: e poiché le suddette sofferenze progrediscono con intensità geometricamente crescente rispetto al crescere dell'invalidità, l'adozione del criterio sostenuto dalla società ricorrente condurrebbe ad una sottostima del danno, e dunque ad una violazione dell'art. 1223 c.c.

D'una persona invalida al 60%, che in conseguenza d'un fatto illecito divenga invalida al 70%, non si dirà che ha patito una invalidità del 10%, da liquidare con criteri più o meno modificati rispetto a quelli standard.

Si dirà, al contrario, che, sul piano della causalità materiale, ha patito una invalidità del 70%, perché questa è la misura del suo stato attuale di salute, e tale invalidità occorrerà innanzitutto trasformare in denaro.

Dopodiché, essendo una parte del suddetto pregiudizio slegata eziologicamente dall'evento illecito, per una stima del danno rispettosa dell'art. 1223 c.c. non dovrà farsi altro che trasformare in denaro il grado preesistente di invalidità, e sottrarlo dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata in corpore.

Il diverso criterio invocato dalla società ricorrente, per contro, finirebbe per confondere il danno con la sua misura, perché lo identifica con la percentuale di invalidità permanente; e confonderebbe altresì la parte con il tutto, perché trascura di considerare che ogni individuo costituisce un unicum irripetibile, rispetto al quale le conseguenze dannose del fatto illecito vanno dapprima considerate e stimate nella loro globalità, e poi depurate della quota non causalmente riconducibile alla condotta del responsabile.

Ma il danno alla salute consiste nelle rinunce forzose indotte dalla menomazione, non nel punteggio di invalidità permanente. Pertanto chi è invalido al 70% ha perduto – teoricamente – la possibilità di svolgere il 70% delle attività precedentemente svolte, e la stima di questo danno non può che avvenire ponendo a base del calcolo il valore monetario previsto per una invalidità del 70%.

Così, ad esempio, il soggetto monocolo che abbia perso l'occhio sano in conseguenza della condotta illecita altrui, non potrà vedersi risarcire, sic et simpliciter, il valore monetario della percentuale di invalidità prevista per la perdita di un occhio, dovendosi viceversa procedere alla quantificazione del risarcimento sulla base delle capacità perdute, e dunque sulla base della perdita dell'intero senso della vista, e non di quella dell'organo materialmente leso.

Nè ha pregio il rilievo secondo cui l'applicazione

rigida di tale criterio potrebbe condurre ad esiti iniqui o paradossali. Infatti, dal momento che si versa pur sempre in tema di liquidazioni equitative ex art. 1226 c.c., sarà sempre possibile per il giudice di merito aumentare o ridurre il risultato finale del calcolo liquidatorio, ove le lo impongano le circostanze del caso concreto.

1.10. I principi di diritto sin qui esposti possono ora riassumersi come segue:

1) lo stato anteriore di salute della vittima di lesioni personali può concausare la lesione, oppure la menomazione che da quella derivata;
2) la concausa di lesioni è giuridicamente irrilevante;
3) la menomazione preesistente può essere concorrente o coesistente col maggior danno causato dall'illecito;
4) saranno "coesistenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presentino sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi; saranno, invece, "concorrenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate, e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi;
5) le menomazioni coesistenti sono di norma irrilevanti ai fini della liquidazione; nè può valere in ambito di responsabilità civile la regola sorta nell'ambito dell'infortunistica sul lavoro, che abbassa il risarcimento sempre e comunque per i portatori di patologie pregresse;
6) le menomazioni concorrenti vanno di norma tenute in considerazione:
   a) stimando in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), e convertendola in denaro;
   b) stimando in punti percentuali l'invalidità teoricamente preesistente all'illecito, e convertendola in denaro; lo stato di validità anteriore al sinistro dovrà essere però considerato pari al 100% in tutti quei casi in cui le patologie pregresse di cui il danneggiato era portatore non gli impedivano di condurre una vita normale;
   c) sottraendo l'importo (b) dall'importo (a).
7) resta imprescindibile il potere-dovere del giudice di ricorrere all'equità correttiva ove l'applicazione rigida del calcolo che precede conduca, per effetto della progressività delle tabelle, a risultati manifestamente iniqui per eccesso o per difetto.

1.11. La sentenza impugnata ha fatto corretta applicazione di questi principi.

Essa infatti ha accertato in fatto che, a causa del sinistro avvenuto nel (OMISSIS), L.G.B. ha patito conseguenze dannose che hanno reso più penosa la menomazione di cui era già portatore.

Ha accertato, dunque, l'esistenza di preesistenze "concorrenti" con quelle provocate dal sinistro, e le ha liquidate esattamente col criterio sopra indicato.

Nè rileva che la Corte d'appello abbia formalmente definito "coesistenti", forse per un lapsus calami, i postumi di cui l'attore era portatore prima del secondo infortunio.

Quel che, rileva, infatti, è l'accertamento contenuto nella sentenza, non le formule definitorie da questa adottate: e la sentenza impugnata ha per l'appunto ritenuto che i postumi preesistenti di cui la vittima era portatrice fossero stati aggravati da quelli sopravvenuti. E, per quanto detto, se una menomazione già preesistente è resa più penosa da una seconda menomazione sopravvenuta, ci troviamo in presenza di postumi concorrenti, non coesistenti, la cui liquidazione dovrà avvenire col criterio sopra indicato, e puntualmente applicato dalla Corte d'appello.

2. Il secondo motivo di ricorso.

2.1. Col secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 1226 c.c.

Sostiene che tale norma sarebbe stata violata perché la Corte d'appello, dinanzi ad una invalidità causata dal sinistro e consistente in una micropermanente (stimata in misura pari al 6,5% della totale validità dell'individuo), adottando il criterio sopra indicato avrebbe finito per liquidare alla vittima un risarcimento di 84.000 Euro, spropositato rispetto alla reale entità del danno.

2.2. Il motivo resta assorbito dal rigetto del primo motivo nella parte in cui lamenta la violazione dell'art. 1226 c.c.. Lo stabilire, poi, se la misura del risarcimento liquidata dal giudice di merito dovesse o potesse essere ridotta in applicazione di equità correttiva è questione di puro merito, non sindacabile in questa sede.

3. Il terzo motivo di ricorso.

3.1. Col terzo motivo la ricorrente lamenta sia il vizio di nullità della sentenza, sia quello di omesso esame d'un fatto decisivo.

Deduce che la motivazione della sentenza sarebbe contraddittoria perché dapprima ha accertato l'insussistenza di un valido nesso di causa tra il sinistro e l'aggravamento delle patologie di cui la vittima era già portatrice; nondimeno, pur avendo accertato tale nesso di causa, ha liquidato il danno col criterio differenziale sopra ricordato, affermando che l'infortunio aveva comunque provocato "un aggravamento delle precarie condizioni di salute della persona danneggiata".

3.2. La censura è infondata.

La Corte d'appello, infatti, non ha mai affermato quel che la ricorrente pretende di farle dire: e cioè l'avere da un lato negato che l'infortunio del (OMISSIS) avesse aggravato quello del (OMISSIS); e dall'altro avere contraddittoriamente liquidato il danno ritenendo che le lesioni avessero provocato "un aggravamento delle condizioni di salute preesistenti".

Il ragionamento seguito dalla Corte d'appello è stato ben diverso.

La Corte d'appello doveva stabilire in primo luogo se fosse vero quanto dedotto dall'attore, e cioè che fu l'infortunio del (OMISSIS) a rendere necessaria la protesi d'anca. Doveva, poi, liquidare il danno concretamente accertato.

La Corte d'appello, quanto al primo problema, ha escluso che fu il sinistro (OMISSIS) a rendere necessaria la protesi d'anca.

Avere escluso tale nesso di causa, tuttavia, non significava di per sè escludere anche che l'infortunio del (OMISSIS) avesse reso più penose le conseguenze dell'infortunio del (OMISSIS).

Infatti è perfettamente concepibile che i postumi di un secondo infortunio, pur non avendo determinato l'evoluzione peggiorativa di postumi pregressi, nondimeno li abbiano resi più penosi.

Nel caso di specie, il secondo infortunio aveva per l'appunto attinto l'arto inferiore destro, cioè proprio quello già interessato dai postumi precedenti.

Fu, perciò, corretta in punto di diritto l'affermazione compiuta dalla Corte d'appello, secondo cui anche quando una seconda lesione incida su organi diversi rispetto a quelli interessati dalla prima lesione, "è comunque necessario valutare il concreto impatto che il secondo infortunio ha prodotto sulla persona e, quindi, la concreta menomazione subita anche alla luce dell'inabilità pregressa".

Questo principio, per quanto detto, è corretto dal punto di vista giuridico e medico-legale; lo stabilire poi in concreto se ed in che misura il secondo infortunio abbia inciso sulle conseguenze del primo è circostanza di fatto riservata al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità.

4. Le spese.

4.1. Le spese del presente grado di giudizio vanno compensate integralmente tra le parti, in considerazione della delicatezza e novità del tema trattato.

4.2. Il rigetto del ricorso costituisce il presupposto, del quale si dà atto con la presente sentenza, per il pagamento a carico della parte ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, (nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17).

P.Q.M.

(*Omissis*)

Nota a sentenza

sommario

Premessa. – **1.** Il danno iatrogeno differenziale. – **2.** Differenze tra menomazione concorrente e coesistente e calcolo del danno differenziale dal punto di vista medico-legale. – **3.** La decisione.

Premessa

La Suprema Corte di Cassazione ha recentemente statuito con una serie di sentenza, molto attese, ben dieci e tra cui la pronuncia in commento, in merito alla responsabilità professionale in ambito medico sanitario.

La materia della "medical malpractice" ha visto negl'ultimi 10 anni un aumento esponenziale del contenzioso che ha prodotto due importanti conseguenze: da un lato ha costretto il Legislatore a dettare una normativa specifica (dapprima con la Legge Balduzzi e successivamente la L. 24/2017 Gelli-Bianco); dall'altra la produzione di una enorme mole di pronunce giurisprudenziali.

Tale seconda circostanza, a sua volta, ha condotto ad una ulteriore inauspicata conseguenza. Difatti, in ragione della delicatezza delle questioni sottese al contenzioso (ad esempio in relazione all'accertamento del nesso eziologico condotta dei sanitari e pretesi danni ed al concetto di perdita di chance) e della labilità della linea di demarcazione tra le fattispecie dannose accertabili (il danno non patrimoniale inteso in tutte le sue sfaccettature: danno biologico; differenziale; morale; esistenziale; biologico terminale; catastrofale; da perdita o lesione del rapporto parentale, da chance di sopravvivenza etc.), le varie Corti di merito hanno spesso affrontato e risolto – talvolta anche all'interno dello stesso ufficio giudiziario – casi simili in modo difforme.

La terza sezione civile della Corte di Cassazione, con le c.d. "nuove sentenze di San Martino" (perché pubblicate tutte l'11 novembre), ha offerto ai giudici del merito un vero e proprio "compendio" sulla liquidazione del danno in ipotesi di responsabilità medica, così da uniformare quanto più possibile la giurisprudenza sull'intero territorio nazionale.

Tra le dieci, la pronuncia in commento si è occupata del controverso tema della liquidazione del danno differenziale.

1. Il danno iatrogeno differenziale

Il danno iatrogeno differenziale, con il tempo, ha assunto una importanza – sempre crescente – proprio perché nei giudizi di responsabilità medica rappresenta una species del danno biologico inteso ex art. 138 del Codice delle assicurazioni private (D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) comma 2, lett. a), come "la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale, che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito".

Il danno differenziale può essere definito come pregiudizio alla salute collegato all'aggravamento di una lesione o di una patologia preesistente, ascrivibile a responsabilità di un terzo od a cause naturali, derivato

dal comportamento colposo di un diverso soggetto. Pertanto si può parlare di danno "iatrogeno" differenziale qualora l'intervento dei sanitari inteso a far fronte ad una lesione originaria[1] della salute, produca l'aggravamento della lesione ovvero la non guarigione dalla stessa.

Così qualificato il danno iatrogeno differenziale, appare evidente come la liquidazione dello stesso presupponga l'accertamento del nesso causale condotta/evento/danni inteso tuttavia nella sua doppia accezione di nesso causale materiale e giuridico. Sul piano della causalità materiale, occorre verificare l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 cod. pen., così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, mentre sul piano della causalità giuridica, occorre procedere alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause allo scopo di evitare l'attribuzione all'autore della condotta, "responsabile *tout court* sul piano della causalità materiale", un obbligo risarcitorio che comprenda anche "*le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì alla pregressa situazione patologica del danneggiato ……*" [2].

Nello specifico, come ribadito proprio dalla terza sezione civile con l'annotata sentenza "L'accertamento del nesso di causalità giuridica ha una funzione ben diversa: delimitare l'area del danno risarcibile. Sotto questo aspetto spetterà al giudice, dopo avere accertato la causalità materiale e la colpa dell'offensore, stabilire quali, tra le teoricamente infinite conseguenze dannose provocate dall'evento di danno (la lesione del diritto) costituiscano conseguenza "immediata e diretta" di quello, e quali no, comparando le condizioni del danneggiato precedenti l'illecito, quelle successive all'evento imputabile, e quelle che si sarebbero determinate a prescindere da questo".

Al fine di poter invece giungere al giusto calcolo del "risarcimento" dovuto per un procurato danno iatrogeno differenziale, si sono confrontate in giurisprudenza diverse teorie.

Una prima teoria consisteva nel quantificare il danno iatrogeno differenziale, sottraendo semplicemente dalla percentuale di invalidità permanente complessiva, la percentuale attribuibile alla patologia o lesione preesistente e calcolare il risarcimento in base al valore di tale sottrazione.

Una seconda opzione, che poi è stata quella più adottata dalla giurisprudenza, consiste nel quantificare il danno differenziale, non con la differenza tra le percentuali di invalidità, ma con la sottrazione dei valori monetari corrispondenti a tali percentuali "*In tema di responsabilità medica, allorché un paziente, già affetto da una situazione di compromissione dell'integrità fisica, sia sottoposto ad un intervento che, per la sua cattiva esecuzione, determini un esito di compromissione ulteriore rispetto alla percentuale che sarebbe comunque residuata anche in caso di ottimale esecuzione dell'intervento stesso, ai fini della liquidazione del danno con il sistema tabellare, deve assumersi come percentuale di invalidità quella effettivamente risultante, alla quale va sottratto quanto monetariamente indicato in tabella per la percentuale di invalidità comunque ineliminabile, e perciò non riconducibile alla responsabilità del sanitario.*"[3]. Il risarcimento è quindi pari all'importo stabilito per la percentuale d'invalidità complessiva, al quale va però sottratto l'importo, indicato dalle tabelle, per la percentuale di invalidità che si sarebbe comunque residuata nel paziente anche in caso di intervento ottimale e corretto del medico.

Questa seconda teoria è d'altronde quella recepita dalla Suprema Corte anche con la presente pronuncia "1.9.5. Una volta stabilito il grado di invalidità permanente effettivo patito della vittima, e quello presumibile se il sinistro non si fosse verificato, la liquidazione del danno non può certo avvenire sottraendo brutalmente il secondo dal primo, applicando (erroneamente) il criterio del frazionamento della causalità materiale. Il risarcimento del danno alla salute, infatti, sia quando è disciplinato dalla legge, sia quando avvenga coi criteri introdotti dalla giurisprudenza, avviene comunque con modalità tali che il quantum debeatur cresce in modo più che proporzionale rispetto alla gravità dei postumi: ad invalidità doppie corrispondono perciò risarcimenti più che doppi. Ne consegue che tale principio ne resterebbe vulnerato se, nella stima del danno alla salute patito da persona già invalida, si avesse riguardo solo al "delta", ovvero all'incremento del grado percentuale di invalidità permanente ascrivibile alla condotta del responsabile. Sono infatti, le funzioni vitali perdute dalla vittima e le conseguenti privazioni a costituire il danno risarcibile, non certo il grado di invalidità, che ne è solo la misura convenzionale: e poiché le suddette sofferenze progrediscono con intensità geometricamente crescente rispetto al crescere dell'invalidità, l'adozione del criterio sostenuto dalla società ricorrente condurrebbe ad una sottostima del danno, e dunque ad una violazione dell'art. 1223 c.c. D'una persona invalida al 60%, che in conseguenza d'un fatto illecito divenga invalida al 70%, non si dirà che ha patito una invalidità del 10%, da liquidare con criteri più o meno modificati rispetto a quelli standard. Si dirà, al contrario, che, sul piano della causalità materiale, ha patito una invalidità del 70%, perché questa è la misura del suo stato attuale di salute, e tale invalidità occorrerà innanzitutto trasformare in dena-

[1] la lesione originaria alla salute di un soggetto, sulla quale poi si innesta il danno iatrogeno differenziale, può dipendere: 1) o dal caso fortuito, da forza maggiore ovvero ancora dalla condotta di un terzo incolpevole, 2) oppure da una condotta umana colpevole ma di un terzo.

[2] Cass. civ., 21 luglio 2011, n. 15991.

[3] Cass. civ. sez. III, 19 marzo 2014, n. 6341.

ro. Dopodiché, essendo una parte del suddetto pregiudizio slegata eziologicamente dall'evento illecito, per una stima del danno rispettosa dell'art. 1223 c.c. non dovrà farsi altro che trasformare in denaro il grado preesistente di invalidità, e sottrarlo dal valore monetario dell'invalidità complessivamente accertata in corpore".

In ogni caso, qualunque siano le modalità di liquidazione del "risarcimento" dovuto, in ragione del su esposto principio della causalità giuridica, fondamentale è circoscrivere l'entità ed i confini del "danno" differenziale. Orbene, per tale determinazione, appare evidente il rilievo che assumono le menomazioni sopportate dal danneggiato e preesistenti alla condotta del preteso responsabile.

La preesistenza di malattie o menomazioni in capo alla persona vittima di lesioni personali, difatti, può rappresentare una concausa tanto della lesione della salute, quanto della menomazione che ne è derivata. Se la preesistenza è stata una concausa della "lesione iniziale" dell'integrità psicofisica (per questo caso la Suprema Corte porta l'esempio dell'emofiliaco cui venga inflitta una minuscola ferita), di essa non deve tenersi conto nella liquidazione del danno, e tanto meno nella determinazione del grado di invalidità permanente. Se la preesistenza è invece una concausa della "menomazione finale" del soggetto, in questo caso assume rilievo la differenza tra menomazione concorrente e coesistente.

2. Differenze tra menomazione concorrente e coesistente e calcolo del danno differenziale dal punto di vista medico-legale

Come anzidetto, nello stato anteriore della persona possono rilevarsi menomazioni coesistenti o concorrenti rispetto alla menomazione di cui trattasi nel giudizio risarcitorio: è coesistente quella che interessa un distretto anatomo-funzionale diverso da quello colpito dalla nuova lesione; è concorrente la menomazione che interessa lo stesso distretto. Il problema di distinguere fra menomazioni coesistenti e concorrenti è sempre stato posto dalla dottrina medico-legale; e risulta previsto dal Legislatore nel Codice delle Assicurazioni (D.Lgs. n. 209/2005). Segnatamente, il distinguo lo si evince nel sottocapitolo Menomazioni Preesistenti nell'ambito Criteri Applicativi della Tabella delle Menomazioni Psicofisiche comprese fra 1 e 9 punti di Invalidità (decreto 03.07.2003); ed anche nei Criteri Applicativi stessi della tabella delle menomazioni comprese fra 10 e 100 punti di cui all'art. 138 del Decreto. Nel sotto-capitolo si dice espressamente che le indicazioni date dalle tabelle medico legali, nel caso in cui la menomazione di cui trattasi, interessi organi o apparati già sede di patologie od esiti di patologie, devono essere modificate a seconda che l'interazione fra menomazione e preesistenza aumenti ovvero diminuisca il danno da lesione rispetto ai valori medi previsti nel barème. Orbene per affrontare il problema del "distinguo" tra i due concetti, l'unica strada percorribile è praticabile applicando una netta, rigida separazione fra coesistenze e concorrenze, nel senso che queste ultime sono tali solo se si sovrappongono sul "medesimo" distretto anatomico-funzionale. Tale per cui, per intenderci, la menomazione ad una mano in soggetto paraplegico, non è concorrente pur essendo vero che, di fatto, la persona presenta un'ulteriore negativa ricaduta per difficoltà nello spingere la carrozzina a ruote.

Posto che, per volontà del Legislatore, a fronte di menomazioni concorrenti le indicazioni date dalle tabelle di legge devono essere modificate nel senso anzidetto, si tratta di stabilire le modalità con cui devono essere apportate, sul piano medico legale, tali modifiche.

Un metodo più risalente nella pratica medico-legale, ritiene, di dover introdurre una certa maggiorazione nel valore base della lesione di cui alla tabella, essendo riconosciute maggiori, negative ricadute sulla persona nel "fare quotidiano".

Diversamente un secondo metodo, oramai da decenni in uso, procede valutando percentualmente, con criteri di RC e di ragionevolezza, la menomazione dello stato anteriore (ad es. 33%); stimando l'attuale complessivo danno biologico permanente alimentato dalla concorrenza delle due cause (12% per la lesione sopraggiunta – 12+33 porterebbe a 45, ma è corretto procedere per valutazione complessiva e non per somma aritmetica, per cui il globale derivante dalla concorrenza va indicato al 40%). In ultimo si calcola la differenza tra i due valori, cioè 40-33= 7%, peraltro con valore economico non nella scala da uno a sette ma per differenza tra il valore monetario del 40% e quello del 33% (come imposto dalla Corte di Cassazione – vd. nota 3).

Tale metodo dunque considera che debba essere rispettato il seguente principio: le menomazioni della fascia bassa della scala (a partire dall'1%) sotto il profilo medico-legale hanno un significato disfunzionale (e, per conseguenza, pregiudizievole nelle attività della vita quotidiana) sempre inferiore alle invalidità proprie delle fasce più alte; è evidente, infatti, che più ci si sposta verso i valori massimi della scala da 1 a 100, progressivamente più compromettenti per il danneggiato sono le menomazioni. Nella scelta di un metodo piuttosto che dell'altro, la medicina legale appare divisa: gli innovatori ritengono che il "vecchio" sistema non renda appieno giustizia al danneggiato con maggiori pregiudizi; i tradizionalisti evidenziano come non raramente, nel nuovo sistema, si approderebbe a liquidazioni risarcitorie sproporzionate in eccesso[4].

[4] OSSERVATORIO SULLA GIUSTIZIA CIVILE DI MILANO - Gruppo Danno alla Persona Gruppo «Cinque».

3. La decisione

Atteso quanto precisato ai precedenti paragrafi, si comprende il motivo per cui la Corte di Cassazione, in ossequio al fine prepostosi, ovvero di fornire un vero e proprio *vademecum* per i giudici del merito che si occupano di danni da responsabilità sanitaria, con l'annotata sentenza, ha chiarito quale deve essere il percorso logico scientifico-giuridico che l'interprete deve seguire in ipotesi di aggravamento di una lesione già preesistente, così da poter correttamente accertare l'eventuale sussistenza del danno biologico, l'esatta entità dello stesso e la sua conversione in moneta.

Nello specifico, secondo gl'Ermellini, il Giudice di merito deve sempre tenere conto:

- che lo stato anteriore di salute della vittima di lesioni personali può concausare la lesione stessa (in questo caso è giuridicamente irrilevante), oppure concausare la menomazione che da quella è derivata;
- che la menomazione preesistente può essere concorrente o coesistente col maggior danno causato dall'illecito. Sono "coesistenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti non mutano per il fatto che si presentino sole od associate ad altre menomazioni, anche se afferenti i medesimi organi (di norma sono giuridicamente irrilevanti). Sono, invece, "concorrenti" le menomazioni i cui effetti invalidanti sono meno gravi se isolate, e più gravi se associate ad altre menomazioni, anche se afferenti ad organi diversi. Le menomazioni concorrenti vanno di norma tenute in considerazione: *a)* stimando in punti percentuali l'invalidità complessiva dell'individuo (risultante, cioè, dalla menomazione preesistente più quella causata dall'illecito), e convertendola in denaro; *b)* stimando in punti percentuali l'invalidità teoricamente preesistente all'illecito, e convertendola in denaro (lo stato di validità anteriore al sinistro dovrà essere però considerato pari al 100% in tutti quei casi in cui le patologie pregresse di cui il danneggiato era portatore non gli impedivano di condurre una vita normale); *c)* sottraendo l'importo (b) dall'importo (a).

Manuela D'Andrea
Specializzanda in Professioni legali e laureata in Bioetica

La Consulta torna a parlare e discutere in merito alla vita.
Nota a Corte cost., 23/10/2019, n. 221

abstract

A law so much desired, little loved and much discussed: the law of 02/19/2004 n. 40, published in G.U. n. 45 of 02/24/2004, is known as "Rules in Medically Assisted Procreation", better known by the acronym of PMA. A law already born in itself old, because it is too detailed and poorly attached to the individual concrete cases presented to the judges.

Scientific and technological progress has allowed man to know and to open the doors of the imaginable. Italy has been one of the last Western countries to apply rules praising life and change. A child, a cradle, a birth is always a source of joy and personal, material and moral enrichment. The dream, the completion of which every family, each couple is inspired and it is here that problems arise. Once again, after years of its publication, the law story leaves a tangible sign of profound disappointment to numerous couples and families, this time of a homosexual type, but it continues with order not from the last sentence of the Constitutional Court but, from the foundations of this legislation, part and good substance from the Consulta and never again taken up by our legislator. Bioethics and consequently bio-juridical should wade with eyes directed towards the future, eliminating the social differences of which we are still imbued.

keywords

Homosexual Couples – Family – PMA.

abstract

Una legge tanto voluta, poco amata e molto discussa: la legge del 19/02/2004 n. 40, pubblicata in G.U. n. 45 del 24/02/2004, è nota come "Norme in Materia di Procreazione Medicalmente Assistita", meglio conosciuta con l'acronimo di PMA. Una legge già di per sé nata vecchia, perché troppo dettagliata e poco attanagliata ai singoli casi concreti presentati ai giudici.

Il progresso scientifico- tecnologico ha permesso all'uomo di conoscere e di aprire le porte dell'inimmaginabile. L'Italia è stato uno degli ultimi Paesi Occidentali ad introdurre norme inneggianti alla vita e al cambiamento. Un bimbo, una culla, una nascita è sempre fonte di gioia e di arricchimento personale, materiale e morale. Il sogno, il completamento a cui ogni famiglia, ogni coppia si ispira ed è qui, che nascono i problemi. Ancora una volta, dopo anni dalla sua pubblicazione tale legge lascia un segno tangibile di profonda delusione a numerose coppie e famiglie stavolta di tipo omosessuale, ma proseguiamo con ordine non dall'ultima sentenza della Corte Costituzionale bensì, dalle fondamenta di tale normativa smembrata in buona parte ed in buona sostanza dalla Consulta e mai più ripresa dal nostro legislatore. La bioetica e per conseguenza la biogiuridica dovrebbero guadare con occhi rivolti al futuro, eliminando le differenze sociali di cui ancora siamo intrisi.

parole chiave

Coppie Omosessuali – Famiglia – PMA.

Nota a sentenza

(*Omissis*)

Ritenuto in fatto

1. – Con ordinanza [*Omissis*], il Tribunale ordinario di Pordenone ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, 31, secondo comma, 32, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione – quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 – degli artt. 5 e 12, commi 2, 9 e 10, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui, rispettivamente, limitano l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (d'ora in avanti: PMA) alle sole «coppie […] di sesso diverso» e sanzionano, di riflesso, chiunque

applichi tali tecniche «a coppie […] composte da soggetti dello stesso sesso».

1.1. – Il giudice a quo premette di essere investito del procedimento cautelare promosso, [*Omissis*], da due donne, parti di una unione civile, in seguito al rifiuto opposto dalla locale Azienda sanitaria alla loro richiesta di accesso alla PMA. Le ricorrenti hanno esposto di convivere more uxorio dal 2012 e di aver contratto unione civile nel 2017; di aver maturato nel corso del tempo il desiderio della genitorialità, tanto che una di loro aveva intrapreso un percorso di PMA in Spagna, all'esito del quale aveva dato alla luce in Italia due gemelli; che anche l'altra ricorrente intendeva realizzare il suo desiderio di maternità, senza tuttavia recarsi all'estero, con costi piuttosto elevati, poiché, a suo parere, la legge n. 40 del 2004 – dopo le sentenze della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015 e alla luce di alcune importanti pronunce della giurisprudenza di legittimità – avrebbe consentito alle coppie omosessuali di accedere alle tecniche di PMA anche in Italia; che le ricorrenti si erano quindi rivolte all'Azienda per l'assistenza sanitaria n. 5 "Friuli occidentale", presso la quale era stato istituito un servizio di PMA di elevato livello qualitativo; che il responsabile del servizio aveva, tuttavia, respinto la loro richiesta, sul rilievo che l'art. 5 della legge n. 40 del 2004 riserva la fecondazione assistita alle sole coppie composte da persone di sesso diverso. Reputando illegittimo il diniego, le ricorrenti hanno chiesto al giudice adito di ordinare, con provvedimento d'urgenza, all'Azienda sanitaria di consentire loro l'accesso alla PMA, previa proposizione – ove il problema non fosse ritenuto superabile in via interpretativa – di questioni di legittimità costituzionale del citato art. 5 ed, eventualmente, dell'art. 4, comma 1, della medesima legge n. 40 del 2004, nella parte in cui limita la PMA «ai casi di sterilità o di infertilità», anche quando si tratti di coppie formate da persone dello stesso sesso. [*Omissis*] Il giudice a quo rileva che, in base all'art. 5 della legge n. 40 del 2004, «[f]ermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». Nella specie, le ricorrenti sono maggiorenni, coniugate o conviventi (avendo costituito un'unione civile), in età potenzialmente fertile ed entrambe viventi. Esse rimarrebbero, tuttavia, escluse dall'accesso alla procedura, trattandosi di una coppia di persone non di sesso diverso, ma dello stesso sesso. Tale preclusione risulterebbe, d'altra parte, presidiata da incisive previsioni sanzionatorie. L'art. 12 della legge n. 40 del 2004 punisce, al comma 2, con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro «[c]hiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie […] che siano composte da soggetti dello stesso sesso». Prevede, inoltre, al comma 9, «la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti» di cui al medesimo articolo. Stabilisce, infine, al comma 10, la sospensione per un anno dell'autorizzazione concessa «alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate», con possibilità di revoca della stessa «[n]ell'ipotesi di più violazioni dei divieti […] o di recidiva». Il rimettente dubita, tuttavia, della legittimità costituzionale delle disposizioni dianzi indicate. Il divieto di accesso alla PMA, stabilito nei confronti delle coppie omosessuali, e la correlata previsione di sanzioni nei confronti del personale medico e delle strutture che non lo rispettino si porrebbero in contrasto, anzitutto, con l'art. 2 Cost., in quanto non garantirebbero il diritto fondamentale alla genitorialità dell'individuo, sia come soggetto singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, la nozione di formazione sociale, di cui al citato art. 2 Cost., abbraccia «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico». Essa comprende, pertanto, anche l'unione civile tra persone dello stesso sesso: conclusione che trova conferma nell'art. 1, comma 1, della legge 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), ove l'unione civile è espressamente qualificata come «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione». In tal modo, il legislatore italiano avrebbe superato l'impostazione tradizionale, in base alla quale la coppia familiare era necessariamente composta da soggetti di sesso diverso, rendendo omogenee le famiglie, sia omosessuali, sia eterosessuali. [*Omissis*] Tale rilievo – ad avviso del giudice a quo – renderebbe manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, prospettata peraltro dalle ricorrenti solo in via subordinata. Vietando alle coppie di cittadini dello stesso sesso di accedere in Italia alla PMA, le disposizioni denunciate finirebbero, d'altra parte, per riconoscere il diritto alla filiazione alle sole coppie omosessuali che siano in grado di sostenere i costi per sottoporsi a tali tecniche in uno dei numerosi Stati esteri che, viceversa, lo consentono. Come già rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 162 del 2014 –[*Omissis*]– si realizzerebbe, in questo modo, «un ingiustificato, diverso trattamento delle coppie […], in base alla capacità economica delle stesse, che assurge intollerabilmente a requisito dell'esercizio di un diritto fondamentale»: esito che rappresenterebbe «non un mero inconveniente di fatto, bensì il diretto effetto delle disposizioni in esame, conseguente ad un bilanciamento degli interessi manifestamente [*Omissis*]

irragionevole». Risulterebbero violati, ancora, l'art. 31, secondo comma, Cost., in forza del quale la Repubblica è chiamata a proteggere la maternità, favorendo gli istituti necessari a tale scopo, e l'art. 32, primo comma, Cost., in quanto – come rilevato dalla citata sentenza n. 162 del 2014 – il diritto alla salute, tutelato dal precetto costituzionale, deve ritenersi comprensivo della salute psichica, oltre che fisica: e, nella specie, sarebbe «certo che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner, mediante il ricorso alla PMA, possa incidere negativamente, in misura anche rilevante, sulla salute della coppia». Le norme censurate violerebbero, infine, l'art. 117, primo comma, Cost., ponendosi in contrasto con gli artt. 8 e 14 CEDU, che prevedono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita familiare e il divieto di discriminazione. Il divieto in discussione si tradurrebbe, infatti, in una inammissibile interferenza in una scelta di vita che compete alla coppia familiare, attuando, al tempo stesso, una irragionevole discriminazione fondata sul mero orientamento sessuale dei suoi componenti. Le questioni sarebbero rilevanti nel giudizio a quo, posto che, allo stato, la richiesta delle ricorrenti di accedere alla PMA trova ostacolo nelle disposizioni denunciate. L'univoco tenore letterale di queste ultime escluderebbe, d'altronde, la praticabilità dell'interpretazione costituzionalmente orientata prospettata in via principale dalle ricorrenti.

1.2. – Si sono costituite S. B. e C. D., parti ricorrenti nel giudizio a quo, le quali hanno chiesto che le questioni siano accolte. Le parti costituite osservano come la Corte costituzionale sia intervenuta più volte sulla legge n. 40 del 2004, al fine di estendere l'accesso alla PMA a soggetti inizialmente esclusi. In particolare, con la sentenza n. 162 del 2014 è caduto il divieto di ricorso a tecniche di tipo eterologo per le coppie eterosessuali affette da sterilità o infertilità assolute e irreversibili, mentre la successiva sentenza n. 96 del 2015 ha garantito l'accesso alla PMA anche alle coppie eterosessuali fertili, ma portatrici di gravi patologie genetiche trasmissibili. Nel solco di tale processo di adeguamento ai principi costituzionali non potrebbe ora non inserirsi anche l'"apertura" delle tecniche di PMA alle coppie formate da persone dello stesso sesso. [*Omissis*]Su tale rilievo, la Cassazione ha ritenuto, quindi, possibile l'adozione del figlio del partner omosessuale ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia- Cass., sez. I° civ., sent. 22 giugno 2016, n. 12962). Una volta assodato che l'unione omosessuale può bene costituire un contesto familiare nel quale esercitare le funzioni genitoriali, la tendenziale unitarietà dello status di figlio renderebbe irragionevole ogni disparità nel riconoscimento del diritto alla genitorialità che risulti collegata unicamente alle «modalità di ingresso» dei figli all'interno dell'unione civile: ossia alla circostanza che l'ingresso avvenga a seguito di adozione ovvero di tecniche di PMA. [*Omissis*]Come sottolineato nella sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale, la legge n. 40 del 2004 costituisce la «prima legislazione organica relativa ad un delicato settore che indubbiamente coinvolge una pluralità di rilevanti interessi costituzionali». [*Omissis*] La progressiva eliminazione, da parte della Corte, con le sentenze n. 151 del 2009, n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015, di taluni divieti posti dalla citata legge sarebbe frutto di una analisi specifica non riassumibile in un giudizio di valore unitario, in quanto la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli e la libertà di divenire genitori non implica che essa possa esplicarsi senza limiti. Con la sentenza n. 162 del 2014, la Corte ha, infatti, dichiarato l'illegittimità costituzionale della preclusione all'accesso alla PMA di tipo eterologo nei confronti delle coppie affette da grave patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili, senza porre, tuttavia, in discussione la legittimità in sé del divieto di tale pratica e precisando, altresì, che la declaratoria di illegittimità costituzionale non incide sulla disciplina dei requisiti soggettivi, stabilita dall'art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004, che resta, quindi, applicabile anche alla PMA di tipo eterologo. Quanto al divieto di discriminazione delle coppie omosessuali, la stessa Corte costituzionale ha tenuto ferma l'interpretazione dell'art. 29 Cost. e il modello di matrimonio e di famiglia che ne deriva, fondati sulla differenza di sesso tra i coniugi (sentenza n. 138 del 2010). Né la disciplina delle unioni civili, di cui alla legge n. 76 del 2016, potrebbe rappresentare un utile termine di comparazione, posto che tale legge definisce l'unione civile quale «specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione», attribuendo quindi alla stessa caratteristiche autonome e distinte rispetto al matrimonio. L'art. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016 esclude, inoltre, l'applicabilità alle unioni civili tanto delle disposizioni del codice civile sulla filiazione, quanto della disposizione relativa all'adozione speciale del figlio del coniuge, di cui all'art. 44, comma 1, lettera b), della legge n. 184 del 1983, consentendo la sola adozione in caso di impossibilità di affidamento preadottivo, prevista dalla successiva lettera d). La ratio della disciplina della PMA sarebbe, d'altro canto, quella di tutelare il superiore interesse del nascituro. Il diritto alla genitorialità sussisterebbe, pertanto, solo ove esso corrisponda al migliore interesse per il minore («best interest», [Omissi]*).* E, proprio nella prospettiva della valutazione di tale interesse, particolarmente sul piano della conservazione di rapporti affettivi già instaurati, il diritto alla genitorialità delle coppie omosessuali sarebbe stato, in effetti, evocato dalla giurisprudenza comune che si è occupata dall'argomento. Il caso oggi in esame non riguarda, tuttavia, una ipotesi di «genitorialità sociale», tramite la quale possa essere tutelato un minore, anche nell'ambito di cop-

pie omosessuali, ma soltanto il diritto di un adulto di procreare: diritto che non sarebbe garantito in modo assoluto dall'ordinamento. [*Omissis*] Parimente privo di significato sarebbe il fatto che, nelle precedenti pronunce sulla PMA, la Corte costituzionale abbia tenuto fermo il requisito di accesso rappresentato dalla diversità di sesso dei richiedenti. [*Omissis*]

2. – Con ordinanza, il Tribunale ordinario di Bolzano ha sollevato questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, limitatamente alle parole «di sesso diverso», e 12, comma 2, limitatamente alle parole «dello stesso sesso o», «anche in combinato disposto con i commi 9 e 10», nonché degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4 della legge n. 40 del 2004, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie formate da due persone di sesso femminile», deducendone il contrasto con gli artt. 2, 3, 31, secondo comma, e 32, primo comma, Cost., nonché con gli artt. 11 (parametro evocato solo in dispositivo) e 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 8 e 14 CEDU, [*Omissis*]

2.1. – Il giudice a quo riferisce di essere chiamato a pronunciarsi sul ricorso proposto da due donne, nei confronti dell'Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano. [*Omissis*] che, a tal fine, esse si erano rivolte all'Azienda sanitaria di Bolzano, la quale aveva, tuttavia, respinto la loro richiesta, rilevando che l'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004 vieta le tecniche di fecondazione eterologa e che il successivo art. 5 consente di accedere alle tecniche di PMA solo alle coppie composte da persone di sesso diverso. Reputando illegittimo il diniego, le ricorrenti hanno chiesto al Tribunale rimettente di garantire con provvedimento d'urgenza il loro diritto di accesso alle menzionate terapie riproduttive [*Omissis*]. [*Omissis*].

Sarebbe, per altro verso, ravvisabile, [*Omissis*] in ragione dell'età delle ricorrenti, l'attesa dei tempi di un ordinario giudizio di cognizione rischierebbe di pregiudicare definitivamente il buon esito delle tecniche di PMA e, con esso, il diritto azionato. [*Omissis*], assumerebbero, per converso, rilievo dirimente le questioni di legittimità costituzionale sollevate. [*Omissis*], l'unico ostacolo all'accoglimento dell'istanza cautelare delle ricorrenti sarebbe, infatti, rappresentato dalle norme sospettate di illegittimità costituzionale. [*Omissis*]. Di conseguenza, alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 162 del 2014, l'unico interesse che potrebbe astrattamente contrapporsi all'utilizzazione delle tecniche di PMA nel suo ambito è quello del nascituro. La giurisprudenza più recente ha riconosciuto la piena idoneità genitoriale della coppia omosessuale, sottolineando come non vi siano evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dal suo inserimento in una famiglia formata da persone dello stesso sesso. [*Omissis*] La natura espressa del divieto e della relativa sanzione impedirebbero, d'altronde, un'interpretazione della normativa in senso conforme alla Costituzione. Né potrebbe procedersi alla disapplicazione delle norme censurate per contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, che prevedono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione. Alla luce delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, tale contrasto deve essere fatto valere tramite la proposizione di una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., rispetto al quale le disposizioni convenzionali fungono da norme interposte. [*Omissis*]

2.2. – Si sono costituite F. F. e M. R., ricorrenti nel giudizio a quo, chiedendo l'accoglimento delle questioni. Preliminarmente, le parti costituite pongono in evidenza come la vicenda oggetto del giudizio principale sia diversa da quella che ha dato origine alle pur analoghe questioni sollevate dal Tribunale ordinario di Pordenone. In quel caso, infatti, la coppia è composta da persone dello stesso sesso, ma non consta che esse presentino individualmente alcuna patologia riproduttiva. Nella fattispecie in esame, di contro, a entrambe le ricorrenti sono state diagnosticate patologie riproduttive, sicché l'infecondità non è solo di coppia, ma anche individuale. [*Omissis*]. Se, dunque, la coppia omosessuale costituisce una formazione sociale tutelata dall'art. 2 Cost. e se la determinazione di avere un figlio rappresenta un diritto inviolabile della coppia, anche in assenza di legame genetico, il divieto di accesso alla procreazione assistita posto dalla legge n. 40 del 2004 nei confronti delle coppie formate da due donne colliderebbe inevitabilmente con il citato parametro costituzionale. Le disposizioni censurate violerebbero l'art. 3 Cost., [*Omissis*].

In secondo luogo, dall'art. 12, comma 2, della legge n. 40 della 2004 emergerebbe che chi applica tecniche di PMA – ora anche di tipo eterologo – a una coppia di sesso diverso in assenza delle condizioni patologiche di sterilità o infertilità, di cui all'art. 4 della medesima legge, non è soggetto ad alcuna sanzione, mentre la stessa condotta, posta in essere a vantaggio di una coppia dello stesso sesso, anche in presenza di patologie documentate, è punita. Sotto un terzo profilo, la discriminazione si apprezzerebbe nel raffronto tra una coppia di donne con patologie riproduttive e una coppia eterosessuale con la donna affetta dalla medesima patologia. La donna in coppia con un uomo potrebbe, infatti, fruire della PMA, mentre la donna in coppia con un'altra donna non vi ha accesso. [*Omissis*].

Nella sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale ha ritenuto che, alla luce del dichiarato scopo della legge n. 40 del 2004 «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (art. 1, comma 1), la preclusione assoluta di accesso alla PMA di tipo eterologo introducesse «un evidente elemento di irrazionalità», poiché la negazione assoluta del diritto a realizzare la genitoria-

lità veniva ad essere stabilita proprio «in danno delle coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis». A conclusioni analoghe dovrebbe pervenirsi nell'ipotesi in esame. Le componenti di una coppia omosessuale femminile si vedrebbero, infatti, non semplicemente limitata, ma preclusa la possibilità di fondare una famiglia con figli in Italia e di divenire madri. Il divieto risulterebbe particolarmente irragionevole nel caso di specie, [*Omissis*]. Imporre a ciascuna di esse, per accedere alla PMA, di sposare un uomo o di convivere con lui, di là dalla intrinseca inaccettabilità della condizione, non risolverebbe il problema produttivo, ma condannerebbe, anzi, la donna a non divenire mai madre (genetica). Si riscontrerebbe, inoltre, una ingiustificata disparità di trattamento delle coppie in base alla loro capacità economica, analoga a quella rilevata dalla sentenza n. 162 del 2014 in rapporto al divieto di fecondazione eterologa. [*Omissis*] Si dovrebbe considerare, ancora, che con la sentenza n. 96 del 2015 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le disposizioni della legge n. 40 del 2004 che non consentivano il ricorso alle tecniche di PMA «alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili». L'ordinamento tutelerebbe, dunque, attualmente ogni coppia che incontri ostacoli alla gravidanza, anche se non correlati alla infertilità o sterilità individuale, ma a una specifica conformazione di coppia. [*Omissis*] Da ultimo, la legge n. 40 del 2004 moverebbe dal presupposto che la situazione di infertilità o sterilità, alla quale è subordinata l'erogazione delle prestazioni di PMA, sia di tipo esclusivamente medico-patologico, [*Omissis*]. Alla luce del principio personalista che ispira l'ordinamento costituzionale repubblicano, tuttavia, le finalità terapeutiche potrebbero rilevare solo agli effetti dell'art. 32 Cost. e degli obblighi di sanità pubblica dello Stato, ma non quale giustificazione per negare tout court il diritto all'«autoderminazione riproduttiva», in assenza di libertà altrui o collettive lese. Sarebbe violato anche l'art. 30, terzo comma, Cost., in forza del quale «[l]a legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale». [*Omissis*]. Con riguardo alla ricorrente affetta da patologia cardiaca che le impedisce di divenire madre gestazionale, se non con gravissimo rischio per la propria salute, l'unica possibilità di mantenere un legame genetico con il figlio è la fecondazione dei propri ovuli in vitro, con successivo trasferimento degli embrioni così ottenuti nell'utero di altra donna. Dunque, solo la relazione affettiva con un'altra donna, in grado di realizzare una gravidanza, le consentirebbe di avere dei figli. Quanto all'altra ricorrente – non in grado di produrre ovociti, ma capace di divenire madre partoriente ricevendo embrioni creati in ambiente extrauterino – ella, quando pure convivesse con un uomo, avrebbe notevoli difficoltà nel procurarsi gameti femminili in numero sufficiente per la produzione di embrioni sani, stante la notoria carenza di ovociti in Italia. [*Omissis*] Per le medesime ragioni già indicate nella sentenza n. 162 del 2014, le norme censurate sarebbero produttive di un vulnus alla salute anche nella sua dimensione psichica e sociale, posto che l'impossibilità di formare una famiglia con figli insieme al proprio partner è suscettibile di incidere negativamente, anche in misura rilevante, sulla salute della coppia, intesa nella predetta accezione. Alla previsione dell'art. 32 Cost. dovrebbe essere ricondotto, infine, anche il dovere dello Stato di tutelare chi, come le ricorrenti, sia portatore di patologie riproduttive che determinano una condizione di disabilità: nozione, quest'ultima, che – come rilevato dalla stessa sentenza n. 162 del 2014 – «per evidenti ragioni solidaristiche, va accolta in un'ampia accezione». Le disposizioni censurate si porrebbero in contrasto pure con obblighi derivanti da fonti sovranazionali, atte a costituire norme interposte rispetto agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. [*Omissis*].

2.3. – [*Omissis*].

2.4. – [*Omissis*].

2.5. – Anche F. F. e M. R. hanno depositato memoria, insistendo nelle conclusioni già rassegnate. Le parti costituite pongono, in particolare, l'accento sull'esigenza di fugare un possibile equivoco: la fecondazione con donazione di gameti non è un rimedio terapeutico all'infertilità di uno o di entrambi i componenti della coppia. Essa non cura, infatti, la patologia riproduttiva, ma si limita ad «aggirare» una patologia non curabile. L'ordinamento esprimerebbe, quindi, un «giudizio di simpatia» per la situazione della coppia, consentendo ad essa di realizzare il desiderio di costituire una famiglia con figli. Da ciò emergerebbe che l'«unità di coppia» è un valore oggetto di specifica tutela costituzionale e che è rispetto alla coppia che è favorita la costituzione della famiglia. Se – come affermato dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale – alla «unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», tale libertà non dovrebbe essere lesa, ponendo la donna di fronte alla «terribile scelta» tra coltivare la propria relazione affettiva con la persona che ama, rinunciando al desiderio naturale di divenire madre, ovvero «rinnegare il proprio orientamento affettivo e divenire madre unendosi, quantomeno carnalmente, con una persona di sesso maschile».

2.6. – [*Omissis*]. Le norme denunciate violerebbero, infine, l'art. 117, primo comma, Cost., ponendosi in contrasto con gli artt. 8 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), [*Omissis*]

2. – Il Tribunale ordinario di Bolzano [*Omissis*] solleva questioni di legittimità costituzionale degli artt. 5, limitatamente alle parole «di sesso diverso», e 12, comma 2, limitatamente alle parole «dello stesso sesso o», «anche in combinato disposto con i commi 9 e 10», nonché degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4 della legge n.

40 del 2004, «nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di PMA alle coppie formate da due persone di sesso femminile». Secondo il rimettente, le disposizioni denunciate violerebbero l'art. 2 Cost., implicando una negazione del diritto alla genitorialità non giustificata da esigenze di tutela di altri interessi di rango costituzionale, tenuto conto della natura di «famiglia» della formazione sociale fondata su un'unione civile o su una convivenza di fatto tra persone dello stesso sesso e della piena idoneità di una coppia omosessuale ad accogliere e crescere il nuovo nato. Il divieto di accesso alla PMA da parte di coppie di persone dello stesso sesso costituirebbe, inoltre, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, lesiva della dignità della persona umana, ponendosi perciò in contrasto anche con l'art. 3 Cost. Risulterebbero altresì violati l'art. 31, secondo comma, Cost., in forza del quale la Repubblica è chiamata a proteggere la maternità, e l'art. 32, primo comma, Cost., che garantisce il diritto alla salute. Le disposizioni censurate impedirebbero, infatti, alle componenti della coppia omosessuale femminile affette da patologie che impediscano loro di procreare in modo naturale di superare il problema tramite l'utilizzazione complementare delle potenzialità riproduttive residue di ciascuna di esse (gestazionale dell'una, di produzione ovarica dell'altra): ciò sebbene l'art. 1 della legge n. 40 del 2004 assegni alla PMA proprio la finalità di risolvere i «problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana». Le disposizioni censurate violerebbero, infine, gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., ponendosi in contrasto: a) con gli artt. 8 e 14 CEDU, che prevedono, rispettivamente, il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il divieto di discriminazione; b) [*Omissis*]; c) [*Omissis*], i quali stabiliscono il divieto di discriminazione e la promozione del diritto alla salute con specifico riguardo alle persone con disabilità, da intendere anche quale «disabilità riproduttiva».

3. – Le due ordinanze di rimessione sollevano questioni analoghe, relative in parte alle medesime norme, sicché i relativi giudizi vanno riuniti per essere definiti con unica decisione.

4. – Va rilevato che non può tenersi conto delle deduzioni svolte dalle parti costituite nel giudizio relativo all'ordinanza del Tribunale di Bolzano, intese a dimostrare che le norme censurate contrastano anche con parametri diversi e ulteriori rispetto a quelli evocati dal giudice a quo (in particolare, con gli artt. 30, terzo comma, e 31, primo comma, Cost., nonché con altre fonti sovranazionali atte a integrare gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.). Per costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è, infatti, limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione: con la conseguenza che non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze.

5. – Secondo quanto si riferisce nelle ordinanze di rimessione, entrambi i giudici rimettenti si trovano investiti del ricorso proposto, [*Omissis*], da una coppia di donne, parti di una unione civile, inteso a superare, con provvedimento d'urgenza, il diniego opposto da un'Azienda sanitaria alla loro richiesta di accesso alla PMA. [*Omissis*].

6. – [*Omissis*].

7. – [*Omissis*] Stabilendo che alle tecniche di PMA possano accedere solo coppie formate da persone «di sesso diverso» (art. 5) e prevedendo sanzioni amministrative a carico di chi le applica a coppie «composte da soggetti dello stesso sesso» (art. 12, comma 2), la legge n. 40 del 2004 nega in modo puntuale e inequivocabile alle coppie omosessuali la fruizione delle tecniche considerate. Ciò, peraltro, in piena sintonia con l'ispirazione di fondo della legge stessa, sulla quale si porterà presto l'attenzione. [*Omissis*]

8. – Con i quesiti di costituzionalità proposti, entrambi i Tribunali rimettenti mirano a rimuovere il requisito soggettivo di accesso alla PMA rappresentato dalla diversità di sesso dei componenti la coppia richiedente unitamente al presidio sanzionatorio. L'effetto della pronuncia auspicata dai giudici a quibus sarebbe, dunque, quello di rendere fruibile la PMA alle coppie omosessuali in quanto tali: indipendentemente, cioè, dal fatto che i loro componenti risultino affetti da patologie che li pongano in condizioni obiettive di infertilità o di sterilità (come pure avviene nel caso sottoposto all'esame del Tribunale di Bolzano). Lo stesso Tribunale di Bolzano limita espressamente il *petitum* alle coppie omosessuali femminili. Di contro, il Tribunale di Pordenone, nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione, chiede in modo indifferenziato l'ablazione del requisito della diversità di sesso, [*Omissis*] [*Omissis*]. Con l'eventuale accoglimento delle odierne questioni, la fecondazione eterologa verrebbe estesa anche all'"infertilità sociale", o "relazionale", fisiologicamente propria della coppia omosessuale femminile, conseguente alla non complementarità biologica delle loro componenti. [*Omissis*]

9. – [*Omissis*]. La materia tocca, al tempo stesso, «temi eticamente sensibili» (sentenza n. 162 del 2014), in relazione ai quali l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore». [*Omissis*]. Ciò ferma restando la sindacabilità delle scelte operate, al fine di verificare se con esse sia stato realizzato un bilanciamento non irragionevole (sentenza n. 162 del 2014). [*Omissis*]

10. – La possibilità – dischiusa dai progressi scientifici e tecnologici – di una scissione tra atto sessuale e procreazione, mediata dall'intervento del

medico, pone, in effetti, un interrogativo di fondo: se sia configurabile – e in quali limiti – un "diritto a procreare" (o "alla genitorialità", che dir si voglia), comprensivo non solo dell'an e del quando, ma anche del quomodo, e dunque declinabile anche come diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale. Più in particolare, si tratta di stabilire se il desiderio di avere un figlio tramite l'uso delle tecnologie meriti di essere soddisfatto sempre e comunque sia, o se sia invece giustificabile la previsione di specifiche condizioni di accesso alle pratiche considerate: e ciò particolarmente in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato. Le soluzioni adottate, in proposito, dalla legge n. 40 del 2004 sono, come è noto, di segno restrittivo. Esse riflettono due idee di base. La prima attiene alla funzione delle tecniche considerate. La legge configura, infatti, queste ultime come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimovibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati. L'art. 1 della legge n. 40 del 2004 stabilisce, in particolare, che il ricorso alla PMA «è consentito» – [*Omissis*] – «[a]l fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana» (comma 1) e sempre che «non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità» (comma 2). Il concetto è ribadito ed esplicitato nel successivo art. 4, comma 1, in forza del quale l'accesso alle tecniche di PMA «è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico». La seconda direttrice attiene [*Omissis*], all'art. 5 della legge n. 40 del 2004 stabilisce, in specie, che possano accedere alla PMA esclusivamente le «coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». L'art. 5 trova eco, sul versante sanzionatorio, nelle previsioni dell'art. 12, il comma 2 di tale articolo punisce con una severa sanzione amministrativa pecuniaria chi applica tecniche di PMA «a coppie composte da soggetti dello stesso sesso», oltre che da soggetti non entrambi viventi, o in età minore, o non coniugati o non conviventi. La previsione sanzionatoria è rafforzata da quella del comma 9, in forza della quale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui allo stesso art. 12 è «disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale». Il comma 10 prevede, inoltre, la sospensione dell'autorizzazione alla realizzazione delle pratiche di PMA concessa alla struttura nel cui interno è eseguita la pratica vietata, con possibilità di revoca dell'autorizzazione stessa nell'ipotesi di violazione di più divieti o di recidiva.

11. – Questa Corte è intervenuta in due occasioni sulla trama normativa ora ricordata, al fine di ampliare, tramite declaratorie di illegittimità costituzionale, il novero dei soggetti abilitati ad accedere alla PMA. Lo ha fatto, in particolare, con le sentenze n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015: pronunce che gli odierni rimettenti e le parti private evocano a sostegno dell'ulteriore intervento ampliativo oggi richiesto, il quale viene prospettato come un ideale e coerente sviluppo delle decisioni già assunte. La sentenza n. 162 del 2014 ha ammesso, in specie, alla riproduzione artificiale le coppie alle quali «sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili», dichiarando illegittimo, limitatamente a tale ipotesi, il divieto di ricorso a tecniche di PMA di tipo eterologo stabilito dall'art. 4, comma 3, della legge n. 40 del 2004. In tal modo, si è posto rimedio all'«evidente elemento di irrazionalità» insito nel fatto che, dopo aver assegnato alla PMA lo scopo «di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana», il legislatore aveva negato in assoluto – con il censurato divieto di fecondazione eterologa – la possibilità di realizzare il desiderio della genitorialità proprio alle «coppie affette dalle patologie più gravi, in contrasto con la ratio legis». [*Omissis*] La successiva sentenza n. 96 del 2015 ha dischiuso, a sua volta, l'accesso alla PMA alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili al nascituro. [*Omissis*] L'ammissione alla PMA delle coppie omosessuali, conseguente al loro accoglimento, esigerebbe, infatti, la diretta sconfessione, sul piano della tenuta costituzionale, di entrambe le idee guida sottese al sistema delineato dal legislatore del 2004, con potenziali effetti di ricaduta sull'intera platea delle ulteriori posizioni soggettive attualmente escluse dalle pratiche riproduttive (*Omissis*). Nella specie, non vi è, d'altronde, alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, alla quale occorra por rimedio. Contrariamente a quanto mostrano i giudici a quibus, l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale. [*Omissis*] una legge nazionale che riservi l'inseminazione artificiale a coppie eterosessuali sterili, attribuendole una finalità terapeutica, non può essere considerata fonte di una ingiustificata disparità di trattamento nei confronti delle coppie omosessuali, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU: ciò, proprio perché la situazione delle seconde non è parago-

nabile a quella delle prime. [*Omissis*]

13. – [*Omissis*]

13.1. – Questa Corte ha rilevato che la nozione di «formazion[e] sociale» – nel cui ambito l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, e che deve intendersi come riferita a «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» – abbraccia anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone del medesimo sesso (sentenza n. 138 del 2010). Indicazione cui fa, peraltro, puntuale eco la legge 20 maggio 2016, n. 76, la quale qualifica espressamente, all'art. 1, comma 1, l'unione civile tra persone dello stesso sesso «quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione». Questa Corte ha posto tuttavia in evidenza, in pari tempo, che la Costituzione, pur considerandone favorevolmente la formazione, «non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli» e che, d'altra parte, «[l] a libertà e volontarietà dell'atto che consente di diventare genitori […] di sicuro non implica che la libertà in esame possa esplicarsi senza limiti» (sentenza n. 162 del 2014). Essa dev'essere, infatti, bilanciata con altri interessi costituzionalmente protetti: e ciò particolarmente quando si discuta della scelta di ricorrere a tecniche di PMA, [*Omissis*] La preoccupazione legislativa di garantire, a fronte delle nuove tecniche procreative, il rispetto delle condizioni ritenute migliori per lo sviluppo della personalità del nuovo nato. In questa prospettiva, l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia ad instar naturae – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. [*Omissis*] Nell'esigere, per l'accesso alla PMA, la diversità di sesso dei componenti della coppia – condizione peraltro chiaramente presupposta dalla disciplina costituzionale della famiglia – il legislatore ha tenuto conto, anche del grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta "omogenitorialità" nell'ambito della comunità sociale, ritenendo che, all'epoca del varo della legge, non potesse registrarsi un sufficiente consenso sul punto.

13.2. – La validità delle conclusioni ora esposte non è inficiata dai più recenti orientamenti della giurisprudenza comune sui temi dell'adozione di minori da parte di coppie omosessuali e del riconoscimento in Italia di atti formati all'estero, dichiarativi del rapporto di filiazione in confronto a genitori dello stesso sesso: orientamenti ai quali fanno ampi richiami i giudici a quibus e le parti costituite. La giurisprudenza predominante ritiene, ammissibile l'adozione cosiddetta non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia). [*Omissis*]. Nell'escludere che la trascrizione si ponga in contrasto con l'ordine pubblico interno, il giudice di legittimità ha rilevato, da un lato, che non è configurabile un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere e anche generare figli; dall'altro, che non esistono neppure certezze scientifiche o dati di esperienza in ordine al fatto che l'inserimento del figlio in una famiglia formata da una coppia omosessuale abbia ripercussioni negative sul piano educativo e dello sviluppo della personalità del minore, dovendo la dannosità di tale inserimento essere dimostrata in concreto (Cass., sez. I° civ., sent. 30 settembre 2016, n. 19599). [*Omissis*]. Tutto ciò, come detto, non esclude la validità delle conclusioni dianzi raggiunte. Vi è, infatti, una differenza essenziale tra l'adozione e la PMA. L'adozione presuppone l'esistenza in vita dell'adottando: essa non serve per dare un figlio a una coppia, ma precipuamente per dare una famiglia al minore che ne è privo. Nel caso dell'adozione, dunque, il minore è già nato ed emerge come specialmente meritevole di tutela – così nella circoscritta ipotesi di adozione non legittimante ritenuta applicabile alla coppia omosessuale – l'interesse del minore stesso a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate: interesse che va verificato in concreto. La PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza".

14. – [*Omissis*].

15. – [*Omissis*].

16. – Neppure è ravvisabile la violazione dell'art. 32, primo comma, Cost., [*Omissis*]. La tutela costituzionale della «salute» non può essere estesa fino a imporre la soddisfazione di qualsiasi aspirazione soggettiva o bisogno che una coppia [*Omissis*]reputi essenziale, così da rendere incompatibile con l'evocato parametro ogni ostacolo normativo frapposto alla sua realizzazione. [*Omissis*]Se così non fosse, [*Omissis*] non solo la limitazione oggi in esame, ma tutte le altre limitazioni all'accesso alla PMA poste dall'art. 5, comma 1, della legge n. 40 del 2004: limitazioni che la stessa sentenza n. 162 del 2014 ha, per converso, specificamente richiamato anche in rapporto alla fecondazione eterologa.

17. – [*Omissis*] Entrambe le ricorrenti, parti di una unione civile, risultano affette da patologie che le rendono incapaci di procreare naturalmente: una perché non produce ovociti; l'altra perché non in grado di portare a termine una gravidanza senza grave rischio. [*Omissis*] ciò in contrasto con lo stesso scopo lato sen-

su terapeutico che la legge n. 40 del 2004 assegna alla PMA. [*Omissis*] L'assetto che scaturirebbe da un simile intervento sarebbe, peraltro, palesemente insostenibile. Nell'ambito delle coppie omosessuali femminili, potrebbero accedere alla PMA – e dunque realizzare il desiderio della genitorialità – solo quelle le cui componenti non siano in grado di procreare in modo naturale. Tale rilievo disvela il vizio di prospettiva che inficia l'argomento posto in campo dal rimettente. [*Omissis*] nell'ambito della coppia omosessuale, la quale sarebbe infertile in ogni caso.

18. – L'art. 11 Cost. – richiamato dal Tribunale ordinario di Bolzano (peraltro solo in dispositivo) con riferimento tanto agli artt. 8 e 14 CEDU [*Omissis*]

19. – Va esclusa, infine, la dedotta violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. in relazione a tutte le disposizioni sovranazionali evocate dai giudici a quibus.

19.1. – Quanto al contrasto – denunciato da entrambi i rimettenti – con gli artt. 8 e 14 CEDU, [*Omissis*] è ben vero che, [*Omissis*], però, si è già ricordato come la stessa Corte di Strasburgo abbia escluso che una legge nazionale che riservi la PMA a coppie eterosessuali sterili, assegnandole una finalità terapeutica, possa dar luogo a una disparità di trattamento, rilevante agli effetti degli artt. 8 e 14 CEDU, nei confronti delle coppie omosessuali, stante la non equiparabilità delle rispettive situazioni [*Omissis*]

19.2.– Quanto osservato in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU può essere evidentemente esteso alle corrispondenti disposizioni –[*Omissis*]– 19.3.– Per quel che attiene, da ultimo, alle previsioni [*Omissis*] di eguaglianza e non discriminazione, donne con disabilità, rispetto della vita privata, rispetto della famiglia e tutela della salute), può ripetersi quanto già osservato con riferimento alla censura di violazione del diritto alla salute, formulata dallo stesso Tribunale. È evidente, infatti, che le coppie omosessuali femminili non possono essere ritenute, in quanto tali, «disabili».

20. – Alla luce delle considerazioni svolte, le questioni vanno dichiarate non fondate.
(*Omissis)*

Nota a sentenza

sommario

1. I dettagli del passato. – **2.** L'ultimo soffio di novità. – **3.** Conclusioni.

1. I dettagli del passato

L'analisi della giurisprudenza costituzionale e delle proposte legislative dell'epoca permette di osservare che numerosi sono stati i cambiamenti e le illegittimità rilevate nel corso del tempo da parte dei ricorrenti e della Consulta con riguardo all'impianto della legge del 19/02/2004 n.40, pubblicata in G.U. n.45 del 24/02/2004, recante "Norme in Materia di Procreazione Medicalmente Assistita" e meglio conosciuta con l'acronimo di PMA.

Con la prima sentenza, la n.151/2009, a distanza di 5 anni dall'emanazione della legge suddetta, si inizia a demolire l'intenzione del legislatore e della norma e delle questioni che hanno generato la norma. In particolare, giova ricordare che, al Capo I, ricompreso nei Principi Generali, il legislatore sancisce la finalità di tale legge, asserendo che "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito". Il successivo comma precisa che "il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità". Alle tecniche di procreazione assistita possono accedere «coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi». In tal modo si impedisce la fecondazione assistita ai single, alle coppie omosessuali, alle donne meno giovani (ma non si precisa l'età fertile, evitando il fenomeno delle *mamme-nonne*), così come si vieta la fecondazione *post-mortem* (del padre). La legge dava pertanto la possibilità di poter dare, se non una cura, una soluzione, per vedere realizzato il loro sogno di famiglia. L'articolo 14 al comma 2 afferma infatti che non può essere prodotto un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario a un unico impianto, tre al massimo, e che tutti gli embrioni prodotti devono essere impiantati contemporaneamente in utero, dunque una sola volta.

In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14 comma 2, limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» e del terzo comma dello stesso articolo nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. L'intervento demolitorio della Corte mantiene così il principio secondo cui non si debba creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, ma esclude la previsione dell'obbligo di un unico e contemporaneo impianto e del numero massimo di embrioni da impiantare. In tal modo la Corte elimina sia l'irragionevolezza di un trattamento identico di fattispecie diverse, sia la necessità per la donna, di sottoporsi all'eventuale reiterazione di stimolazioni ovariche, con possibile lesione del suo diritto alla salute. La norma si pone quindi in contrasto con l'art. 3 Cost. – sia sotto il profilo della ragionevolezza che di quello dell'uguaglianza – nonché, per il pregiudizio che ne deriva alla salute, con l'art. 32, proprio in quanto impone la creazione di un numero di embrioni pari a tre «in assenza di ogni considerazio-

ne delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita». Tali conclusioni comportano pertanto anche la già menzionata declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. Deve inoltre ritenersi che la sentenza n. 151 del 2009, determinando la caducazione dell'obbligo di cui al secondo comma dell'art. 14, introduca una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, proprio perché, quale logica conseguenza di essa, si rende necessario ricorrere a tecniche di congelamento per gli embrioni non impiantati per scelta medica.

Diversamente dalla prima, con la seconda sentenza, la n. 162/2014[1], la Corte ha dichiarato fondate le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. Con riguardo alle possibilità di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la Corte afferma che «deve anzitutto essere ribadito che la scelta di tale coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che, come questa Corte ha affermato, sia pure ad altri fini ed in un ambito diverso, è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango. La determinazione di avere o meno un figlio, anche per la coppia assolutamente sterile o infertile, concernendo la sfera più intima ed intangibile della persona umana, non può che essere incoercibile, qualora non vulneri altri valori costituzionali, e ciò anche quando sia esercitata mediante la scelta di ricorrere a questo scopo alla tecnica di PMA di tipo eterologo, perché anch'essa attiene a questa sfera». La Corte rileva una violazione del diritto alla salute, poiché nel caso di patologie produttive di una disabilità, la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure a tutela di quanti ne sono affetti incontra, inoltre, il limite del «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati». «Un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, in relazione alla loro appropriatezza, non può nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica del legislatore, ma deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi a ciò deputati, anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica ed alla idoneità e strumentalità di una determinata tecnica a garantirne la tutela nei termini nei quali essa si impone alla luce della nozione sopra posta». Pertanto, richiamandosi alla precedente sentenza n. 151/2009, la Corte ribadisce che la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali, fermo restando il potere del legislatore di intervenire in modo conforme ai precetti costituzionali. La nozione di patologia e la sua incidenza sul diritto alla salute vanno accertate alla luce delle valutazioni riservate alla scienza medica, ferma la necessità di verificare che la relativa scelta non si ponga in contrasto con interessi di pari rango.

L'accoglimento delle questioni comporta l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa, ma (in coerenza con il petitum) «esclusivamente in riferimento al caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una patologia che sia causa irreversibile di sterilità o infertilità assolute». In particolare, l'accesso alla fecondazione eterologa deve ritenersi consentito solo qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità e sia stato accertato il carattere assoluto delle stesse, dovendo siffatte circostanze essere documentate da atto medico e da questo certificate, nel rispetto degli altri principi espressi dalla legge (gradualità e consenso informato).

Infine, con la sentenza n. 96/2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40/04 nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico (art. 6, lett. b, l. n. 194/1978), accertate da apposite strutture pubbliche. Viene ampliato quindi il requisito di soggettività di accesso alla PMA. La Consulta si era quindi vista arrivare due identiche questioni di legittimità costituzionale della norma che vieta l'accesso alle tecniche di PMA alle coppie portatrici di malattie genetiche per contrasto con gli articoli 2, 3, 32 e 117, co. 1 Cost., in riferimento agli articoli 8 e 14 CEDU. La Corte, tra i diversi parametri proposti dal giudice a quo (artt. 2, 3, 32, 117.1 Cost.), ribadita l'impossibilità, da un lato, alla luce della propria consolidata giurisprudenza, di percorrere la via della disapplicazione della norma interna per contrasto con le norme CEDU, e, dall'altro, di individuare una interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni oggetto della censura (stante "l'univoco e non superabile tenore letterale della prescrizione per cui il ricorso a dette tecniche è "comunque circoscritto ai casi di sterilità o infertilità"), dichiara l'incostituzionalità delle disposizioni per violazione degli artt. 3 e 32 della Costituzione.

Per quanto riguarda il primo profilo – art. 3 – af-

[1] Lavori preparatori della XIV Legisl. n.47: nella proposta di legge sono state dichiarate lecite soltanto la tecnica di fecondazione AIH e la tecnica di fecondazione GIFT, mentre viene dichiarata illegittima la FIVET; oggi non è più così con l'intervento della Cort. Cost. 09 Aprile 2014.

ferma l'insuperabile aspetto di irragionevolezza dell'indiscriminato divieto per le coppie affette da malattie geneticamente trasmissibili di accedere alle tecniche di PMA, con possibilità di procedere anche a "diagnosi preimpianto" inciso, questo, che sembra lasciare intendere che la volontà della Corte di chiarire definitivamente che la diagnosi preimpianto è ammessa dalla legge 40. L'irragionevolezza risiede nella palese antinomia normativa con quanto previsto dalla legge 194/1978, la quale consente alle coppie "l'interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali" al fine di "perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici". L'approccio irragionevole del legislatore della legge 40, che "non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire "prima" alla donna una informazione che le permetterebbe di assumere "dopo" una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute", comporta anche la violazione del diritto alla salute della donna fertile portatrice di grave malattia genetica ereditaria (ex art. 32 Cost.): la compressione di tale diritto, inoltre, non trova – secondo la Corte – "un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque esposto all'aborto".

Pertanto, il divieto risulta affetto da irragionevolezza in termini di bilanciamento degli interessi coinvolti, nonché da irrazionalità alla luce di quanto previsto dalla legge 194, provocando la violazione del diritto alla salute della donna, in quanto non consente alle coppie affette da gravi malattie geneticamente trasmissibili di ricorrere alla PMA, "al fine esclusivo della previa individuazione di embrioni cui non risulti trasmessa la malattia del genitore comportante il pericolo di rilevanti anomalie o malformazioni (…) del nascituro, alla stregua del medesimo 'criterio normativo di gravità'" già stabilito dall'art. 6 della legge 194/1978 e non per scopi eugenetici.

La Corte, nell'affermare l'incostituzionalità del divieto, richiama pertanto il criterio della "gravità" previsto dalla legge 194 in riferimento al secondo trimestre, proponendo un parallelismo nelle condizioni di accesso che riprende l'identità di ratio degli strumenti richiamata in precedenza.

Nell'affermare, analogamente a quanto avvenuto nella sentenza n. 162 del 2014, il potere-dovere di dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni, la Corte non rinuncia a inviare un "monito" al legislatore, il quale è chiamato a "introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (…) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili e delle correlative procedure di accertamento (…) e di una opportuna previsione di forme di autorizzazione e di controllo delle strutture abilitate ad effettuarle". Non appare irrilevante che la Corte si riferisca esplicitamente alla opportunità di prevedere un riesame periodico delle patologie che possono consentire l'accesso alle tecniche e ciò debba avvenire "sulla base della evoluzione tecnico-scientifica", secondo un approccio legislativo che, come opportunamente sottolineato nella sentenza, caratterizza un numero significativo di ordinamenti europei (ex plurimis, Spagna, Francia, Regno Unito). Gli articoli 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 sono pertanto dichiarati incostituzionali, nella parte in cui non prevedono la possibilità di accedere alla PMA con diagnosi genetica preimpianto alle coppie fertili, portatrici di malattie geneticamente trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità che consentono l'accesso all'aborto terapeutico. Tali criteri di gravità dovranno essere accertati da apposite strutture pubbliche.

2. L'ultimo soffio di novità

Le novità giungono con la pronuncia n. 221 del 2019, con cui la Corte Costituzionale per la prima volta dopo anni sceglie di schierarsi, non inviando più moniti inascoltati al legislatore, ma ponendosi dalla parte delle coppie e della loro salute, nonché dalla parte del *best interest* del minore. Dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt.5 e 12, commi 2, 9 e 10 del testo normativo in questione, sollevate in riferimento agli artt.2, 3, 31, secondo comma, 32 primo comma, e 117, primo comma della Costituzione, quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 della Convenzione per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

La pronuncia nasce nell'ambito di due procedimenti civili cautelari promossi da due coppie di omosessuali unite civilmente che chiedevano di essere ammesse alla PMA con diagnosi preimpianto, al fine di evitare il rischio di trasmettere ai figli la malattia genetica di cui sono portatrici.

Le due ordinanze di rimessione sollevano questioni simili, relative in parte alle medesime norme, sicché i relativi giudizi vengono riuniti per essere definiti in un'unica decisione.

Le coppie che la Consulta vuole proteggere sono coppie omosessuali riconosciute a pieno titolo nel nostro ordinamento giuridico con la legge n.76/2016 (la c.d. "legge Cirinnà"): in particolare, si tratta di due coppie di donne, che vorrebbero diventare "coppie omogenitoriali", accedendo alla PMA di tipo eterologo, per poter essere considerate a tutte gli effetti una famiglia ed in tal senso scontrandosi con i limiti della legge 40/2004 in relazione ai suoi requisiti soggetti (coppie di sesso diverso). La Corte Costituzionale ha precisato in diversi punti di tale sentenza, che, per un verso, le coppie omosessuali unite da unione civile (o conviventi) sono perfettamente equiparate alle coppie eterosessuali unite dal vincolo del matrimonio (sentenza n.138/2010[2]; art.1, co.1 legge n.76/2016);

[2] La Cort. Cost. 14 Aprile 2010 n.138: abbraccia ogni forma di comunità, semplice o religiosa che sia, la nozione di formazione sociale, atta a favorire il libero sviluppo della persona nella vita di

tale libertà verrebbe lesa, ponendo la donna di fronte alla terribile scelta tra coltivare la propria relazione affettiva con la persona amata, rinunciando ad essere madre, oppure rinnegare la propria natura ed unirsi carnalmente con una persona di sesso maschile, questa sarebbe una violazione all'autodeterminazione della persona. Non solo, ma tende a sottolineare che la Costituzione "non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza dei figli e la libertà di divenire genitori non implica che possa esplicarsi senza limiti". Viene rilevato, inoltre, che l'ipotetica ammissione delle coppie omosessuali alla PMA, oltre a rappresentare uno stravolgimento dell'attuale impianto legislativo, non verrebbe a sanare alcuna distonia o incongruenza interna. Infatti, contrariamente da quanto affermato dai giudici a quibus, l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale non è affatto omologabile all'infertilità, di tipo assoluto o irreversibile, della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive. Non vuole essere un *discrimen* nei confronti delle coppie omosessuali, ma un'oggettività- impossibilità fisica.

3. Conclusioni

La sentenza del 2019 riprende il segno restrittivo di questa legge, rilevando e riflettendo le due idee di base per cui è stata concepita la legge n.40/2004.

Per un verso, tale legge si configura come rimedio alla sterilità e alla infertilità umana, avente una causa patologica e non altrimenti removibile: escludendo a chiare lettere che la PMA possa essere utilizzata per scopi e fini puramente egoistici, rappresentando una modalità di realizzazione del desiderio di genitorialità, alternativa al concepimento naturale e lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati. Per altro verso, la seconda riflessione attiene alla struttura del nucleo familiare scaturente dalle tecniche in questione: la legge prevede una serie di limitazioni soggettive per accedere alla PMA e per garantire un modello di famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre, il tutto per assicurare al minore il mantenimento di un legame biologico tra il nascituro e gli aspiranti genitori. Facendo scattare il divieto (*ab origine* assoluto) di ricorrere alle tecniche di tipo eterologo, con impiego di almeno un gamete di un donatore "esterno", e non di entrambi.

Non v'è irragionevolezza, né lesione dei parametri costituzionali, poiché il legislatore, effettuando una ponderazione degli interessi in gioco e tenuto conto degli orientamenti diffusi in una società, permette la fruizione di tali tecniche, senza eccedere il margine di discrezionalità e preoccupandosi di garantire il rispetto delle condizioni per il miglior sviluppo della personalità del nuovo nato. La preoccupazione a cui il legislatore ha risposto prontamente ed in modo sapiente è stata quella di assicurarsi che la famiglia sia composta da due genitori di sesso diverso, entrambi viventi ed in età potenzialmente fertile, i quali rappresentano in linea di principio il luogo più idoneo per accogliere e crescere il nascituro.

Pertanto, la bioetica ed ancora di più la bio-giuridica si formula e si plasma come una disciplina relativamente recente, ma, proprio tendendo il passo con l'incedere tempestoso dei saperi, ha assunto un vorticoso progresso ed un'ascesa unica quanto rara, nella scottante attualità nel dibattito sull'uomo moderno e post-moderno. Legislatori, filosofi, giuristi e scienziati saranno perennemente a confronto affollando questo scenario impervio e questo stimolante dibattito, tutto aperto a nuove idee e prospettive future.

relazione, in un contesto pluralistico e globalizzato.

[3] G.U. L. 20 maggio 2016 n.76, art.1, co.1-2: "La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto. Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni".

a cura di
Mario de Bellis
Avvocato

Rassegna di legittimità

Assegno divorzile – revisione – giustificati motivi sopravvenuti ex art. 9, comma 1, legge n. 898 del 1970 – accertamento di fatto – necessità – mutamento giurisprudenziale – irrilevanza ex se – fondamento.

La Prima Sezione civile, decidendo sulla domanda di revisione dell'assegno divorzile determinato anteriormente all'evoluzione giurisprudenziale recata da Sez. 1, 10 maggio 2017, n. 11504 e Sez. U, 11 luglio 2018, n. 18287 in ordine alla sua natura e funzione, ha affermato che tale mutamento dell'orientamento della S.C. non integra, ex se, i giustificati motivi sopravvenuti richiesti dall'art. 9, comma 1, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 per la revisione dell'assegno, atteso che – in forza della formazione rebus sic stantibus del giudicato sulle statuizioni cd. determinative e del carattere meramente ricognitivo dell'esistenza e del contenuto della regula iuris proprio della funzione nomofilattica, che non soggiace al principio di irretroattività – il mutamento sopravvenuto delle condizioni patrimoniali degli ex coniugi attiene agli elementi di fatto e deve essere accertato dal giudice ai fini del giudizio di revisione, da rendersi, poi, al lume del diritto vivente.

Cass. Sez. I, 20/01/2020, n. 1119 - Pres. Giancola, Est. Sambito

Collaboratore fisso – attività svolta con continuità, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio – iscrizione nell'albo dei giornalisti – sufficienza – iscrizione nel solo elenco dei pubblicisti – irrilevanza – nullità del contratto – esclusione.

Le Sezioni unite civili, decidendo su questione di massima di particolare importanza, in tema di rapporto di lavoro giornalistico, hanno affermato che l'attività svolta dal collaboratore fisso espletata con continuità, vincolo di dipendenza e responsabilità di un servizio rientra nel concetto di "professione giornalistica". Ai fini della legittimità del suo esercizio è condizione necessaria e sufficiente la iscrizione del collaboratore fisso nell'albo dei giornalisti, sia esso elenco dei pubblicisti o dei giornalisti professionisti: conseguentemente, non è affetto da nullità per violazione della norma imperativa contenuta nell'art. 45 della l. n. 69 del 1963 il contratto di lavoro subordinato del collaboratore fisso iscritto nell'elenco dei pubblicisti, anche nel caso in cui svolga l'attività giornalistica in modo esclusivo.

Cass. Sez. un., 28/01/2020, n. 1867 - Pres. Mammone, Est. Doronzo

Composizione della sezione disciplinare – supplente di un membro togato – appartenenza alla stessa categoria del componente sostituito – impossibilità – necessità di attendere l'espletamento di nuove elezioni – esclusione – sostituzione con supplente appartenente a categoria diversa da quella del sostituito – ammissibilità – limiti.

In tema di composizione della Sezione disciplinare del CSM, nell'ipotesi in cui, per effetto di astensioni e dimissioni di consiglieri appartenenti alla categoria dei magistrati requirenti, il collegio non possa essere integrato da un supplente avente pari funzioni e sia necessario procedere a nuove elezioni con i relativi tempi tecnici ed il conseguente blocco dell'attività disciplinare cui il Consiglio è tenuto ex art. 105 Cost., deve darsi un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 6 della l. n. 195 del 1958, intendendo estensivamente il concetto di "supplente corrispondente", in modo da salvaguardare l'indefettibilità e la continuità della funzione disciplinare attribuita dalla Costituzione direttamente al Consiglio superiore. Ne consegue che, in tale situazione, legittimamente il CSM può procedere, come avvenuto nella specie, alla sostituzione di un componente requirente che sia stato ricusato con un componente giudicante, atteso che l'unico limite va ravvisato nel fatto che la sostituzione non può avvenire con un componente laico se il ricusato è un togato, o viceversa, perché la Costituzione impone una determinata proporzione tra laici e togati e tale equilibrio non può essere alterato.

Cass. Sez. un., 15/01/2020, n. 741 - Pres. Curzio, Est.. Sambito

Intercettazioni disposte in un processo penale - procedimento disciplinare a carico di magistrati - utilizzabilità - intercettazioni mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo mobile – reati dei pubblici ufficiali contro la p.a. – disciplina introdotta dall'art. 6, commi 1 e 2 del d.lgs n. 216 del 2017 – vigenza dal 26 gennaio 2018 - successiva modifica introdotta dall'art. 1, comma 3, l. n. 3 del 2019 – entrata in vigore il 31 gennaio 2019.

Nel procedimento disciplinare riguardante i magistrati sono pienamente utilizzabili le intercettazioni telefoniche o ambientali effettuate in un procedimento penale, purché siano state legittimamente disposte nel rispetto delle norme costituzionali e procedimentali, non ostandovi i limiti di cui all'art. 270 c.p.p., riferibile al solo procedimento penale deputato all'accertamento delle responsabilità penali. Con riferimento in particolare alle norme applicabili "ratione temporis", l'art. 6 del d.lgs. n. 216 del 2017 – che ha parzialmente esteso ai procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni la disciplina delle intercettazioni prevista per i delitti di criminalità organizzata dall'art. 13 del d.l n. 152 del 1991, convertito con modif. in l. n. 203 del 1991 ed integrato con d.l. n. 306 del 1992, conv. con modif. in l. n. 356 del 1992 – è entrato in vigore il 26/1/2018, non essendo tale disposizione indicata tra quelle per le quali l'art. 9 del medesimo decreto legislativo ha disposto il differimento della loro entrata in vigore; la successiva modifica di tale norma, introdotta dall'art. 1, comma 3, della l. n. 3 del 2019 – la quale, abrogando il comma 2 dell'art. 6 del d.lgs. n. 216 cit. ha eliminato la restrizione dell'uso del captatore informatico nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., così consentendo l'intercettazione in tali luoghi anche se non vi è motivo di ritenere che vi si stia svolgendo attività criminosa – è a sua volta entrata in vigore, a differenza di altre disposizioni della medesima legge per le quali il legislatore ha differito l'entrata in vigore all'1/1/2020, il decimoquinto giorno dalla pubblicazione della legge sulla G.U., avvenuta il 16 gennaio 2019. Pertanto, possono essere utilizzate nel procedimento disciplinare le intercettazioni effettuate con captatore informatico nella vigenza di tali norme ed in conformità della disciplina dalle stesse introdotta.

Cass. Sez. un., 15/01/2020, n. 741 - Pres. Curzio, Est.. Sambito

Notificazione di atti processuali eseguita da operatore di poste private senza titolo abilitativo - periodo compreso tra l'entrata in vigore della direttiva n. 2008/6/ce – inesistenza – esclusione – nullità - sussistenza – sanatoria per raggiungimento dello scopo - irrilevanza ai fini della tempestività del ricorso.

Le Sezioni unite civili, decidendo su questione di massima di particolare importanza, hanno enunciato i seguenti principi di diritto: "In tema di notificazioni di atti processuali, posto che nel quadro giuridico novellato dalla direttiva n. 2008/6/CE del Parlamento e del Consiglio del 20 febbraio 2008 è prevista la possibilità per tutti gli operatori postali di notificare atti giudiziari, a meno che lo Stato non evidenzi e dimostri la giustificazione oggettiva ostativa, è nulla e non inesistente la notificazione di atto giudiziario eseguita dall'operatore di posta privata senza relativo titolo abilitativo nel periodo intercorrente fra l'entrata in vigore fra l'entrata in vigore della suddetta direttiva ed il regime introdotto dalla legge n. 124 del 2017.

La sanatoria della nullità della notificazione di atto giudiziario eseguita dall'operatore di poste private per raggiungimento dello scopo dovuto alla costituzione della controparte non rileva ai fini della tempestività del ricorso, a fronte della mancanza di certezza legale della data di consegna del ricorso medesimo all'operatore, dovuta all'assenza di poteri certificativi dell'operatore, perché sprovvisto di titolo abilitativo".

Cass. Sez. un., 10/01/2020, n. 299 - Pres. Mammone, Est. Perrino

Patrocinio a spese dello stato - richiedente assistito da pluralità di difensori – esclusione dell'ammissione al beneficio o cessazione degli effetti dell'ammissione già concessa.

Nel processo civile, l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato è esclusa se il richiedente è assistito da più di un difensore; del pari, ove tale ammissione sia stata già concessa, i suoi effetti cessano dal momento in cui il beneficiario nomina un secondo difensore di fiducia.

Cass. Sez. II, 27/01/2020, n. 1736 - Pres. Lombardo, Est. Besso Marcheis

Procedura di negoziazione assistita – accordo di separazione consensuale comprensivo del trasferimento di diritti immobiliari – trascrizione – autenticazione del verbale di accordo da parte di pubblico ufficiale a ciò autorizzato – necessità.

Ove i coniugi raggiungano, in sede di negoziazione assistita, un accordo di separazione consensuale ex art. 6 del d.l. n. 132 del 2014, conv. dalla l. n. 162 del 2014, comprensivo del trasferimento di diritti immobiliari, la trascrizione di tale accordo richiede, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del medesimo d.l. n. 132, l'autenticazione del relativo verbale da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

Cass. Sez. II, 21/01/2020, n. 1202 - Pres. Petitti, Est. Varrone

Rapporti di collaborazione ex art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015 (cd. "riders") – "tertium genus" – configurabilità – esclusione – disciplina del rapporto di lavoro subordinato – applicabilità – presupposti – etero-organizzazione – rilevanza – individuazione – criteri.

Ai rapporti di collaborazione di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, pur non riconducibili ad un "tertium genus" intermedio tra lavoro autonomo e subordinazione, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, senza necessità di ulteriori indagini, tutte le volte in cui, integrandosi il requisito della etero-organizzazione nella fase funzionale di esecuzione del rapporto, le modalità di coordinamento della prestazione, personale e continuativa, del collaboratore, siano imposte dal committente.

Cass. Sez. lav., 24/01/2020, n. 1663 - Pres. Di Cerbo, Est. Raimondi

Regime del cd. "contratto a tutele crescenti" – Art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015 – Ambito di applicazione – Conversione del contratto a tempo determinato – Individuazione del momento rilevante per i contratti conclusi prima del 7 marzo 2015.

Il regime del cd. "contratto a tutele crescenti" si applica, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, ai contratti a tempo determinato stipulati anteriormente al 7 marzo 2015 solo ove gli effetti della conversione del rapporto – a seguito di novazione ovvero in ragione del tipo di vizio accertato – si producano in epoca successiva alla predetta data, restando irrilevante la data della pronuncia giudiziale dichiarativa dell'accertata nullità del termine.

Cass. Sez. IV, 16/01/2020, n. 823 - Pres. Di Cerbo, Est.. Patti

S.R.L. – aumento di capitale sociale – socio parzialmente moroso – esclusione – illegittimità – limiti – fondamento. s.r.l. – socio moroso – diritto di controllo sugli affari sociale – sussistenza – fondamento.

La Prima Sezione civile ha enunciato i seguenti principi di diritto: a) «Nel caso di mora del socio nell'esecuzione dei versamenti, dovuti alla società a titolo di conferimento per il debito da sottoscrizione dell'aumento del capitale sociale deliberato dall'assemblea nel corso della vita della società, il socio non può essere escluso, essendo egli titolare della partecipazione sociale sin dalla costituzione della società; pertanto, ferma la permanenza del socio in società per la quota già posseduta, l'assemblea deve deliberare la riduzione del capitale sociale solo per la misura corrispondente al debito di sottoscrizione derivante dall'aumento non onorato, fatto salvo solo il caso in cui lo statuto preveda l'indivisibilità della quota»; b) «Il socio moroso di s.r.l. non è ammesso, secondo il disposto dell'art. 2466 c.c., ad esprimere il proprio voto nelle decisioni e deliberazioni assembleari, ma non perde anche il diritto di controllo sugli affari sociali, ai sensi dell'art. 2476, comma 2, c.c., sino a che egli resti parte della compagine societaria in esito al procedimento intrapreso dagli amministratori».

Cass. Sez. I, 23/01/2020, n. 1185 - Pres. Bisogni, Est. Nazzicone

a cura di
Antonio De Simone
Avvocato
Walter Giacomo Caturano
Avvocato

Rassegna di merito

ART. 669-*SEXIES* C.P.C: IL DECORSO DEGLI OTTO GIORNI NON DECORRE DALL'EVENTUALE DECRETO DI CORREZIONE

Il dies a quo per il decorso degli otto giorni di cui all'art. 669-sexies c.p.c., 2° comma, per la notifica del decreto reso in assenza di contraddittorio in favore del ricorrente, non può coincidere con l'eventuale decreto di correzione materiale. In tal caso, infatti, si finirebbe con il riconoscere ad un errore del decreto di fissazione efficienza sanante della decadenza degli effetti del decreto inaudita altera parte originariamente concesso. La decadenza, tuttavia, si potrebbe evitare chiedendo una rimessione in termini.

Tribunale di Napoli, 05.12.2019 - Pres. Raffone - Rel. Fucito

CASSETTA DI SICUREZZA: IN CASO DI RAPINA, SPETTA AL CLIENTE DIMOSTRARNE L'EFFETTIVO CONTENUTO

In caso di furto del contenuto di una cassetta di sicurezza, la domanda di risarcimento del danno è infondata quando il cliente-attore non adempia all'onere probatorio posto a suo carico con riferimento al danno e all'entità dello stesso. Si può ricorrere alle deposizioni degli stretti familiari ed ai documenti di provenienza unilaterale, ma bisogna sempre tenere conto, nell'esame e selezione del materiale probatorio, della peculiarità dei fatti da dimostrare.

Tribunale di Milano, n.9545 del 21.10.2019 - Giudice Guido Macripò

CONTRATTI DERIVATI: NULLI SE È IMPOSSIBILE RILEVARE UN COLLEGAMENTO CON I MUTUI A CUI SI RIFERISCONO

Se nel contenuto dei contratti derivati, non è possibile rilevare un collegamento fra questi e i finanziamenti a cui si riferiscono, viene meno la causa degli stessi. Per cui la sanzione da applicare è quella della nullità.

Tribunale di Taranto, n.2856 del 18.11.2019 - Giudice Claudio Casarano

ESTINZIONE ANTICIPATA: INAPPLICABILI I PRINCIPI DELLA CORTE EUROPEA NEL CONTENZIOSO BANCA-CLIENTE

In tema di diritto del consumatore al rimborso pro quota degli oneri di un finanziamento estinto anticipatamente, non è direttamente invocabile dal cliente, nei confronti della banca mutuante, la sentenza interpretativa dell'11 settembre 2019, con la quale la Corte di Giustizia Europea ha affermato che la riduzione del costo totale del credito, a cui ha diritto (ex art. 16 direttiva UE 2008/48, nonché ex art. 125-sexies TUB), include "tutti i costi posti a suo carico, compresi anche quelli il cui importo non dipende dalla durata del contratto di credito".

Tale sentenza interpreta la Direttiva UE 2008/48, non l'art. 125, co. 2 TUB applicabile in questo caso, né l'art. 126-sexies TUB che è stato utilizzato per interpretare l'art. 125.2; [nel caso di specie] non è stato dedotto che la direttiva UE 2008/48 sia self executing, e non ne è stata chiesta l'applicazione diretta, e del resto non risulta che lo fosse, tanto che è stato necessario l'intervento interpretativo della Corte di Giustizia; in ogni caso, salvo eccezioni che in questo caso non risultano ricorrere, una Direttiva non può essere immediatamente applicabile nei rapporti tra privati.

Si può affermare che, alla luce della citata sentenza, la Repubblica Italiana abbia non correttamente trasposto nel diritto nazionale la Direttiva 2008/48 UE, ma tale situazione può dar luogo ad una responsabilità dello Stato italiano per erronea trasposizione della Direttiva, che comunque non sarebbe direttamente applicabile nei rapporti tra privati.

Tribunale di Napoli, n.10489 del 22.11.2019 - Giudice Ettore Pastore Alinante

FIDEIUSSIONI "ABI" E POSSIBILE VIOLAZIONE ANTICONCORRENZIALE: L'EVENTUALE NULLITÀ È SOLO PARZIALE

L'illiceità accertata dalla Banca d'Italia di alcune clausole di un modello standardizzato approvato da un'intesa bancaria non è idonea a determinare l'integrale nullità dei contratti "a valle" riconducibili allo schema contrattuale censurato dalla Banca d'Italia ma semmai solo la nullità parziale relativa alle singole clausole.

Tribunale di Ancona, n. 1914 del 12.11.2019 - Giudice Maria Teresa Danieli

LEASING: LA LEGGE 124 DEL 2017 HA TIPIZZATO LA LOCAZIONE FINANZIARIA QUALE FATTISPECIE AUTONOMA

Con la legge n. 124 del 4 agosto 2017 ("Legge annuale per il mercato e la concorrenza") è stato sancito il superamento della duplicità tipologica del leasing traslativo e di godimento. La nuova normativa ha quindi tipizzato la locazione finanziaria quale fattispecie autonoma, distinta dalla vendita con riserva di proprietà.

Tribunale di Perugia, n.1536 del 08.10.2019 - Giudice Rosa Lavanga

LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA: LA DOMANDA AZIONATA IN SEDE DI COGNIZIONE ORDINARIA È IMPROCEDIBILE AI SENSI DEGLI ART. 201 E SS. L. FALL.

A seguito della sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa di una società si determina, per un verso, la perdita della capacità (anche) processuale degli organi societari e, per altro verso, la temporanea improcedibilità – fino alla conclusione della fase amministrativa di accertamento dello stato passivo davanti agli organi della procedura ai sensi degli art. 201 e ss. l. fall. – della domanda azionata in sede di cognizione ordinaria, rilevabile anche d'ufficio e pure nella fase di cassazione, in difetto di una norma analoga all'art. 25 l. n. 990 del 1969. Deriva da quanto precede, pertanto, che qualsiasi credito nei confronti di un'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa deve essere fatto valere in sede concorsuale, nell'ambito del procedimento di verifica affidato al commissario liquidatore, mentre il giudice può conoscerne in sede ordinaria solo in un momento successivo sulle opposizioni o impugnazioni dello stato passivo formato in detta sede, così determinandosi una situazione di improponibilità o, se proposta, d'improseguibilità della domanda, che concerne sia le domande di condanna che quelle di mero accertamento del credito, sicché la domanda formulata in sede di cognizione ordinaria diventa improcedibile in virtù di norme inderogabilmente poste a tutela del principio della "par condicio creditorum".

Tribunale di Vicenza, n. 1573 del 22.07.2019 - Giudice Francesco Lamagna

MUTUO – ISC: L'INDICE CALCOLATO IN MISURA INESATTA NON COMPORTA UNA MAGGIORE ONEROSITÀ DEL PRESTITO MA UNA ERRONEA RAPPRESENTAZIONE DEL COSTO COMPLESSIVO

L'ISC non rappresenta una specifica condizione economica da applicare al contratto di finanziamento, ma una funzione informativa finalizzata a mettere il cliente nella posizione di conoscere il costo totale effettivo del finanziamento, prima di accedervi. La sua erronea indicazione non comporta di per sé una maggiore onerosità del finanziamento, quanto piuttosto una erronea rappresentazione del suo costo complessivo, non incidendo detto indicatore sul contenuto della prestazione a carico del cliente, ovvero sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto contrattuale, definita dalla pattuizione scritta di tutte le voci di costo negoziali; ne discende che non è configurabile la nullità comminata dall'art. 117 comma 8, o del comma 4, del TUB.

Tribunale di Modena, 06.05.2019 - Giudice Luca Primiceri

NOTA DI TRASCRIZIONE DEL PIGNORAMENTO: IL DEPOSITO TARDIVO NON COMPORTA ALCUNA SANZIONE D'INEFFICACIA

Il tardivo deposito della sola nota di trascrizione del pignoramento non comporta "sanzione" di inefficacia ai sensi dell'art. 557 cpc. La disposizione innanzi richiamata esplicitamente prevede la suddetta conseguenza pregiudizievole esclusivamente per le ipotesi specificate nell'ultimo comma "il pignoramento perde efficacia quando la nota di iscrizione a ruolo e le copie dell'atto di pignoramento, del titolo esecutivo e del precetto sono depositate oltre il termine di quindici giorni dalla consegna al creditore".

Tribunale di Napoli, 31.10.2019 - Giudice Monica Cacace

NOTIFICA PEC: VALIDA QUELLA INVIATA AGLI INDIRIZZI RISULTANTI DAL REGISTRO INI-PEC

È valida la notifica via PEC agli indirizzi risultanti dal registro INI-PEC. La prescrizione dell'art. 16 sexies (rubricato "Domicilio digitale") del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, prescinde dalla stessa indicazione dell'indirizzo di posta elettronica ad opera del difensore, trovando applicazione direttamente in forza dell'indicazione normativa degli elenchi/registri da cui è dato attingere l'indirizzo PEC del difensore, stante l'obbligo in capo ad esso di comunicarlo al proprio ordine e dell'ordine di inserirlo sia nel registro INI PEC, che nel ReGIndE.

Tribunale di Venezia, 25.10.2019 - Giudice Alessandro Cabianca

OPPOSIZIONE EX ART. 617 CPC: LA MANCATA PRODUZIONE DEL PROVVEDIMENTO IMPUGNATO DETERMINA L'IMPROCEDIBILITÀ

Ai fini del decorso del termine per proporre opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 cod. proc. civ., quand'anche la comunicazione del provvedimento del giudice dell'esecuzione sia avvenuta in imperfetta ottemperanza al disposto del capoverso dell'art. 45 disp. att. cod. proc. civ., come nel caso in cui essa sia stata non integrale, la relativa nullità è suscettibile di sanatoria per raggiungimento dello scopo, anche ai fini del decorso del termine per la proposizione dell'opposizione agli atti esecutivi, ove l'oggetto della comunicazione sia sufficiente a fondare in capo al destinatario una conoscenza di fatto della circostanza che è venuto a giuridica esistenza un provvedimento del giudice dell'esecuzione potenzialmente pregiudizievole; pertanto, in tal caso è onere del destinatario, nonostante l'incompletezza della comunicazione, attivarsi per prendere utile piena conoscenza dell'atto e valutare se e per quali ragioni proporre opposizione avverso di esso ai sensi dell'art. 617 cod. proc. civ. e nel rispetto del relativo complessivo termine, da reputarsi idoneo all'espletamento delle sue difese; ed incombe all'opponente dimostrare, se del caso, l'inidoneità in concreto della ricevuta comunicazione ai fini dell'estrinsecazione, in detti termini, del suo diritto di difesa.

Tribunale di Firenze, n.1747 del 05.06.2019 - Giudice Giovanni Santaniello

RIPETIZIONE INDEBITO: L'ONERE DELLA PROVA DEGLI AVVENUTI PAGAMENTI È IN CAPO AL CORRENTISTA

Alla stregua dei princìpi generali sul riparto dell'onere probatorio ex art. 2697 c.c., nei rapporti di conto corrente bancario, il correntista che agisca in giudizio per la ripetizione dell'indebito è tenuto alla prova degli avvenuti pagamenti e della mancanza di una valida causa debendi, essendo quindi onerato della ricostruzione dell'intero andamento del rapporto, con la conseguenza che non può essere accolta la domanda di restituzione se siano incompleti gli estratti conto attestanti le singole rimesse suscettibili di ripetizione.

Tribunale di Reggio Emilia, n. 1646 del 27.11.2019 - Giudice Gianluigi Morlini

SOTTOSCRIZIONI DIGITALI: LE FIRME DI TIPO CADES E PADES SONO RICONOSCIUTE VALIDE ED EFFICACI

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

Corte d'Appello di Napoli, 29.07.2019 - Pres. Chiappetta - Rel. Baldini

USURA: GLI INTERESSI DI MORA IN TERMINI OGGETTIVI SONO IRRILEVANTI AI FINI DELLA L. 108/96

L'esigenza di omogeneità, o simmetria, è indubbiamente avvertita dalla legge (n. 108/96), la quale disciplina la determinazione del tasso in concreto e del TEGM prendendo in considerazione i medesimi elementi. In difetto di una rilevazione periodica ufficiale dei tassi di mora medi, operata con le modalità previste dall'art. 2 L. 108/96, o si ritiene preclusa la verifica in termini oggettivi del carattere usurario degli interessi moratori pattuiti nella singola operazione contrattuale oppure si utilizzano, ai fini della verifica della usurarietà degli interessi di mora, gli esiti della indagine statistica.

Tribunale di Cosenza, n.1623 del 22.07.2019 - Giudice Anna Rombolà

USURA: LA MANCATA PRODUZIONE DEI DECRETI MINISTERIALI DETERMINA IL RIGETTO DELL'OPPOSIZIONE

La natura di atti meramente amministrativi dei decreti ministeriali rende ad essi inapplicabile il principio "iura novit curia" di cui all'art. 113 c.p.c., da coordinarsi, sul piano ermeneutico, con il disposto dell'art. 1 delle preleggi, che non comprende, appunto, i detti decreti tra le fonti del diritto, (cfr. cass. n. 2543/2019). Di conseguenza, il mancato adempimento all'onere probatorio ricadente sulla parte, determina il rigetto della domanda, in quanto pur trattandosi di una nullità rilevabile d'ufficio, essa può rilevarsi "iuxta alligata et probata".

Tribunale di Napoli, n.10814 del 04.12.2019- Giudice Maria Ludovica Russo

Diritto e procedura penale

Celebrato il giudizio di primo grado con le forme di ricorso in appello, l'imputato può dedurre il carattere ingiustificato del diniego da parte del giudice di primo grado sulla richiesta di messa alla prova? La Corte di Cassazione chiarisce sul punto.
Nota a Cassazione Penale, Sezione VI, sent. 31ottobre 2019, n. 47109 900
di Angela Vassallo

Le contestazioni relative al principio di immutabilità del Giudice. La decisione delle Sezioni unite.
Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentenza del 10 ottobre 2019, n. 41736 905
di Alessandra Agrillo

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali 909
a cura di Angelo Pignatelli

Rassegna di legittimità 914
a cura di Andrea Alberico

Rassegna di merito 917
a cura di Giuseppina Marotta

Angela Vassallo
Avvocato

Celebrato il giudizio di primo grado con le forme di ricorso in appello, l'imputato può dedurre il carattere ingiustificato del diniego da parte del giudice di primo grado sulla richiesta di messa alla prova? La Corte di Cassazione chiarisce sul punto.

Nota a Cassazione Penale, Sezione VI, sent. 31ottobre 2019, n. 47109

abstract

The celebration of the first instance judgment in the form of the abbreviate drite does not prevent the accused from appealing the unjustified nature of the rejection by the first instance judge of the request for suspension with trial.

keywords

Probation – Abbreviated rite – Test institute.

abstract

La celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato non impedisce all'imputato di dedurre in appello il carattere ingiustificato del rigetto da parte del giudice di primo grado della richiesta di sospensione con messa alla prova.

parole chiave

Prova – Rito abbreviato – Messa alla prova.

Sospensione del processo per la messa alla prova – Rito abbreviato.

Il giudice è legittimato a disporre la sospensione del processo per la messa alla prova qualora, all'esito del giudizio di primo grado ovvero in appello, il fatto contestato venga sussunto in una fattispecie non ostativa all'accesso all'istituto ex art. 168 bis c.p.p., comma 1, all'ovvia condizione che l'istanza sia stata ritualmente presentata e sussistano gli ulteriori presupposti di legge.

Cassazione Penale, Sezione VI, sent. 31 ottobre 2019, n. 47109, dep. il 20 novembre 2019.

Omissis

Fatto

Con il provvedimento in epigrafe, la Corte d'appello di Salerno aveva confermato la sentenza con cui il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Nocera Inferiore, all'esito di giudizio abbreviato, aveva condannato *omissis* alla pena di mesi dieci e giorni venti di reclusione ed euro 4.000 di multa, in relazione al reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, per avere detenuto, per farne un uso non esclusivamente personale, sostanza stupefacente del tipo marijuana del peso di grammi 106,4, corrispondenti a 247 dosi medie singole. Nel confermare la sentenza del primo Giudice, la Corte d'appello aveva rilevato che la destinazione della marijuana allo spaccio risultava inequivocabilmente comprovata dal quantitativo – obbiettivamente notevole – di droga trovato in possesso del prevenuto nonché di ulteriori elementi obiettivi, quali il rinvenimento della sostanza in due barattoli e la disponibilità di due bilancini di precisione, di cinque paia di forbici, di due cesoie, di un coltellino intriso di stupefacente e di nastro isolante, cioè di materiale finalizzato alla preparazione delle dosi per la vendita. Il Collegio di merito ha poi stimato corretta la mancata concessione della messa alla prova da parte del Giudice dell'udienza preliminare, essendo stato il reato qualificato in quella fase ai sensi dell'art. 73, comma 4, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ipotesi pertanto con una pena superiore nel massimo a quattro anni di reclusione e, pertanto, ostativa all'accesso all'istituto. Nel ricorso a firma del difensore di fiducia, omissis chiedeva l'annullamento del provvedimento per i motivi di seguito sintetizzati ai sensi dell'art. 173 disp. att. cod. proc. pen. Mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione in relazione all'onere della prova ed al thema probandum. A sostegno del motivo, il ricorrente rilevava come la Corte d'appello avesse confermato la condanna pronunciata in primo grado sulla base di semplici presunzioni di carattere generico e di considerazioni contraddittorie,

là dove ha trascurato la condizione di tossicodipendenza dell'imputato e la mancanza – a discapito del rilevante dato quantitativo – di elementi dimostrativi "al di là di ogni ragionevole dubbio" della destinazione alla cessione. La difesa sottolinea difatti che, contrariamente a quanto riportato nel provvedimento impugnato, la sostanza non era ripartita in dosi ma era indivisa, che la P.G. non ha mai rilevato alcuna attività di spaccio e che le forbici ed il nastro erano destinati esclusivamente all'attività di bricolage. Inosservanza o erronea applicazione della legge penale con riferimento all'ordinanza del 15 febbraio 2017 del Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Nocera Inferiore di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova. Nell'argomentare la deduzione, il ricorrente evidenzia: a) che, dopo la notifica del decreto di giudizio immediato del 20 gennaio 2017 in relazione al reato di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, la difesa del omissis presentava richiesta di messa alla prova; b) che il G.i.p. rigettava l'istanza rilevando che il fatto non era sussunnibile nell'ipotesi di reato contestata, bensì in quella ex art. 73, comma 4, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ostativa all'accesso al beneficio; c) che, nel prosieguo del procedimento, la Procura manteneva inalterato il capo di imputazione ed il ricorrente presentava una nuova istanza, "che non trova risposta agli atti del procedimento", essendosi il giudice limitato laconicamente a fare menzione del relativo rigetto, senza esplicitare le ragioni del diniego dell'ammissione all'istituto premiale, cui l'imputato – giusta la formale contestazione – aveva diritto di accedere.

Considerato in diritto

Per un verso, il ricorrente ripropone i medesimi argomenti già dedotti in appello senza confrontarsi con le puntuali risposte fornite dalla Corte territoriale, il che costituisce di per sé causa d'inammissibilità del ricorso (Sez. 6, n. 20377 del 11/03/2009, Arnone e altri, Rv. 243838); per altro verso, sollecita una rilettura delle emergenze processuali, non consentita in questa Sede, dovendo la Corte di legittimità limitarsi a ripercorrere l'iter argomentativo svolto dal giudice di merito per verificare la completezza e l'insussistenza di vizi logici ictu oculi percepibili, senza possibilità di valutare la rispondenza della motivazione alle acquisizioni processuali (*ex plurimis* sez.un., n. 47289 del 24/09/2003, Petrella, Rv. 226074). Ad ogni buon conto, il discorso giustificativo svolto dalla Corte d'appello a sostegno della conferma del giudizio di penale responsabilità si appalesa immune dalle censure mosse con il ricorso, là dove poggia solidamente sulle emergenze obbiettive acquisite nel corso delle investigazioni e si sviluppa secondo inferenze scevre da illogicità manifesta. Ed invero, dopo avere riconosciuto l'errore del primo giudice quanto alle modalità di confezionamento della droga rinvenuta in possesso omissis (indivisa anziché ripartita in più dosi, come dato conto dal G.u.p.) ed avere dunque eliminato tale emergenza dal novero degli elementi a carico, la Corte distrettuale ha nondimeno argomentato la ritenuta destinazione della droga alla cessione a terzi alla luce di una valutazione unitaria e globale di plurime circostanze di fatto acquisite al processo, quali il significativo dato ponderale della sostanza e la contestuale disponibilità di utensili atti al confezionamento delle dosi, costituenti il tipico armamentario dello spacciatore. Circostanze obiettive stimate non irragionevolmente convergenti, secondo un apprezzamento coerente all'*id quod plerumque accidit*, nel senso della finalizzazione dello stupefacente ad un uso non esclusivamente personale. È di contro fondato il secondo motivo di ricorso, con il quale il ricorrente attacca l'ordinanza del 15 febbraio 2017 con cui il Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Nocera Inferiore ha rigettato l'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova. Del tutto preliminare risulta verificare l'ammissibilità dell'impugnazione dell'ordinanza de qua. Costituisce principio di diritto acquisito che - come chiarito dalle Sezioni unite di questa Corte regolatrice - l'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova non è immediatamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen., in quanto l'art. 464-quater, comma 7, cod. proc. pen., nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con la messa alla prova (sez. un., n. 33216 del 31/03/2016, Rigacci, Rv. 267237; Sez. 3, n. 6046 del 27/09/2016 - dep. 09/02/2017, Tortorelli, Rv. 268828).

****Nota a sentenza*

Prodromica all'interpretazione della suddetta sentenza è l'inquadramento della "messa alla prova" dalla natura a tutt'oggi ibrida. Va premesso che la ricerca di strumenti di decongestionamento del processo penale, in particolare nella fase decisoria di primo grado, in relazione a reati di non elevato allarme sociale, rappresenta probabilmente la prima delle ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova anche nel giudizio penale ordinario al fine di realizzare la deflazione. La disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova per imputati maggiorenni ha molte lacune normative, che ha determinato l'insorgere di questioni ermeneutiche e di contrasti giurisprudenziali. Molte sono le sentenze che si sono pronunciate sull'ambito applicativo e sulla disciplina delle impugnazioni.

Nel nostro ordinamento, in particolare, lo schema

fu modulato su quello della sospensione condizionale della pena. Il ricorso a forme alternative alla detenzione, inoltre, si diffondeva anche in altri Paesi europei[1] e gli schemi adottati sono stati diversi, sebbene connotati da elementi comuni quali la momentanea interruzione dell'accertamento processuale; l'applicazione di prescrizioni; la verifica in corso d'opera e alla conclusione della prova da parte di soggetti esterni al giudizio ed in tutti i casi, il tratto comune è costituito dal fatto che l'esito positivo della prova interrompe il corso del processo, a qualunque stadio esso sia giunto e che l'inadempimento, come noto, determina invece la revoca della sospensione con la ripresa del giudizio. In particolare è doveroso affermare che nel nostro ordinamento il primo ricorso all'istituto si deve all'ambito minorile[2]in cui ancora oggi un'alta percentuale di epiloghi procedimentali è riconducibile al buon esito della prova. In tal senso il d.P.R. n. 448 del 1988 ha accolto alla lettera le indicazioni di matrice europea disciplinando, agli artt. 28 e 29, la sospensione del processo con messa alla prova. In particolare, tali norme hanno previsto che il giudice, sentite le parti, possa disporre con ordinanza la sospensione del processo quando ritenga di dovere valutare la personalità del minorenne all'esito della prova. La norma appare chiara, dunque, nella finalità preposta: l'osservazione del minore per una riconsiderazione del suo operato, in una prospettiva di cambiamento ed il giudice deve potere elaborare una prognosi favorevole sulla condotta dell'imputato, mediante le prescrizioni determinate e la promozione della conciliazione con la persona offesa dal reato.

Bisogna premettere che, l'istituto deflattivo del dibattimento della sospensione del processo con messa alla prova, è una modalità alternativa di definizione del processo, attivabile sin dalla fase delle indagini preliminari, mediante la quale è possibile pervenire ad una pronuncia di proscioglimento per estinzione del reato.

La singolare funzione dell'istituto è rappresentata non soltanto dalla riduzione del carico processuale e dalla riduzione del carico "penitenziario".

Invero, proprio questo ultimo elemento ha indotto il legislatore nazionale ad estendere in via generale un istituto pensato ed applicato nei confronti dell'imputato minorenne, ribaltando i tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio che hanno visto come elemento propulsivo originariamente una sentenza della Corte CEDU[3], con la quale si dava atto della drammatica condizione di sovraffollamento delle carceri italiane, e a livello nazionale, il supremo consesso a Sezioni unite[4] ha mostrato piena consapevolezza dell'importanza e delle potenzialità di tale istituto, evidenziando come la natura intrinseca di quest'ultimo sia rappresentata da una nuova idea di anticipata rieducazione che introduca un sistema di aiuto sociale incentrato sul massimo potenziamento delle politiche sociali rieducative e, solo come *extrema ratio*, considerare il diritto penale come *longa manus* di quest'ultime.

La questione qui proposta ha l'obiettivo di chiarire la problematica attinente ai rimedi impugnatori nel caso in cui l'organo giudicante non accolga l'istanza di messa alla prova.

La sentenza in commento esprime una disamina completa da parte della Corte di Cassazione, per l'istituto della messa alla prova. La Corte ha ricostruito la disciplina dettata dal legislatore ad ampio raggio su base interpretativa con la possibilità per i giuristi di avvalersi di un contributo di ampio spessore.

Occorre ora in termini sintetici e secondo uno schema ordinato, ricostruire le questioni che erano state poste dalla Corte.

Va premesso che sulla valutazione del provvedimento di rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nel caso in cui l'imputato abbia optato per il rito abbreviato come, nel caso di specie, convivono nell'attuale giurisprudenza di legittimità due orientamenti interpretativi opposti.

Secondo un primo orientamento deve escludersi, una volta celebrato il giudizio di primo grado attraverso le forme del rito abbreviato, che l'imputato in sede di appello possa dedurre il carattere ingiustificato del diniego da parte del giudice di primo grado della sua richiesta di sospensione per la messa alla prova.

Invero tale soluzione interpretativa è suffragata dalla mancanza di una specifica disposizione di convertibilità da un rito all'altro. È fatto salvo sicuramente la facoltà di scelta dell'imputato, però, si esclude che una volta celebrato il giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato, possa dedurre in sede di appello, il diniego ingiustificato della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Per l'orientamento contrapposto invece, la celebrazione del giudizio di primo grado nelle forme del rito

[1] Si ha notizia delle prime forme di ricorso a tale istituto negli Stati Uniti già dalla metà del 1800, quando, in modo assolutamente informale, il giudice faceva ricorso all'irrogazione di sanzioni alternative, consistenti per lo più in prestazioni di facere, caratterizzate dalla volontarietà della richiesta dell'accusato e dalla discrezionalità della comminazione da parte del giudice. Risale al 1878 il *Massachusetts probation act*, che costituisce probabilmente il primo testo noto relativo alla sospensione processuale. Solo pochi decenni dopo l'istituto era divenuto un caposaldo dell'amministrazione della giustizia statunitense.

[2] In ambito minorile già con la l. 1404 del 20 luglio del 1934, istitutiva dei tribunali per i minorenni, si ipotizzava l'affidamento dei minori in libertà vigilata; con la l. 888 del 25 luglio 1956, poi, si introducevano le strutture del Servizio sociale per i minorenni, preposte, tra l'altro, alla verifica delle forme sanzionatorie alternative. Queste scelte normative si fondavano, com'è noto, sulla priorità attribuita al percorso rieducativo del minore; priorità che ha richiesto la ricerca d'istituti nuovi (diversi), al fine di evitare gli effetti stigmatizzanti del circuito processuale, prima, e penitenziario, poi.

[3] Sentenza Torreggiani, 8 gennaio 2013.

[4] Cass. Pen.,sez.un., 31 marzo 2016, n. 36272, Rigacci.

abbreviato non impedisce all'imputato di dedurre in appello il carattere ingiustificato del rigetto, da parte del giudice di primo grado, della richiesta di sospensione con messa alla prova.

Il suddetto orientamento, ricalca la sentenza Rigacci a Sezioni unite, con la quale la Corte ha fissato il principio di diritto secondo cui: "l'ordinanza di rigetto di richiesta della messa alla prova non è autonomamente impugnabile, ma è appellabile unitamente alla sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 586 c.p.p., in quanto l'art. 464-*quater*, comma 7, c.p.p., nel prevedere il ricorso per cassazione, si riferisce unicamente al provvedimento con cui il giudice, in accoglimento della richiesta dell'imputato, abbia disposto la sospensione del procedimento con messa alla prova".

La sentenza in esame propende per la seconda interpretazione.

Scegliendo tale orientamento il Supremo Consesso, da un lato, ha garantito la più ampia tutela possibile all'imputato, in quanto esso può presentare la domanda già dalla fase delle indagini preliminari, avendo comunque garantita una piena rivalutazione sia da parte del giudice al quale si reitera l'istanza, sia da quello dell'impugnazione in appello, dall'altro, viene determinato un unico rimedio avverso le ordinanze emesse nel corso degli atti preliminari o nel dibattimento.

Quale strumento di deflazione processuale, infatti prevede, la possibilità per l'imputato di evitare la celebrazione del dibattimento e di essere sottoposto ad un trattamento rieducativo con attività socialmente utili attuando condotte riparatorie. Diversa è la *ratio* della misura prevista nel procedimento per i minorenni, poiché in esso questa è finalizzata alla rieducazione di una personalità ancora in via di sviluppo, invece per gli adulti è caratterizzata da una natura "proteiforme" in un'ottica preventiva, volta all'accertamento della penale responsabilità ed al tempo stesso rieducativa, subordinata alla valutazione discrezionale del giudice sia nell'anche nel quomodo assicurando così all'interessato diversi vantaggi sul piano processuale e sanzionatorio, poiché si procede con la sospensione del processo penale, con la scelta di una pena non carceraria. Sul punto anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che la sospensione con messa alla prova attiene ai fatti sostanziali e processuali in quanto costituisce un nuovo procedimento speciale alternativo al giudizio[5].

Su questa linea le Sezioni unite hanno affermato come la nuova figura, per la sua dimensione processuale e sostanziale, possa essere considerata un nuovo rito speciale, in cui l'imputato che rinuncia al processo ordinario trova il vantaggio di un trattamento sanzionatorio non detentivo attraverso "una fase anticipata in cui viene infranta la sequenza cognizione esecuzione della pena in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto".

Un ruolo portante ovviamente lo giocherà il giudice, che in base allo stato dei fatti, sarà chiamato ad accertare non solo la sussistenza del fatto e la corretta qualificazione giuridica dello stesso, ma sarà chiamato a compiere un giudizio penetrante sulla persona dell'imputato attraverso le informazioni acquisite tramite la polizia giudiziaria, del Pm, che si basano su un accertamento sommario, che anticipa in cripto processo sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della prova.

Invero, la singolarità dell'istituto non lo rende sensibile al principio di diritto secondo *cui electa una via, non datur recursus ad alteram*, usato dalla giurisprudenza per regolare i rapporti patteggiamento e giudizio abbreviato, istituti che, se pure diversi, sono connotati da una stessa natura processuale, ne deriva pertanto che la sospensione del procedimento per la messa la prova risulta un unicum nel nostro ordinamento stante l'evidenziata dimensione multiforme sostanziale processuale.

Dunque non si può limitare il diritto dell'imputato ad avvalersi di riti alternativi espressioni proprio fondanti della sulla carta costituzionale, pertanto la soluzione preferibile come già espresso nella sentenza interpretativa di rigetto, numero 131 del 29 maggio 2019, ove si afferma il principio di diritto secondo il quale " il giudice legittimato a concedere il beneficio della sospensione con messa alla prova qualora in esito al giudizio ritenga di dare al fatto una definizione diversa da quella enunciata nell'imputazione e tale da consentire l'accesso al beneficio" siffatto principio infatti coincide con la regola fondamentale dello *iura novit curia* sancita dall'articolo 521 del codice di procedura penale, secondo cui il giudice «può sempre modificare la qualificazione giuridica data dal pubblico ministero al fatto che qui procede, senza che ciò incida sul potere d'iniziativa del pm che rileva esclusivamente sotto il diverso profilo dell'immutabilità della formulazione del fatto inteso come che accadimento materiale».

Il potere giurisdizione di riqualificazione giuridica del fatto materiale ad opera del PM «non può non operare anche nel caso in cui, l'imputato che richieda la sospensione del procedimento per la messa la prova a seguito della notifica del decreto di giudizio immediato, essendo, anche in questo caso, rimessa al prudente apprezzamento del giudice la sussunzione dell'imputazione oggetto della vocatio in iudicium nelle fattispecie di reato giuridicamente corretta».

La sentenza esaminata considera la messa alla prova in un'ottica specialpreventiva, che non rinuncia alla sanzione penale, ma cambia la sequenza ordinaria.

Per la Cassazione «nella fase del vaglio dell'ammissibilità alla messa alla prova, il giudice, seppure in base ad un accertamento sommario, anticipa un "cripto-processo" sul fatto, sull'autore e sulle conseguenze della messa alla prova».

[5] Sentenza n. 240/2015.

Così, nel caso di rigetto emesso nelle indagini preliminari o in udienza preliminare l'imputato beneficerà prima della possibilità di rinnovare la richiesta e, successivamente, di impugnare il diniego emesso dal giudice del dibattimento unitamente alla sentenza. Nel caso di diniego pronunciato direttamente nel giudizio l'imputato avrà soltanto la possibilità di appellare *ex* art. 586 c.p.p. e, dunque, nasce qui la necessità di una impugnazione di merito si configura per evitare la disparità di trattamento.

Invero il riconoscimento del solo ricorso per cassazione a fronte dell'ordinanza ammissiva non costituisce in alcun modo una deminutio per i soggetti legittimati. In questo caso, l'imputato ammesso alla prova, censura i profili di legittimità attinenti al mancato consenso in ordine ai contenuti del programma, giacché il restante viene scelto direttamente dal suddetto. Il pubblico ministero, comunque, ha una tutela immediata, le cui limitazioni nascono per garantire maggiormente la messa alla prova.

Ebbene, la soluzione accolta dalla Corte fa nascere perplessità sotto il profilo della parità tra le parti, giacché il pubblico ministero viene estromesso dal controllo di merito su di un provvedimento, che attiene all'accertamento del fatto ed alla determinazione in concreto della pena, in relazione al quale non ha alcun potere di sindacato.

Alessandra Agrillo
Avvocato

Le contestazioni relative al principio di immutabilità del Giudice. La decisione delle Sezioni unite.

Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentenza del 10 ottobre 2019, n. 41736

abstract

With the sentence n. 41736/2019, filed on 10 October 2019, the United Sections affirmed the following principles of law, in other words "the principle of immutability, established by art. 525 c. 2 first part of the Code of Criminal Procedure, requires that the judge who provides for the resolution of the sentence is not only the same judge before whom the trial is taken, but also the one who ordered the admission of the trial, without prejudice to the fact that the provisions on the admission of the evidence issued by the differently composed court must be considered confirmed if not expressly modified or revoked ", not only this, but "the change in the composition of the judge gives the parties the right to request, pursuant to articles 468 and 493 c.p.p., both new proofs and the renewal of those taken by the differently composed judge, in the latter case specifically indicating the reasons that impose such renewal, without prejudice to the judge's assessment, pursuant to arts. 190 and 495 c.p.p., also on the no-manifest superfluity of the renewal thereof ". Finally states that the consent of the parties to the reading pursuant to art. 511 c. 2, c.p.p. of the acts assumed by the college in different composition, following the renewal of the trial, it is not necessary with regard to the testimonial examinations whose repetition did not take place because it was not requested, not admitted or no longer possible.

keywords

Correct debate renewal – Powers of the judge before witnesses already heard – Art. 525 c.p.p.

abstract

Con sentenza n. 41736/2019, depositata il 10 ottobre 2019, le Sezioni unite hanno affermato alcuni principi di diritto: «il principio di immutabilità, previsto dall'art. 525 c. 2 prima parte c.p.p., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati se non espressamente modificati o revocati", non solo, "l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione della stessa». In fine afferma che il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c. 2 c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile.

parole chiave

Corretta rinnovazione del dibattimento – Poteri del giudice riguardo a testimoni già ascoltati – Art. 525 c.p.p.

Mutamento del collegio – Rinnovazione e valutazione – Poteri del Giudice.

Il principio d'immutabilità del giudice, previsto dall'art. 525, comma 2, prima parte, cod. proc. pen., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati. Pertanto, l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 cod. proc. pen., sia prove nuove sia la rinnovazione

di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 cod. proc. pen., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa. Infine, il consenso delle parti alla lettura ex art. 511, comma 2, cod. proc. pen. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile.

Corte di Cassazione, Sezioni unite,
sentenza del 10 ottobre 2019, n. 41736.

****Nota a sentenza*

Con il *decisum* in rassegna le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno affrontato la questione relativa alle regole ed alle determinazioni che il giudice (o il nuovo collegio) subentrante al precedente deve osservare per una corretta rinnovazione del dibattimento, così come previsto dall'art. 525 co. 2 c.p.p., secondo cui alla deliberazione della sentenza concorrono i medesimi giudici che hanno partecipato al dibattimento, a pena di nullità assoluta.

In particolare si sottolinea che, in ossequio al principio di immediatezza, volto a garantire la continuità tra il momento della formazione della prova e quello della decisione, la sentenza deve essere deliberata subito dopo la chiusura del dibattimento, dagli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento, pena la nullità della stessa.

La suddetta previsione, contenuta nel primo coma, integra una norma di chiusura volta a garantire che la decisione sia la diretta espressione delle prove raccolte nel contraddittorio tra le parti e dell'oralità del giudizio poiché volta a valorizzare le impressioni dell'istruzione dibattimentale.

Sulla scorta di quanto previsto ci si è interrogati sul se il principio d'immutabilità di cui all'art. 525, comma 2, cod. proc. pen. richieda la corrispondenza, rispetto al giudice che abbia proceduto alla deliberazione finale, del solo giudice dinanzi al quale la prova sia stata assunta, o diversamente, anche del giudice che abbia disposto l'ammissione della prova stessa ed ancora se, ai fini di ritenere la sussistenza del consenso delle parti alla lettura degli atti assunti dal collegio che sia poi mutato nella sua composizione, sia sufficiente la mancata opposizione delle stesse, o si renda necessario verificare la presenza di ulteriori circostanze che la rendano univoca.

Il principio di immutabilità del giudice è determinato dal secondo comma, in base al quale alla deliberazione della sentenza deve provvedere lo stesso giudice, monocratico o collegiale che sia, che ha partecipato al dibattimento a pena di nullità assoluta.

Relativamente alla portata di tale regola è intervenuta la giurisprudenza che ha più volte chiarito che la suddetta previsione non va intesa in senso formale ma piuttosto va correlata alla sola fase del dibattimento, fase in cui si procede all'assunzione delle prove ed eventualmente si procede all'adozione di provvedimenti che assumano valenza in relazione all'esito del giudizio. Da quanto ritenuto emerge l'esclusione che la stessa regola possa essere invocata con riguardo alle attività funzionali allo svolgimento del dibattimento.

Nel caso di specie i giudici di legittimità sono stati chiamati ad esaminare un caso in cui la Corte d'Appello era giunta alla conclusione che la sentenza di primo grado fosse stata emanata in violazione dei principi di cui all'art. 525 co. 2 cit., il cui fine, si sottolinea ancora una volta, risiede nella necessità di preservare il rapporto diretto tra giudice e formazione della prova e di cogliere, con la diretta percezione, da parte del primo, delle dichiarazioni dei testi escussi, i connotati espressivi, anche non verbali, del dichiarante al fine di valutarne la credibilità e l'attendibilità, dal momento che il collegio giudicante era stato modificato tra la prima udienza, nella quale era stata dichiarata l'apertura del dibattimento e adottata l'ordinanza di ammissione delle prove, e le udienze successive nelle quali erano stati assunti i mezzi di prova.

Pertanto, il Collegio analizza nella sentenza la sequenza procedimentale costituita dall'apertura del dibattimento, le richieste istruttorie, il provvedimento di ammissione ed in ultimo, l'assunzione delle prove (ex artt. 492 ss. c.p.p.), considerando non violato il principio di immutabilità laddove il giudice precedente si sia limitato al solo compimento degli atti urgenti di cui all'art. 467 c.p.p., all'autorizzazione alla citazione dei testimoni (ex art. 468 c.p.p.), o alla verifica della regolare costituzione delle parti ed alla decisione in ordine alle questioni preliminari.

I giudici sulle questioni preliminari hanno precisato che dinanzi al nuovo giudice potranno essere riproposte le questioni sollevate in precedenza davanti ad altro giudice, e che siano state da quest'ultimo vagliate, la preclusione riguarda le questioni del tutto nuove che le parti avrebbero potuto e dovuto proporre davanti al precedente giudicante e che non potranno porre poi.

Il Collegio si sofferma, in particolare, sulla rinnovazione del dibattimento, momento che ha inizio con la dichiarazione di apertura ex art. 492 c.p.p., in cui si esclude la necessità di una loro formale rinnovazione, in applicazione del principio di cui all'art. 525 co. 2 c.p.p., secondo cui: «i provvedimenti già emessi conservano efficacia se non espressamente revocati», fermo restando il potere del giudice di disporre d'ufficio la ripetizione, anche pedissequa, delle citate attività.

Regola quest'ultima in linea con il principio "della ragionevole durata del processo", per cui mediante il

tacito rinnovo viene salvaguardata l'esigenza delle parti di contenere la durata del processo senza sacrificare il potere di formulare istanze istruttorie, che andranno poi sottoposte all'attenta valutazione del giudice.

La Corte sulla scorta di tali valutazioni aveva ritenuto che alla deliberazione avessero partecipato giudici in parte diversi da quelli che avevano partecipato al dibattimento, inoltre, irrilevante era la circostanza che le parti avessero accettato l'utilizzazione delle prove acquisite dal precedente collegio, sebbene l'inosservanza avesse comportato la nullità della sentenza.

Pertanto, il Procuratore generale della Repubblica presentava ricorso, sottolineando che il primo collegio si era semplicemente limitato ad ammettere le prove, con ordinanza, prima che il collegio cambiasse e la Sezione assegnataria del caso, prendeva atto del fatto che il ricorso in questione investiva due importanti questioni, tra loro connesse, inerenti da un lato l'esatta definizione dell'ambito di applicazione del principio di immutabilità del giudice e dall'altro, come già anticipato, l'utilizzazione delle prove.

I giudici di legittimità sul punto hanno considerato quanto precedentemente affermato dalla pronuncia delle Sezioni unite del 1999[1], in cui si afferma che laddove vi sia la rinnovazione del dibattimento a causa del mutamento del giudice monocratico o della composizione collegiale, la prova raccolta dal primo giudice non è utilizzabile per giungere alla decisione finale mediante semplice lettura, senza ripeterla nel caso in cui quest'ultima possa essere ripetuta e sia stata chiesta.

Le Sezioni unite, nel tentativo di dirimere gli orientamenti contrapposti[2] e nell'analizzare le questioni fissano diversi tra cui il principio che non può ritenersi che la necessità di rinnovazione possa essere circoscritta alle sole attività istruttorie, dal momento che l'art. 525, comma 2, prima parte, fa espresso richiamo al "dibattimento", momento che ha inizio dopo la dichiarazione della sua apertura, di cui ne costituisce altra ed ulteriore componente, risultando arbitrario limitarne il campo d'azione alla sola istruzione dibattimentale.

L'altra precisazione che emerge dalla sentenza è relativa alla non necessità per il giudice, nell'ipotesi in cui sia sopravvenuta una modifica nella composizione dello stesso, di dover procedere al rinnovo formale dell'ordinanza di ammissione delle prove richiesta dalle parti, dal momento che i provvedimenti precedentemente emessi dal giudice diversamente composto, se non revocati o modificati espressamente, conservano la loro efficacia.

La Corte, a conferma dell'affermazione di cui sopra, richiama la disposizione relativa al giudizio d'assise, l'unico nel quale è normativamente prevista la presenza di giudici supplenti, e che appare applicabile anche in tema di rinnovazione del dibattimento per mutata composizione del giudice, anche se non espressamente disposto. In altre parole, trattandosi di una evenienza patologica, la sua disciplina la si ricava applicando per analogia quanto previsto in casi simili. In tal senso emerge che la conservazione dell'efficacia realizzerebbe il più generale principio di conservazione degli atti giuridici, oltre che la soddisfazione dell'esigenza costituzionalmente tutelata, ex art. 111 Cost., di contenere il più possibile i tempi di durata del processo.

La Corte precisa altresì che la garanzia dell'immutabilità del giudice viene disciplinata anche dalla Convenzione EDU, e della giurisprudenza della Corte, che fanno riferimento agli esami dibattimentali, e non ai provvedimenti accessori, strumentali alla celebrazione del giudizio, in quanto per loro stessa natura non definitivi, e quindi sempre revocabili dal giudice come conclusivamente composto.

Relativamente alla ripetizione dell'esame richiesto dalla parte, le Sezioni unite, fissano alcuni importanti criteri di orientamento tra cui uno soggettivo, volto ad individuare le parti che possono chiedere la reiterazione: ed è chiaro si tratti della sola parte che aveva già inserito il dichiarante nella propria lista testi ritualmente depositata ex art. 468 c.p.p., invece, se a chiedere la reiterazione è una parte nella cui lista testimoniale non figura il dichiarante, la richiesta vale come impulso al giudice di attivare i poteri riconosciutigli dall'art. 507 c.p.p. ed anche in tale circostanza si applica il rimedio fissato dalla Corte nella attribuzione del potere di presentare una nuova lista testi con eventuale concessione di un breve termine per la presentazione medesima.

Diversamente, se nessuna parte fa richiesta di reiterazione, saranno utilizzabili le dichiarazioni già assunte dal precedente giudice, fermo restando il potere dello stesso di disporre la ripetizione dell'esame nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 507c.p.p.

In tutti i casi di reiterazione il giudice effettuerà la valutazione sulla sussistenza di divieti di legge, sulla superfluità e sulla rilevanza della prova.

Nelle ipotesi in cui l'esame del teste non viene reiterato, perché non richiesto o perché divenuto impossibile o perché non ammesso dal giudice, le dichiarazioni già rese, se non risultino vietate dalla legge o ritenute superflue o irrilevanti, verranno considerate valide ed utilizzabili mediante lettura ex art. 511 c.p.p.

La decisione ha risolto anche la questione inerente la rilevanza del consenso delle parti alla lettura ex art. 511, comma 2, c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione affermando che il consenso non è necessario, quando la ripetizione dell'esame non abbia avuto luogo in difetto della richiesta di rinnovazione, oppure perché la ripetizione non sia stata ammessa

[1] Sezioni unite Penali, sentenza 17 febbraio 1999, p.u. 15 gennaio 1999, Iannasso.

[2] Cass. pen., Sezione I, sentenza 17 settembre 200, n. 35669 3. Cass. pen., Sezione VI, sentenza 24 aprile 2013, n. 18615. Cass. pen., Sezione IV, sentenza 17 novembre 2016, n. 48765. Cass. en., Sezione VI, sentenza 20 aprile 2018, n. 17982.

o non sia più possibile, diversamente, se il consenso è privo di rilievo, se la ripetizione dell'esame è richiesta dalla parte legittimata ed ammessa dal nuovo giudice, ma il nuovo esame non sia stato assunto.

Le Sezioni unite, dopo aver evidenziato come le posizioni assunte siano conformi a quanto previsto dalla Corte EDU[3], hanno enunciato i seguenti principi di diritto:

l'immutabilità del giudice, previsto dall'art. 525, comma 2, prima parte, c.p.p., impone che il giudice che provvede alla deliberazione della sentenza sia non solo lo stesso giudice davanti al quale la prova è assunta, ma anche quello che ha disposto l'ammissione della prova, fermo restando che i provvedimenti sull'ammissione della prova emessi dal giudice diversamente composto devono intendersi confermati, se non espressamente modificati o revocati;

l'avvenuto mutamento della composizione del giudice attribuisce alle parti il diritto di chiedere, ai sensi degli artt. 468 e 493 c.p.p., sia prove nuove sia la rinnovazione di quelle assunte dal giudice diversamente composto, in quest'ultimo caso indicando specificamente le ragioni che impongano tale rinnovazione, ferma restando la valutazione del giudice, ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p., anche sulla non manifesta superfluità della rinnovazione stessa;

il consenso delle parti alla lettura ex art. 511, comma 2, c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione, a seguito della rinnovazione del dibattimento, non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non chiesta, non ammessa o non più possibile.

[3] Corte EDU, Quarta Sezione, 9 luglio 2002, caso P.K. c/Finlandia;
Corte EDU, Prima Sezione, 4 dicembre 2003, caso Milan c/Italia.

a cura di Angelo Pignatelli
Avvocato

I contrasti risolti dalle Sezioni Unite penali

Il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo ai fini della confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale

abstract

With the decision under examination, the United Sections were called to settle the dispute regarding the legitimacy of the bankruptcy trustee to challenge the provisions on preventive seizure ordered prior to the declaration of bankruptcy, as it relates to the admissibility of the appeal itself. For the United Sections, since the availability of bankruptcy assets, of which the trustee is the owner, is recognized by the legal system and subject to a legally independent position in the exercise of the powers of administration and representation in court, the same is entitled to request the revocation of the preventive seizure for confiscation purposes and to challenge the provisions on actual precautionary matters.

keywords

Bankruptcy trustee legitimacy – Appeal for precautionary measures.

abstract

Con la decisone in esame le Sezioni unite sono state chiamate a dirimere il contrasto circa la legittimazione del curatore fallimentare ad impugnare i provvedimenti in tema di sequestro preventivo disposto precedentemente alla dichiarazione di fallimento, in quanto relativa alla stessa ammissibilità dell'impugnazione. Per le Sezioni unite poiché la disponibilità dei beni del fallimento, di cui il curatore è titolare, è riconosciuta dall'ordinamento e oggetto di una posizione giuridicamente autonoma nell'esercizio dei poteri di amministrazione e di rappresentanza in giudizio, lo stesso è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale.

keywords

Curatore fallimentare legittimazione – Impugnazione provvedimenti cautelari.

CORTE DI CASSAZIONE, Sezioni unite, sentenza 26 settembre 2019, dep. 13 novembre 2019, n. 38954

Curatore fallimentare - Revoca del sequestro preventivo – Legittimazione ad impugnare – Sussistenza.

La legittimazione del curatore, alle impugnazioni riguardanti i beni sequestrati, in quanto derivante dalla sua posizione di soggetto avente diritto alla restituzione degli stessi, investe necessariamente la totalità dei beni facenti parte dell'attivo fallimentare. Ciò corrisponde peraltro al dato normativo rinvenibile nell'art. 42 della legge fallimentare per il quale la dichiarazione di fallimento conferisce alla curatela la disponibilità di tutti i beni di quest'ultimo esistenti alla data del fallimento e quindi anche di quelli già sottoposti a sequestro. Non può pertanto essere impedito al curatore di far valere le ragioni della procedura fallimentare con riguardo a tali beni, essi pure facenti parte dell'attivo fallimentare entrato nella disponibilità della curatela, avverso il vincolo apposto sugli stessi. Ne consegue che il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo ai fini della confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale.

* * *

La questione rimessa alle Sezioni unite è posta nei seguenti termini: «Se il curatore fallimentare sia legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale quando il vincolo penale sia stato disposto prima della dichiarazione di fallimento». La risoluzione della questione sollecita una revisione del principio formulato dalle Sezioni unite Uniland[1] le quali pronunziandosi su una problematica leggermente diversa, avevano statuito circa la mancanza di legittimazione del curatore fallimentare a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita. La citata autorevole pronunzia era stata seguita anche dalle successive pronunzie delle Sezioni con le quali si era ribadito che «Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo, anche per equivalente, dei beni della società fallita. (Fattispecie di omesso versamento Iva e di ritenute fiscali, nella quale la Corte ha precisato che il curatore, in quanto soggetto terzo rispetto al procedimento cautelare, non è titolare di diritti sui beni in sequestro, né può agire in rappresentanza dei creditori, non essendo questi ultimi, prima della assegnazione dei beni e della conclusione della procedura concorsuale, titolari di alcun diritto di proprietà o altro diritto reale sugli stessi)»[2]

Nella sentenza Uniland, la questione era per il vero diversa, riguardando l'ampiezza della valutazione del giudice penale, investito di una richiesta di applicazione del sequestro preventivo. Più nel dettaglio, si chiedeva alle Sezioni unite Uniland se*, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente a norma dell'art. 19, comma 2, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, con riferimento a beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, il giudice penale poteva limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, senza prendere in considerazione le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o doveva invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori in buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato e, in quest'ultimo caso, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dei sequestri di prevenzione di cui al titolo IV del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia).* A tale questione veniva data risposta nel senso della necessità di tale verifica e dell'attribuzione della stessa al giudice penale, anche in sede esecutiva.[3] Nello sviluppo dell'argomentazione che conduceva a questa conclusione, l'esclusione della legittimazione del curatore all'impugnazione dei provvedimenti cautelari reali era tuttavia oggetto di una precisa indicazione di principio; nell'ottica del cui superamento si giustifica la rimessione della relativa questione secondo la previsione dell'art. 618 c.p.p., comma 1-*bis*.

Il principio di cui si tratta è stato peraltro oggetto, nella successiva giurisprudenza di legittimità, di un'elaborazione che, riaffermandone la validità, ne ha tuttavia precisato e sostanzialmente limitato la portata. L'insussistenza in capo alla curatela di una generale facoltà di impugnazione dei provvedimenti cautelari reali, nella situazione normativa attualmente vigente, è stata recentemente ribadita anche rispetto all'intervenuta emanazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, art. 320 la cui entrata in vigore è prevista dallo stesso decreto per il 15 agosto 2020, che attribuisce espressamente al curatore tale facoltà con riguardo alla proposizione della richiesta di riesame o di appello avverso i decreti e le ordinanze di sequestro, nonchè del ricorso per cassazione avverso le decisioni su dette richieste, nei casi, nei termini e con le modalità previste dal codice di procedura penale. Si è invero rilevato sul punto come proprio il fatto che il legislatore abbia ritenuto di dover conferire al curatore tale facoltà confermi la mancanza della stessa nell'attuale assetto normativo.[4]

Una prospettiva diversa, circa la carenza di legittimazione del curatore fallimentare è stata confermata con riguardo all'impugnazione dei provvedimenti di sequestro emessi anteriormente alla dichiarazione di fallimento.[5]

[1] Sezioni unite, sent. 25 settembre 2014, dep. 2015, n. 11170, Uniland s.p.a., Rv. 263685 la quale aveva enunciato il seguente principio di diritto: In tema di responsabilità da reato degli enti, il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita (In motivazione la Corte ha precisato che il curatore, in quanto soggetto terzo rispetto al procedimento cautelare, non è titolare di diritti sui beni in sequestro, nè può agire in rappresentanza dei creditori, non essendo anche questi ultimi, prima assegnazione dei beni e della conclusione della procedura concorsuale, titolari di alcun diritto sugli stessi).

[2] Cfr. Sez. 3, n. 23388 del 01/03/2016, Ivone, Rv. 267346.

[3] I principi di diritto enunciati sono stati i seguenti: «il curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione contro il provvedimento di sequestro adottato ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 19».

«La verifica delle ragioni dei terzi al fine di accertarne la buona fede spetta al giudice penale e non al giudice fallimentare».

[4] In tal senso cfr Sez. 2, sent. 16 aprile 2019, n. 27262, Fallimento Eurocoop s.coop., Rv. 276284.

[5] Sez. 3, sent. 12 luglio 2016, n. 42469, Amista, Rv. 268015 secondo la quale **i**l curatore fallimentare non è legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo, anche per equivalente, emesso anteriormente alla dichiarazione di fallimento di un'impresa in quanto non è titolare di alcun diritto sui beni del fallito, né in proprio, né quale rappresentante dei creditori del fallito i quali, prima della conclusione della procedura concorsuale, non hanno alcun diritto restitutorio sui beni. (In motivazione la Corte aveva precisato che la legittimazione per impugnare consegue alla effettiva disponibilità del bene e che, invece, la dichiarazione di fallimento successiva al sequestro non conferisce alla procedura la disponibilità dei beni del fallito in considerazione del fatto che, da un lato, questi ne conserva il diritto di proprietà e, dall'altro, che il pregresso vin-

Rilevante, in questo senso, secondo i Giudici delle Sezioni unite, è il riferimento, al presupposto della legittimazione in esame nella effettiva disponibilità dei beni sequestrati, ed alla circostanza per la quale la dichiarazione di fallimento successiva al sequestro non attribuirebbe alla curatela la disponibilità dei beni del fallito nel momento in cui, per un verso quest'ultimo conserva il diritto di proprietà degli stessi, e per altro il vincolo penale già esistente assorbirebbe ogni potere fattuale sui beni. Ne segue infatti l'implicita conseguenza che, nell'opposta situazione in cui la dichiarazione di fallimento precede il sequestro, per effetto della prima il sequestro interviene su beni già nella disponibilità della curatela, nei confronti della quale si realizzerebbe pertanto il presupposto della legittimazione all'impugnazione. Questa sostanziale limitazione dell'operatività del principio, stabilito con la sentenza Uniland, segnalano i Giudici Ermellini, ai casi nei quali la dichiarazione di fallimento sia successiva al sequestro, è stata successivamente confermata in base alla considerazione per la quale il fallimento non determina una successione a titolo particolare della curatela nei diritti del fallito[6] . Tuttavia, le conclusioni della sentenza Amista, nella parte in cui risultano ammissive della legittimazione del curatore all'impugnazione laddove il sequestro sia invece successivo alla dichiarazione di fallimento, hanno trovato positiva affermazione nell'esclusione della possibilità di eseguire il sequestro su beni appartenenti alla massa fallimentare, e quindi in una situazione cronologica di posteriorità rispetto alla dichiarazione di fallimento, in quanto sui beni che si trovano in questa condizione si è ormai costituito un potere di fatto della curatela.[7]

Questo orientamento giurisprudenziale, viene segnalato dai Supremi Giudici, è alla base della formulazione del quesito posto con l'ordinanza di rimessione, nel senso della verifica della sussistenza o meno della legittimazione del curatore alla richiesta di revoca ed all'impugnazione dei provvedimenti cautelari reali nell'ipotesi in cui gli stessi siano stati disposti precedentemente alla dichiarazione di fallimento; dandosi in tal modo per accertata l'esistenza di tale legittimazione con riguardo ai provvedimenti emessi successivamente alla dichiarazione di cui sopra.

Ancora con riguardo all'affermazione di cui alla sentenza Uniland, aggiungono i Supremi Giudici, che altre pronunce giurisprudenziali si sono spinte oltre la distinzione dei provvedimenti impugnabili dalla curatela in base al riferimento cronologico segnato dalla posteriorità o meno degli stessi rispetto alla dichiarazione di fallimento.

Si è in particolare ammessa la possibilità che, anche a prescindere da questo elemento, la legittimazione del curatore sia valutata secondo il concreto interesse dello stesso all'impugnazione, in quanto soggetto deputato all'amministrazione dei beni del fallimento[8]

Questo indirizzo, successivamente ribadito in più occasioni[9] richiama una precedente decisione delle Sezioni unite che attribuiva al curatore la facoltà di proporre l'istanza di revoca di un provvedimento di sequestro preventivo, la richiesta di riesame dello stesso provvedimento e il ricorso per cassazione avverso la relativa decisione.[10]

Ciò, per un verso, nell'espletamento della funzione istituzionale di ricostruzione dell'attivo fallimentare, che implica l'interesse ad opporsi ad un atto pregiudizievole per l'integrità del relativo assetto patrimoniale quale provvedimento di sequestro; e per altro sul presupposto della disponibilità giuridica e materiale dei beni del fallito, trasferita alla curatela con la dichiarazione di fallimento.

Tanto evidenzia le incertezze e le perplessità manifestate dalla giurisprudenza di legittimità nell'applicazione del principio formulato con la sentenza Uniland, e, d'altra parte, il pensiero non univoco nel tempo delle stesse Sezioni unite sull'argomento.

In questo contesto, senza dubbio problematico, segnalano i Giudici del Supremo Consesso, vi è un dato certo di carattere normativo, che risulta determinante per la soluzione della questione. L'art. 322-*bis* c.p.p., nel disciplinare l'appello avverso le ordinanze in materia di sequestro preventivo, procedura sulla quale si è innestato il ricorso in discussione, indica quali soggetti legittimati a proporre l'impugnazione, oltre al pubblico ministero, all'imputato e al difensore di questi, anche "la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione"; una disposizione, questa, peraltro già dettata nel precedente art. 322, in materia di riesame del decreto di sequestro preventivo, e puntualmente riportata nel successivo art. 325, a proposito del ricorso per cassazione avverso le ordinanze che decidono nelle procedure di riesame e di appello.

Da questa formulazione risulta in primo luogo evidente il riferimento del legislatore alla persona alla

colo penale assorbe ogni potere fattuale su tali beni, escludendo ogni disponibilità diversa sugli stessi).

[6] Cfr. sez. 3, sent. 16 maggio 2017, n. 28090 Falcone.

[7] Cfr. sez. 3, sent. 29 maggio 2018, n. 45574, Evangelista, Rv. 273951: «In tema di reati tributari, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-*bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non può essere adottato sui beni già assoggettati alla procedura fallimentare, in quanto la dichiarazione di fallimento importa il venir meno del potere di disporre del proprio patrimonio in capo al fallito, attribuendo al curatore il compito di gestire tale patrimonio al fine di evitarne il depauperamento». (Annulla senza rinvio, Trib. Libertà Napoli, 30 novembre 2017).

[8] In tal senso Sez. 3, sent. 07 marzo 2017, n. 37439 Cosentino.

[9] Cfr. Sez. 6, sent. 13 febbraio 2019, n. 37638, Fallimento (OMISSIS) s.r.l.; Sez. 3, sent. 17 dicembre 2018, dep. 2019, n. 17749, Casa di cura Trusso s.p.a., Rv. 275453; Sez. 3, sent. 24 settembre 2018, n. 47737, Fallimento (OMISSIS) s.p.a., Rv. 275438; Sez. 3, sent. 6 giugno 2018, n. 45578, Fallimento Laziale (OMISSIS) s.n.c.),

[10] Sez. Un., 29951 del 24/05/2004 Focarelli, Rv. 228163.

quale le cose sono state sequestrate, ed a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, come soggetti diversi e non coincidenti; per cui l'avente diritto alla restituzione, come del resto riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, può essere individuato in una persona diversa da quella a cui il bene è stato sequestrato.[11]

L'avente diritto ha pertanto, nella previsione normativa, una sua distinta fisionomia, quale soggetto portatore di un proprio interesse meritevole di tutela.[12]

In secondo luogo, se di tali soggetti la "persona alla quale le cose sono state sequestrate" è testualmente identificata in base ad una circostanza di fatto, la "persona che avrebbe diritto alla loro restituzione" ha assunto, nell'interpretazione che a tale nozione è stata data in sede giurisprudenziale, una configurazione estesa all'esistenza di un rapporto di fatto della persona con il bene, non essendo necessario che sullo stesso la persona vanti un diritto reale. E' sufficiente, a tali fini, che tale situazione di fatto sia tutelata dall'ordinamento, e che la stessa dia luogo ad una posizione giuridica autonoma del soggetto rispetto al bene[13] condizioni, queste, riconosciute in fattispecie di possesso o detenzione qualificata, come nei casi del conduttore di un immobile[14] o del promissario acquirente già immesso nel possesso del bene.[15]

La persona avente diritto alla restituzione della cosa sequestrata, legittimata all'impugnazione dei provvedimenti dispositivi o confermativi del sequestro, è dunque identificata dalla disponibilità autonoma e giuridicamente tutelata del bene.

Sottolineano i Giudici Ermellini che una disponibilità rispondente a queste caratteristiche è senza dubbio esistente in capo al curatore rispetto ai beni del fallimento.

Invero, come disposto dall'art. 42, comma 1, L. Fall., "la sentenza che dichiara il fallimento priva dalla sua data il fallito dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento". La disponibilità di tali beni, da quel momento, si trasferisce dal fallito agli organi della procedura fallimentare. Di essi, il curatore è incaricato dell'amministrazione della massa attiva nella prospettiva della conservazione della stessa ai fini della tutela dell'interesse dei creditori, come indiscutibilmente affermato dalla giurisprudenza di legittimità.[16]

La giurisprudenza civilistica qualifica esplicitamente il curatore come detentore dei beni del fallimento.[17] E si tratta senz'altro di una detenzione qualificata, anche per il carattere pubblicistico della funzione per la quale la stessa è attribuita. La stessa sentenza Uniland ammette la natura pubblica della figura del curatore nella gestione dei beni del fallimento; e su questo aspetto è concorde con quanto già affermato nella sentenza Focarelli, peraltro richiamando consolidati principi civilistici[18] in ordine alla qualificazione del curatore come organo che esercita una pubblica funzione nell'ambito dell'amministrazione della giustizia.

La disponibilità dei beni del fallimento, di cui il curatore è titolare, è dunque riconosciuta dall'ordinamento e oggetto di una posizione giuridicamente autonoma nell'esercizio dei poteri di amministrazione e di rappresentanza in giudizio che al curatore sono per quanto detto conferiti. Ed è sulla base di queste considerazioni che la giurisprudenza di legittimità, del resto, ha espressamente ricondotto la posizione del curatore a quella della persona avente diritto alla restituzione dei beni sequestrati, ai fini della previsione di cui all'art. 322-*bis* c.p.p.[19]

Il tema dell'attribuibilità al curatore della legittimazione ad impugnare i provvedimenti cautelari reali adottati sui beni del fallimento, in quanto persona avente diritto alla restituzione di essi in caso di dissequestro, non veniva affrontato nella sentenza Uniland. Come opportunamente osservato nell'ordinanza di rimessione, le conclusioni formulate in quella sede si limitavano ad escludere che il curatore fosse titolare di diritti reali sui beni in questione; titolarità che, come si è detto, non esaurisce le situazioni nelle quali il soggetto assume la posizione di avente diritto alla restituzione del bene secondo al previsione normativa. Nella stessa sentenza, peraltro, si dava atto della funzione gestionale svolta dal curatore nell'interesse dei creditori; ma la rilevanza di tale funzione, anche nella sua pur riconosciuta dimensione pubblicistica, non veniva esaminata nell'ottica della configurabilità di un diverso ed autonomo titolo di legittimazione del curatore all'impugnazione.

In questa prospettiva, sottolineano le Sezioni Unite, le conclusioni appena raggiunte sulla qualificazione del curatore come persona avente diritto alla restituzione dei beni, nella sua funzione di conservazione e reintegrazione della massa attiva del fallimento ai fini del soddisfacimento delle ragioni dei creditori a cui la procedura fallimentare è istituzionalmente destinata, consentono di riconoscere a tale soggetto la legittimazione all'impugnazione in materia di sequestri di beni facenti parte del compendio fallimentare, derivante dalla predetta posizione secondo l'espressa previsione delle norme del codice di procedura penale. Non senza

[11] Cfr. Sez. 2, n. 51753 del 03/12/2013, Casella, Rv. 257359; Sez. 2, n. 39247 del 08/10/2010, Gaias, Rv. 248772).
[12] Cfr Sez. 6, n. 2599 del 27/05/1994, Della Volta, Rv. 199051.
[13] Cfr. Sez. 6, n. 3775 del 04/10/1994, Rapisarda, Rv. 199929;
[14] Cfr. Sez. 3, n. 26196 del 22/04/2010, Vicidomini, Rv. 247693)
[15] Cfr. Sez. 3, n. 42918 del 22/10/2009, Soto, Rv. 245222.
[16] Cfr. Sez. 3, n. 17749 del 17/12/2018, dep. 2019, Casa di cura Trusso s.p.a., Rv. 275453; Sez. 5, n. 48804 del 09/10/2013, Fallimento (OMISSIS), Rv. 257553); ed in questa veste, l'art. 43 L. Fall. gli attribuisce la rappresen- tanza in giudizio dei rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento (Sez. 2 civ., n. 11737 del 15/05/2013, Rv. 626734).
[17] Vedi Sez. 2 civ., n. 16853 del 11/08/2005, Rv. 585055).
[18] Cfr. Sez. 1 civ., n. 2570 del 06/03/1995, Rv. 490929.
[19] Vedi Sez. 2, n. 24160 del 16/05/2003, Sajeva, Rv. 227479.

considerare, d'altra parte, che il curatore si appalesa anche in termini di fatto come l'unico soggetto destinatario dell'eventuale restituzione del bene, nelle sue funzioni di rappresentanza del fallimento e di amministrazione del relativo patrimonio.

Tanto supera altresì i dubbi espressi nella sentenza Uniland sulla ravvisabilità di un concreto interesse della curatela ad impugnare provvedimenti non immediatamente pregiudizievoli dell'integrità della massa fallimentare, in quanto appositivi di un vincolo a tutela di diritti che lo Stato potrà far valere sui beni solo alla conclusione della procedura fallimentare. Nella prospettiva dell'inclusione o meno del curatore fra i soggetti legittimati all'impugnazione, la descritta funzione di salvaguardia della massa fallimentare esercitata dallo stesso non consente infatti di escludere l'attualità di un siffatto interesse nella rimozione di vincoli comunque potenzialmente incidenti sulla valutazione della consistenza patrimoniale dell'attivo. La risposta al quesito proposto alle Sezioni Unite, nei termini nei quali è specificamente formulato, impone da ultimo di precisare come non abbia fondamento, nella ricostruzione appena esposta, la limitazione della legittimazione del curatore alle impugnazioni riguardanti beni sequestrati successivamente alla dichiarazione di fallimento, prospettata dall'indirizzo giurisprudenziale formatosi successivamente alla sentenza Uniland.

La legittimazione all'impugnazione del curatore, in quanto derivante dalla sua posizione di soggetto avente diritto alla restituzione dei beni sequestrati, investe necessariamente la totalità dei beni facenti parte dell'attivo fallimentare. Ciò corrisponde peraltro al dato normativo rinvenibile nel già rammentato contenuto dell'art. 42 L. Fall., per il quale la dichiarazione di fallimento, privandone il fallito, conferisce alla curatela la disponibilità di tutti i beni di quest'ultimo esistenti alla data del fallimento; e quindi anche di quelli già sottoposti a sequestro. Non può pertanto essere impedito al curatore di far valere le ragioni della procedura fallimentare con riguardo a tali beni, essi pure facenti parte dell'attivo fallimentare entrato nella disponibilità della curatela, avverso il vincolo apposto sugli stessi. Sulla scorta delle seguenti considerazioni, le Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio di diritto: «Il curatore fallimentare è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo a fini di confisca e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale».

a cura di
Andrea Alberico
Ricercatore a tempo determinato in Diritto Penale

Rassegna di legittimità

Edilizia – Ingenere – Lottizzazione abusiva – Estinzione del reato per prescrizione maturata prima dell'esercizio dell'azione penale – Confisca dei terreni – Legittimità – Esclusione – Ragioni – Fattispecie.

L'estinzione del reato di lottizzazione abusiva per prescrizione, maturata in data antecedente all'esercizio dell'azione penale, preclude al giudice l'accertamento, a fini di confisca, del reato nei suoi estremi oggettivi e soggettivi. (Fattispecie in cui, a seguito della richiesta di rinvio a giudizio anche per il reato di cui all'art. 44, comma 1, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nel corso dell'udienza preliminare, il pubblico ministero aveva modificato l'imputazione in quella di lottizzazione abusiva, poi dichiarata prescritta dal giudice dell'udienza preliminare che aveva comunque disposto la confisca delle opere realizzate e delle pertinenti aree).

Cass., sez. 3, sentenza 26 settembre 2019, n. 50428 (dep. 13 dicembre 2019), Rv. 277439
Pres. Izzo, Rel. Reynaud, Imp. Peppe, P.M. Corasaniti (Diff.)
Annulla con rinvio, Corte di Appello di Roma

Impugnazioni – Cassazione – In genere – Ricorso straordinario per errore di fatto – Errore concernente la prescrizione del reato – Ammissibilità – Condizioni – Fattispecie.

Il ricorso straordinario per errore di fatto sulla prescrizione del reato è condizionato alla prospettazione da parte dell'impugnante di un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco, non configurabile allorché siano ipotizzabili più possibili percorsi decisori, taluno dei quali connotato da errori di valutazione giuridica. (Fattispecie in cui il ricorrente, senza, peraltro, specificare i periodi di sospensione maturati nel giudizio di merito, lamentava l'omessa dichiarazione della prescrizione in relazione a sentenza di condanna per il reato di bancarotta fraudolenta aggravata, dalla quale non era desumibile quale delle aggravanti di cui all'art. 219 legge fall. fosse stata ritenuta sussistente, prospettando, alternativamente, l'applicabilità di diversi regimi normativi in tema di prescrizione ed escludendo, senza indicarne le ragioni, che fosse stata contestata e ritenuta l'aggravante ad effetto speciale).

Cass., sez. 1, sentenza 17 ottobre 2019, n. 50489 (dep. 13 dicembre 2019), Rv. 277453
Pres. Iasillo, Rel. Santalucia, Imp. Corradini, P.M. Cocomello (Conf.)
Dichiara inammissibile

Impugnazioni – Forma – Requisiti – Motivi – In genere – Specificità dei motivi di impugnazione – Successione di leggi processuali nel tempo – Impugnazione proposta in data antecedente all'entrata in vigore della legge n. 103 del 2017 – Regime applicabile – Individuazione.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 581, comma 1, lett. d), cod. proc. pen. – nella versione introdotta dall'art. 1, comma 55, della legge 23 giugno 2017, n. 103, secondo cui l'impugnazione si propone, a pena di inammissibilità, con atto che contiene l'enunciazione specifica dei motivi con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta - occorre far riferimento alla data di presentazione del ricorso, che costituisce il momento in cui matura l'aspettativa del ricorrente alla valutazione di ammissibilità del gravame, sicché la nuova disposizione non trova applicazione con riguardo ai ricorsi presentati prima della sua entrata in vigore.

Cass., sez. 3, sentenza 15 novembre 2019, n. 843 (dep. 13 gennaio 2020), Rv. 277440
Pres. Di Nicola, Rel. Scarcella, Imp. Olmo, P.M. Orsi (Diff.)
Annulla senza rinvio, Corte di Appello di Caltanissetta

Nullità – Atti Abnormi – Indagini preliminari – "Fumus" in ordine all'incapacità dell'indagato di partecipare coscientemente al procedimento – Richiesta di perizia nelle forme dell'incidente probatorio – Rigetto per difetto delle condizioni di cui all'art. 392, comma 2, cod. proc. pen. – Abnormità – Ragioni.

È affetta da abnormità funzionale, alla quale consegue una non rimediabile situazione di stasi, l'ordinanza con la quale il giudice per le indagini preliminari respinga, per difetto delle condizioni previste dall'art. 392, comma 2, cod. proc. pen., una richiesta di perizia sulla capacità dell'indagato di partecipare coscientemente al procedimento, atteso

che l'art. 70, comma 3, cod. proc. pen. richiede l'osservanza delle forme dell'incidente probatorio, ma non anche la ricorrenza dei casi previsiti dall'art. 392 cod. proc. pen.

Cass., sez. 6, sentenza 10 luglio 2019, n. 51134 (dep. 18 dicembre 2019), Rv. 277445
Pres. Ricciarelli, Rel. Silvestri, Imp. P., P.M. Cesqui (Conf.)
Annulla senza rinvio, G.I.P. Tribunale di Arezzo

Procedimenti speciali – Giudizio abbreviato – Decisione – Imputato non comparso – Notifica della sentenza ex artt. 442, comma 3, cod. proc. pen. e 134 disp. att. cod. proc. pen. – Necessità – Esclusione.

La sentenza emessa nel giudizio abbreviato non deve essere notificata per estratto all'imputato assente. (In motivazione la Corte ha precisato che, a seguito della riforma della disciplina sulla contumacia, non trovano più applicazione le disposizioni di cui agli artt. 442, comma 3, cod. proc. pen e 134 disp. att., già tacitamente abrogate dalla legge 16 dicembre 1999, n. 479 che, estendendo al giudizio abbreviato l'istituto della contumacia, ne aveva determinato la sostituzione con la previsione dell'art. 548, comma 3, cod. proc. pen., in seguito espressamente abrogata dalla disciplina del processo "in absentia", introdotta con legge 28 aprile 2014, n. 67).

Cass., sez. un., sentenza 24 ottobre 2019, n. 698 (dep. 13 gennaio 2020), Rv. 277470
Pres. Carcano, Rel. Rago, Imp. Sinito, P.M. Gaeta (Conf.)
Rigetta, Corte di Appello di Milano

Professionisti – Medici e chirurghi – Attività d'equipe – Lesioni – Responsabilità del singolo medico – Accertamento – Criteri – Fattispecie.

In tema di colpa medica, in caso di lavoro in "equipe" e, più in generale, di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta ed al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare aprioristicamente una responsabilità di gruppo, in particolare quando i ruoli ed i compiti di ciascun operatore sono nettamente distinti tra loro, non potendosi trasformare l'onere di vigilanza in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e di invasione degli spazi di competenza altrui. (Fattispecie in cui la Corte ha escluso la responsabilità del chirurgo che, in mancanza di un previo accertamento diagnostico che escludesse la possibilità di una tubercolosi, aveva eseguito, su decisione concordata dal primario pediatra e dal primario chirurgo, un intervento su un minore, poi deceduto a causa di sopravvenuta infezione polmonare).

Cass., sez. 4, sentenza 9 dicembre 2019, n. 49774 (dep. 09 dicembre 2019), Rv. 277422
Pres. Piccialli,Rel. Picardi, Imp. R., P.M. De Masellis (Conf.)
Annulla in parte senza rinvio, Corte di Appello di Catania

Prove – Mezzi di ricerca della prova – Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni – Utilizzazione – In genere – Procedimenti diversi – Utilizzazione dei risultati – Divieto – Limiti.

In tema di intercettazioni, il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati delle captazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le stesse siano state autorizzate – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento agli esiti relativi ai soli reati che risultino connessi, ex art. 12 cod. proc. pen., a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata "ab origine" disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 cod. proc. pen.

Cass., sez. un., sentenza 28 novembre 2019, n. 51 (dep. 02 gennaio 2020), Rv. 277395
Pres. Carcano, Rel. Caputo, Imp. Cavallo, P.M. Viola (Conf.)
Annulla in parte con rinvio, Corte di Appello di Brescia

Reato – Causalità (rapporto di) – Concorso di cause – Omicidio colposo di persona affetta da malattia – Sussistenza o esclusione del rapporto di causalità – Presupposti – Fattispecie.

In caso di omicidio colposo di persona già affetta da malattia, l'azione dell'imputato deve considerarsi in rapporto di causalità con l'evento quando risulti dimostrato che essa abbia prodotto un trauma che ha influito sulla evoluzione dello stato morboso, provocando o accelerando la morte, mentre va escluso il rapporto di causalità quando si accerti che il trauma non era, nemmeno in via indiretta, sufficiente a cagionare l'evento letale. (Fattispecie in cui, in un caso di investimento della vittima, che decedeva dopo varie settimane dal fatto, la Corte ha riconosciuto il nesso causale tra la condotta dell'agente ed il decesso, atteso che questo era dovuto ai politraumatismi e alla frattura scomposta del bacino derivanti dal fatto, mentre la pregressa patologia da cui la vittima era affetta – una neoplasia mammaria con metastasi ossee – non rivestiva il ruolo di causa che da sola potesse escludere il nesso di causalità tra la condotta colposa dell'imputato e l'evento morte). (Conf. Sez. 4, n. 3903 del 08/03/1983, Rv. 158789-01).

Cass., sez. 4, sentenza 21 novembre 2019, n. 49773 (dep. 09 dicembre 2019), Rv. 277436
Pres. Piccialli, Rel. Picardi, Imp. Fioroni, P.M. De Masellis (Conf.)
Annulla in parte con rinvio, Corte di Appello di Trento

Reato – Cause di giustificazione – Difesa legittima – Pericolo attuale e necessità di difesa – Introduzione o trattenimento di altri nel proprio domicilio – Uso di un'arma – Reazione proporzionata – Condizioni – Fattispecie.

In tema di legittima difesa, l'uso di un'arma, legittimamente detenuta, rappresenta reazione sempre proporzionata nei confronti di chi si sia illecitamente introdotto, o illecitamente si trattenga, all'interno del domicilio o dei luoghi a questo equiparati a patto che il pericolo dell'offesa ad un diritto personale o patrimoniale sia attuale e che l'impiego dell'arma sia concretamente necessario a difendere l'incolumità propria o altrui, ovvero anche soltanto i beni ove ricorra un pericolo di aggressione personale. (In motivazione la Corte ha, in fattispecie di utilizzazione di un'arma contro un soggetto che, pur trovandosi all'interno di luoghi equiparati al domicilio, non stava tenendo una condotta da cui potesse ravvisarsi l'attualità del pericolo e la necessità della difesa, precisato che l'inserimento, ad opera della legge n. 36 del 2019, nell'art. 52, comma secondo, cod. pen., dell'avverbio "sempre", ha avuto il mero significato di rafforzare la presunzione di proporzione già prevista dalla norma).

Cass., sez. 3, sentenza 10 ottobre 2019, n. 49883 (dep. 10 dicembre 2019), Rv. 277419

Pres. Rosi, Rel. Reynaud, Imp. Capozzo, P.M. Marinelli (Conf.)

Annulla con rinvio, Corte di Assise di Appello di Napoli

Reato – Cause di giustificazione – Difesa legittima – Proporzione tra offesa e difesa – Legge n. 36 del 2019 – Eccesso colposo – Causa di non punibilità ex art. 55, comma secondo, cod. pen. – Grave turbamento – Significato.

In tema di legittima difesa, lo stato di grave turbamento, che funge da presupposto, in alternativa alla minorata difesa, per l'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 55, comma secondo, cod. pen, come introdotto dalla legge n. 36 del 2019, richiede che esso sia prodotto dalla situazione di pericolo in atto, rendendo, di conseguenza, irrilevanti stati d'animo che abbiano cause preesistenti o diverse e necessario, invece, da parte del giudice un esame di tutti gli elementi della situazione di specie, per accertare se la concretezza e gravità del pericolo in atto possa avere ingenerato un turbamento così grave da rendere inesigibile quella razionale valutazione sull'eccesso di difesa che costituisce oggetto del rimprovero mosso a titolo di colpa. (In motivazione, la Corte ha altresì indicato quali utili parametri, per la valutazione del turbamento, la maggiore o minore lucidità e freddezza che hanno contraddistinto l'azione difensiva).

Cass., sez. 3, sentenza 10 ottobre 2019, n. 49883 (dep. 10 dicembre 2019) Rv. 277419-3

Pres. Rosi, Rel. Reynaud, Imp. Capozzo, P.M. Marinelli (Conf.)

Annulla con rinvio, Corte di Assise di Appello di Napoli

Reato – Cause di giustificazione – Difesa legittima – Proporzione tra offesa e difesa – Legge n. 36 del 2019 – Eccesso colposo – Causa di non punibilità ex art. 55, comma secondo, cod. pen. – Presupposti.

In tema di legittima difesa, la causa di non punibilità prevista dall'art. 55, comma secondo, cod. pen, come introdotto dalla legge n. 36 del 2019, per chi abbia agito in condizioni di minorata difesa o in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto, è configurabile quando l'azione difensiva illecita, ascrivibile a titolo di eccesso colposo, sia determinata dall'intento di salvaguardare la propria o altrui incolumità o, nel caso di cui all'art. 52, comma secondo, lett. b), cod. pen., sia comunque ipotizzabile il pericolo di aggressione personale

Cass., sez. 3, sentenza 10 ottobre 2019, n. 49883 (dep. 10 dicembre 2019), Rv. 277419-2

Pres. Rosi, Rel. Reynaud, Imp. Capozzo, P.M. Marinelli (Conf.)

Annulla con rinvio, Corte di Assise di Appello di Napoli

a cura di
Giuseppina Marotta
Avvocato

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Interferenze illecite nella vita privata: duplicità di condotte descritte dalla norma.

(art. 615-*bis* c.p.)

Le due fattispecie di cui all'art. 615-bis c.p., che trovano la loro realizzazione in condotte di semplice indiscrezione, ovvero di rivelazione o diffusione di notizie o immagini attinenti alla vita privata, individuano un reato istantaneo ad effetti permanenti in quanto sia l'indiscrezione che la rivelazione hanno capacità, tra l'latro, di protrarre nel tempo i loro effetti dannosi per il bene tutelato. La prima, prevista dal 1° comma della norma consiste nella condotta realizzabile da chiunque, di procacciamento indebito di notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nel domicilio altrui, ottenuto mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora.

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa De Majo
sentenza 7 gennaio 2020, n. 9

Interferenze illecite nella vita privata: natura del reato – Condotta materiale.

(art. 615-*bis* c.p.)

Il reato, a forma vincolata, richiede una particolare modalità di acquisizione delle notizie o immagini così qualificate, ossia è necessario che l'acquisizione di queste sia avvenuta mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora. Dal rispetto del principio di tassatività deriva che il procacciamento deve essere stato realizzato personalmente da chi ne acquisisce la conoscenza e non già tramite intermediari; che il messo utilizzato altro non può essere se non uno strumento di ripresa visiva o sonora con esclusione, quindi, dalla rilevanza penale di tutti i comportamenti di curiosa indiscrezione che non presentino quei caratteri di insidiosità e capacità di fissazione che sono propri dei moderni strumenti di captazione del suono come della immagine. Deriva sempre dal principio di tassatività il limite spaziale entro cui le manifestazioni della vita privata trovano protezione penale avverso le insidiose condotte rivolte alla loro captazione; pertanto la captazione, deve necessariamente essere effettuata nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p.

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa De Majo
sentenza 7 gennaio 2020, n. 9

Interferenza illecite nella vita privata: lesione della riservatezza – Modalità.

(art. 615 c.p.)

Secondo una diffusa interpretazione estensiva, se è vero che la lesione della riservatezza punita dall'art. 615 bis c.p. può consumarsi anche nei locali ove si svolge il lavoro dei privati (studio professionale, ristorante, bar, osteria, negozio in genere), in quanto la facoltà di accesso da parte del pubblico non fa venir meni nel titolare il diritto di escludere singoli individui non autorizzati ad entrare o a rimanere, tale ermeneusi però ha trovato un limite in quei luoghi nei quali, in quanto aperti al passaggio ed all'osservazione indiscriminata di un quivis de populo, luoghi nei quali di regola il singolo individuo non compie atti destinati ad un contesto riservato, ma in relazione ai quali neppure vanta uno ius excludendi alios, ovvero un rapporto stabile o un'aspettativa di riservatezza che renda il rapporto medesimo privilegiato rispetto a chiunque altro.

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa De Majo
sentenza 7 gennaio 2020, n. 9

Interferenze illecite nella vita privata: acquisizione notizie ed immagini attinenti alla vita privata – Necessità.

(art. 615-bis c.p.)

Non commette il delitto de quo vertitur colui che sulla tettoia della propria fabbrica abbia installato una telecamera idonea a riprendere l'ingresso di uno stabilimento industriale di proprietà altrui, qualora non risulti che la telecamera fosse in grado di riprendere, non solo l'accesso e l'uscita dei mezzi e le relative targhe, ma anche l'attività lavorativa svolta all'interno dello stabilimento industriale.

Il delitto di indiscrezione si consuma nel momento in cui il reo acquisisce le notizie e le immagini attinenti alla vita personale della vittima.

Tribunale Nola, G.M. dr.ssa De Majo

sentenza 7 gennaio 2020, n. 9

Minaccia: elemento costitutivo – Timore nel soggetto passivo – Caratteristiche.

(art. 612 c.p.)

È sufficiente che il male prospettato sia idoneo a incutere timore nel soggetto passivo menomandone, per ciò solo, la sfera della libertà morale; invero, la fattispecie della minaccia è integrata quando sia dotato un comportamento univocamente idoneo ad ingenerare timore, sicchè possa essere turbata la libertà psichica del soggetto passivo. Il delitto di minaccia è un reato formale di pericolo per la cui integrazione non è richiesto che il bene tutelato sia realmente leso, bastando che il male prospettato possa incutere timore nel soggetto passivo menomandone la sfera della libertà morale.

Tribunale di Nola, G.d.P., Romano

sentenza 14 novembre 2019, n.190

CODICE PROCEDURA PENALE

Valutazione della prova: deposizione della p.o. – Applicabilità dell'art. 192 c. 3 c.p.p. – Limiti e criteri.

(art. 192 c.p.p.)

Le regole dettate dall'art. 192 c. 3 cpp non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve in tal caso essere più penetrante rigoroso rispetto a quello cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone. Tenuto conto anche degli arresti giurisprudenziali, le dichiarazioni della p.o. anche se costituita parte civile possono e devono concorrere a formare il convincimento del giudice; difatti l'interesse pubblicistico all'accertamento della commissione di reati non può essere condizionato dalle implicazioni prettamente privatistiche concernenti il risarcimento del danno provocato dal reato (anche la Corte costituzionale ha confortato la tesi affermando che la rinuncia al contributo probatorio della parte civile costituisce un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale.

Tribunale di Avellino, G.M. Melone

sentenza 21 novembre 2019, n. 34

Valutazione della prova: deposizione della p.o. – Riscontri – Natura e caratteristica.

(art. 192 c.p.p.)

I riscontri alla parola della p.o. possono essere di qualsiasi natura, cioè non predeterminati per specie o qualità, che pur non avendo autonoma forza probante, siano in grado in una visione complessiva di corroborarne le dichiarazioni. Non è richiesta una forza probatoria propria perché se fosse così, la prova si fonderebbe su tali elementi esterni e non sulle dichiarazioni della p.o.

Tribunale di Avellino, G.M. Melone

sentenza 21 novembre 2019, n. 34

LEGGI PENALI SPECIALI

Edilizia: realizzazione di muro di recinzione – Necessità del permesso di costruire – Condizioni.

(d.P.R. 380/11)

In tema di reati edilizi, la realizzazione di un muro di recinzione necessita del previo rilascio del permesso a costruire nel caso in cui, avuto riguardo alla sua struttura ed all'estensione dell'area relativa, lo stesso sia tale da modificare l'assetto urbanistico del territorio, così rientrando nel novero degli interventi di nuova costruzione di cui all'art. 3

lett. E) del d.P.R. 380/2001. Ed invero, quando i lavori di abbattimento e rifacimento di un immobile preesistente si discostino, anche solo parzialmente ed anche in minima parte, dal preesistente stato dei luoghi, per essi è necessario il preventivo rilascio del permesso di costruire, in mancanza del quale è sussistente la contravvenzione prevista e punti dall'art. 44 lett.c) del d.P.R. contestato all'imputato.

Tribunale Nola, G.M. Muzzica
sentenza 25 settembre 2019, n. 2333

Edilizia: opere realizzate in presenza di vincolo paesaggistico – Sussistenza del reato – Condizioni.

(art. 181 c. 1-*bis* d.lgs. n. 42/2014)

Relativamente all'art. 181 c. 1 bis d.lgs. 22/1/2014 n. 42 introdotto dalla legge 308/2004, va rilevato che la corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del medesimo articolo nella parte in cui prevede "a)ricadono su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; b) ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'articolo 142 ed". Per effetto di tale pronuncia l'art. 181 c. 1-bis del d.lgs. 22/1/2004 n. 42, va ricondotta nella fattispecie di cui al c. 1 dell'art. suddetto che, ai fini della individuazione della pena, richiama l'art. 44 lett. C) del DP 380/2001, che punisce come contravvenzione gli interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso", e di cui costituiva un'ipotesi speciale, punita con pena più grave. Ne consegue che attualmente l'unica ipotesi delittuosa di reato paesaggistico che permane nell'ordinamento è quella relativa ad interventi che abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al trenta per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento della medesima superiore a settecentocinquanta metri cubi, ovvero ancora abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore ai mille metri cubi.

Tribunale Nola, G.M. Muzzica
sentenza 25 settembre 2019, n. 2333

Edilizia: Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto in caso di violazione edilizie – Parametri valutativi.

(d.R.P. 380/11 - art. 131-*bis*)

Per quanto concerne le violazioni urbanistiche e paesaggistiche, la S.c. ha individuato i parametri valutativi che devono sussistere in concreto perché l'intervento abusivo possa arrecare un'offesa particolarmente tenue agli interessi pubblici coinvolti, tale da consentire la non punibilità dell'autore. Secondo la S.c. deve aversi riguardo alla consistenza dell'intervento abusivo, alla destinazione dell'immobile, alla contestuale violazione di più norme penali, all'impossibilità di sanatoria, al rispetto dei vincoli di ogni tipo esistenti, alla presenza o meno di titoli abilitativi ed, in caso di presenza, al grado di difformità dell'opera rispetto a quenato stabilito dai medesimi, al collegamento dell'opera abusiva con interventi preesistenti, alle modalità di esecuzione dell'intervento.

Tribunale Nola, G.M. Muzzica
sentenza 25 settembre 2019, n. 2333

Patrocinio a carico dell'erario: composizione del nucleo familiare – Dichiarazione mendace – Sussistenza del reato.

(d.P.R. 115/2002)

La condotta consistente nel fornire dati non veritieri in ordine alla composizione del proprio nucleo familiare ed all'ammontare del reddito imponibile familiare complessivo ai fini delle imposte dirette, integra il reato di cui all'art. 95 Tale norma, infatti, punisce in particolare chiunque ponga in essere una condotta di alterazione del vero, consistenti nell'attestare falsamente di avere un reddito complessivo inferiore a quello fissato dal legislatore quale soglia di ammissibilità, ovvero nel negare o nascondere mutamenti significativi intervenuti, ai fini della valutazione dell'eventuale superamento della stessa soglia.

Tribunale di Avellino, G.M. Corona
sentenza 11 dicembre 2019, n. 2507

Patrocinio a carico dell'Erario: domanda di ammissione – Parametri di riferimento.

(art. 95 d.P.R. 115/2002)

Sono diversi i parametri presi in considerazione dalla legge ai fini della redazione dell'ISEE ed ai fini della presentazione della domanda di ammissione al gratuito patrocinio – nella quale vanno indicati ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche nonché quelli esenti da tale imposta, quelli soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta e quelli soggetti ad imposta sostitutiva – e che inoltre ai sensi dell'art. 5 cp nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge. La coscienza dell'antigiuridicità o dell'antisocialità della condotta non costituisce del resto una

componente del dolo, per la cui sussistenza è necessario soltanto che l'agente abbia la coscienza e volontà di commettere una determinata azione. Quando l'agente abbia posto in essere coscientemente e con volontà libera un fatto vietato dalla legge penale, il dolo deve pertanto essere ritenuto sussistente, senza che sia necessaria la consapevolezza dell'agente di compiere un'azione illegittima o antisociale sia nel senso di consapevolezza della contrarietà alla legge penale sia nel senso di contrarietà con i fini della comunità organizzata.

Tribunale di Avellino, G.M. Corona
sentenza 11 dicembre 2019, n. 2507

Diritto amministrativo

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50)* 922
a cura di Almerina Bove

a cura di Almerina Bove
Dottore di ricerca - Avvocato cassazionista in servizio presso l'Avvocatura regionale

con la collaborazione di Rita Garzarella
Dottoressa in giurisprudenza

Rassegna di giurisprudenza sul Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture *(d.lgs. 18 Aprile 2016, n. 50 e ss.mm. e ii.)*

Affitto di ramo d'azienda – Il fallimento della società affittante non costituisce causa di esclusione dell'affittuaria

Qualora l'impresa partecipante a una gara d'appalto affitti un ramo di un'altra azienda onde raggiungere il requisito del fatturato minimo, il fallimento della società affittante non rileva quale causa di esclusione dell'affittuaria. Il codice degli appalti, seppure esclude dalla partecipazione alla gara gli imprenditori falliti, prevede la possibilità che il compendio aziendale persista nell'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto nel caso in cui il curatore sia autorizzato all'esercizio dell'impresa e la stessa partecipazione alle gare è consentita qualora l'impresa sia ammessa al concordato preventivo. Il fallimento, dunque, non impedisce che il compendio aziendale possa essere utilmente impiegato, a determinate condizioni, nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica. Il fallimento della società affittante, quindi, non determina né la perdita dei requisiti morali in capo agli amministratori della società affittuaria né si estende alla società affittuaria.

Tar Napoli, sez. IV, 3 dicembre 2019, n. 5684, Pres. P. Biancofiore, Est. L. Cestaro

Avvalimento tecnico operativo – È legittima l'esclusione del concorrente che abbia prodotto un contratto di avvalimento generico

Nel caso di avvalimento tecnico operativo (e non di garanzia) l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico organizzative indispensabili per l'esecuzione dell'appalto, pena la nullità del contratto prevista dall'art. 89, comma 1 del d.lg. n. 50/2016. È legittima l'esclusione del concorrente che abbia prodotto un contratto di avvalimento del tutto generico, con il mero impegno dell'ausiliaria di mettere a disposizione dell'ausiliata "qualora fosse necessario… tutti gli automezzi e dipendenti necessari" per eseguire l'appalto e senza, quindi, indicare con precisione e in concreto di quali mezzi aziendali si tratti.

Tar Napoli, sez. VIII, 05 novembre 2019, n.5247, Pres. ed Est. P. Palmarini

Commissione di gara – Competenza – Non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente della Commissione copra tutti gli aspetti oggetto della gara

La competenza della Commissione può ritenersi concretamente soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore in cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare. Non è necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea.

Cons. Stato, sez. III, 06 novembre 2019, n.7595, Pres. F. Frattini, Est. G. Veltri

DGUE – Omessa indicazione delle condanne penali – Esclusione dalla gara

Ai fini del giudizio di affidabilità del concorrente l'omessa dichiarazione da parte del concorrente nel DGUE di tutte le condanne penali riportate (salvo che sia intervenuta la riabilitazione), pur se attinenti a reati diversi da quelli contemplati dall'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, è ragione di possibile esclusione dalla gara, perché rappresenta per la stazione appaltante un serio impedimento per vagliarne la gravità. Il principio è generale e trova applicazione anche quando la lex specialis di gara non ha espressamente previsto l'obbligo dei concorrenti di dichiarare tutte le condanne penali eventualmente riportate.

Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n.7749, Pres. G. Severini, Est. R. Prosperi

Individuazione degli operatori da invitare – Manifestazione dell'interesse all'affidamento del servizio – L'invito della stazione appaltante non costituisce un provvedimento di ammissione dell'operatore econo-

mico

La determinazione con cui la stazione appaltante si limita ad individuare gli operatori da invitare alla procedura di gara che hanno precedentemente manifestato il loro interesse all'affidamento del servizio, senza compiere alcun accertamento sulla documentazione amministrativa attestante il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura, non è un provvedimento di ammissione di operatore economico alla procedura stessa, per cui non è impugnabile ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis c.p.a.

Cons. Stato, sez. V, 05 novembre 2019, n.7539, Pres. C. Saltelli, Est. F. Di Matteo

Requisiti di partecipazione – Carenza della documentazione – Irregolarità essenziale non sanabile – Inammissibilità del soccorso istruttorio - Esclusione legittima

È legittima l'esclusione disposta nei confronti dell'operatore che ha fatto pervenire un plico contenente un supporto informatico (un CD-recordable) completamente vuoto, privo cioè della dichiarazione richiesta. Ne deriva che, a cagione delle rilevanti omissioni che hanno segnato il contenuto rappresentativo dell'unico documento trasmesso dall'operatore ai fini della partecipazione alla gara, nessun documento ad esso riferibile possa ritenersi essere pervenuto al seggio di gara. Non può, invero, dubitarsi del fatto che il mero involucro esterno così come la scritta riportata sul disco costituiscano elementi strutturalmente inidonei a veicolare all'interno del procedimento di gara sia l'univoca volontà della società di partecipare alla procedura, correttamente esternata dalle persone a ciò qualificate con capacità di impegnarla nei rapporti esterni, sia la certa provenienza e riferibilità di una siffatta (mancante) dichiarazione alla società medesima. Né parimenti poteva ritenersi predicabile il ricorso al soccorso istruttorio in quanto costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Cons. Stato, sez. III, 05 novembre 2019, n.7545, Pres. F. Frattini, Est. U. Maiello

Requisito di idoneità professionale - L'utilità sostanziale dell'iscrizione camerale è di filtrare l'ingresso in gara dei concorrenti muniti di una professionalità coerente con l'oggetto della gara

Nell'impostazione del nuovo codice appalti l'iscrizione camerale è assurta a requisito di idoneità professionale [art. 83, comma 1, lett. a), e 3, d.lgs. n. 50/2016], anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma: la sua utilità sostanziale è infatti quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico.

Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2019, n.7846, Pres. F. Franconiero, Est. A. Rotondano

Revoca dell'aggiudicazione - Natura di atto endoprocedimentale – La revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è qualificabile come esercizio del potere di autotutela

La natura giuridica di atto generale del bando e di atto endoprocedimentale della aggiudicazione provvisoria (ovvero proposta di aggiudicazione) non consentono di applicare la disciplina dettata dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies, l. n. 241 del 1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio: la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma), al pari della revoca della lex specialis che ne è a monte, non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario.

T.a.r. Napoli, sez. VIII, 14 novembre 2019, n.5368, Pres. ed Est. F. Gaudieri

Revoca della gara – Dissesto finanziario dell'ente locale – Esigenze di interesse pubblico

La revoca della gara per sopravvenuto dissesto finanziario dell'ente locale deve ritenersi legittimamente disposta dalla stazione appaltante in presenza di documentate e obiettive esigenze di interesse pubblico che siano opportunamente e debitamente esplicitate e che rendano evidente l'inopportunità o comunque l'inutilità della prosecuzione della gara stessa, oppure quando, anche in assenza di ragioni sopravvenute, la revoca sia la risultante di una rinnovata e differente valutazione dei medesimi presupposti.

T.a.r. Napoli, (Campania), sez. VIII, 14 novembre 2019, n.5368, Pres. ed Est. F. Gaudieri

Soccorso istruttorio – Obblighi dichiarativi - Le omissioni dichiarative, anche essenziali, possano essere sanate

La previsione del bando di gara che sanzioni un obbligo dichiarativo con l'esclusione, non può valere a escludere la disciplina del soccorso istruttorio che, sancito dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, costituisce attuazione dei principi di concorrenza, del favor partecipationis *e di proporzionalità. Qualora siano posseduti i requisiti sostanziali per partecipare alla gara e sempre che le mancanze non riguardino l'offerta, le omissioni dichiarative, anche essenziali, possano essere sanate.*

Tar Napoli, sez. IV, 3 dicembre 2019, n. 5684, Pres. P. Biancofiore, Est. L. Cestaro

Valutazione della inidoneità professionale – Apprezzamento discrezionale della stazione appaltante

Ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. 50/2016, come novellato dalla disciplina introdotta dal d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12), la valutazione di inidoneità professionale sulla base delle dichiarazioni rese dal concorrente in sede di gara deriva da un apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, che non è necessariamente vincolata alla definitività degli addebiti relativi a pregressi inadempimenti contrattuali.

T.A.R. Napoli, (Campania) sez. IV, 04/11/2019, n.5232, Pres. P. Biancofiore, Est. M. Buonauro,

Grave errore professionale - Insussistenza – È sufficiente un giudizio implicito ad opera della stazione appaltante – La motivazione della mancata esclusione non è dovuta

In caso di ammissione di una impresa concorrente per la ritenuta insussistenza del grave errore professionale, è sufficiente anche un giudizio implicito ad opera della stazione appaltante: la motivazione della «non esclusione» non è dovuta quando l'Amministrazione aggiudicatrice abbia (anche implicitamente) valutato come non rilevanti gli elementi a propria disposizione (e non configurabili la grave negligenza o malafede o il grave errore professionale), a fronte della possibilità comunque riconosciuta al giudice di vagliare eventuali irrazionalità o incongruenze della decisione adottata.

Cons. Stato, sez. V, 04 novembre 2019, n.7506, Pres. F. Caringella, Est. A. Rotondano

Diritto tributario

Fisco 4.0. i primi passi della fattura e dello scontrino elettronico 926
di Giuseppe Saporito, Elisa Pinchera, Nicola Albanese

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'UE 937
a cura di Maria Pia Nastri

Giuseppe Saporito
Tributarista

Elisa Pinchera
Avvocato

Nicola Albanese
Dott. Commercialista

Fisco 4.0. i primi passi della fattura e dello scontrino elettronico

abstract

The objective stated by the legislator with the introduction of the compulsory electronic invoice, from 1/1/2019, is to combat the phenomenon of VAT fraud and the failure to pay VAT, indicated in the taxpayer's declaration. The first data on the use of the electronic invoice, pending the debut of the electronic receipt, are positive, both in terms of the functionality of the system and in terms of combating tax evasion. With regard to the functional aspect, the mechanism of the electronic invoice in the first months has not yet determined the fiscal revolution that was expected. The idea that bookkeeping traveled all over the Internet with the elimination of paper has not occurred and, probably, it will never happen for technical reasons-organizational. In fact, in large companies, electronic invoices, like paper invoices, continue to be printed, both for active and passive transactions.

keywords

Objective, electronic invoice and electronic receipt, fight against evasion, digital accounting revolution.

abstract

L'obiettivo dichiarato dal legislatore con l'introduzione della fattura elettronica obbligatoria, da 1/1/2019, è quello di combattere il fenomeno della frode IVA e del mancato pagamento dell'IVA, indicato nella dichiarazione del contribuente. I primi dati sull'uso della fattura elettronica, in attesa del debutto della ricevuta elettronica, sono positivi, sia in termini di funzionalità del sistema che in termini di lotta all'evasione fiscale. Per quanto riguarda l'aspetto funzionale, il meccanismo della fattura elettronica nei primi mesi non ha ancora determinato la rivoluzione fiscale prevista. L'idea che la contabilità ha viaggiato in tutto il Internet con l'eliminazione della carta non si è verificato e, probabilmente, non accadrà mai per motivi tecnici¯organizzativo. In realtà, nelle grandi aziende, le fatture elettroniche, come quelle cartacee, continuano ad essere stampate, sia per le transazioni attive che per quelle passive.

parole chiave

Obiettivo, fatturazione elettronica e scontrino elettronica, lotta contro l'evasione, rivoluzione della contabilità digitale.

sommario

Premessa. – **1.** Primi passi verso un nuovo linguaggio. – **2.** L'ambito soggettivo: soggetti passive obbligati e soggetti passive esentati. – **3.** Nuovi obblighi vecchie norme. – **4.** Aspetti sanzionatori. – **5.** Il debutto dello scontrino elettronico. – **6.** Prime conclusioni.

Premessa

Il decreto-legge n.119/2018, in materia di pace e semplificazione fiscale, contiene numerose norme tese a semplificare gli adempimenti tributari ed in particolare quelli legati alla fatturazione elettronica.

L'obiettivo dichiarato dal legislatore con l'introduzione della fattura elettronica obbligatoria, a decorrere dal 1/1/2019, è quello di contrastare il fenomeno delle frodi IVA e l'omesso versamento dell'IVA, indicata in dichiarazione dai contribuenti. Da uno studio condotto dall'Unione Europea, pubblicato il 21 settembre 2018, infatti, i paesi della UE, nel 2016, hanno perso quasi 150 miliardi di euro di entrate provenienti dall'imposta sul valore aggiunto.

L'Italia si conferma prima in Europa per la grande evasione dell'IVA con perdite per le Casse dello Stato di circa 35,9 miliardi di euro. Dal 2015 ad oggi c'è stato un aumento dell'evasione pari a 200 milioni di euro.

In questo scenario si è ravvisata la necessità di introdurre, dal 1/01/2019, la fattura elettronica. In termini di contrasto all'evasione fiscale, l'esperienza portoghese della fattura e dello scontrino elettronico ha fatto ben sperare. Già dal 2013, infatti, il governo portoghese ha introdotto l'obbligo della fattura elettronica sperimentando con enorme successo anche lo scontrino elettronico che, in Italia, diventerà obbligatorio tra il 2019 ed il 2020 a seconda del volume d'affari (la

soglia è € 400.000).

Il sistema introdotto dal Portogallo, sostanzialmente, si fonda sulla emissione delle fatture in formato elettronico e su un collegamento diretto di tutti i registratori di cassa con l'Autoritade Tributaria, (Agenzia delle Entrate) a cui vengono trasmessi tutti gli scontrini. L'Autoritade Portoghese, inoltre, riceve dalla banca anche il pagamento di tutte le fatture emesse dai soggetti passivi.

I vantaggi per i contribuenti portoghesi sono stati avvertiti già dalla presentazione della dichiarazione.

Grazie alla predetta procedura completamente digitalizzata, ogni volta che qualsiasi contribuente effettua un acquisto fornisce all'esercente il proprio "NIF" (numero identificativo fiscale) che viene caricato direttamente sul sito dell'Autoritade.

In tal modo i contribuenti si troveranno direttamente nella dichiarazione dei redditi precompilata una gran parte delle spese sostenute che daranno diritto a detrazioni d'imposte in settori più ampi (salute, educazione, affitto, lavori di ristrutturazione della casa, trasporti, ristoranti, supermercati, parrucchiere, automobili, etc.). Al contribuente portoghese basta un "clic" per compilare la dichiarazione dei redditi e inviarla al Fisco.

Così operando, il Fisco portoghese, dal momento dell'introduzione della fattura elettronica, ha visto aumentare le entrate tributarie in modo significativo e più che proporzionale rispetto alla crescita del PIL.

Ed allora si potrebbe azzardare a considerare la fattura elettronica una nuova epoca del fisco italiano, una rivoluzione copernicana in ambito tributario.

Per alcuni commercialisti e per i consulenti (intermediari) la fattura elettronica non è stata una novità, in quanto già utilizzata dal 2014; tuttavia, con l'obbligo della fattura elettronica per tutte le operazioni B&B, B&C oltre a quelli B&G, detti soggetti, dal compiere un semplice adempimento fiscale diverranno parte integrante della modifica dell'intero sistema organizzativo, contabile e fiscale.

Ogni fase del ciclo attivo e passivo è toccata dall'innovazione, dalla vendita all'incasso. Nella vendita, ad esempio, è ora necessario definire gli elementi contrattuali e gestire l'anagrafica in modo da avere tutte le informazioni per completare la fattura.

Per quanto riguarda la fatturazione, l'innovazione impatta sulla predisposizione delle fatture e sulla modalità e frequenza dell'emissione, oltre che sulla scelta del canale di trasmissione e integrazione con il Sistema di Interscambio.

Speculari a quanto appena detto sono le ricadute dell'introduzione della fatturazione elettronica sul ciclo passivo (che va dalla gestione dei contratti con i fornitori sino alla gestione del pagamento che viene effettuato nei confronti dei fornitori stessi). È essenziale comprendere come, senza entrare nel dettaglio delle varie fasi, con l'avvento della fatturazione elettronica tutti i dati e documenti siano gestiti in modo informatizzato, dal loro input al loro output.

Ovviamente, se un cambiamento dovrà essere apportato nella predisposizione della documentazione per la fatturazione elettronica, nel processo saranno coinvolte tutte le funzioni che in qualche modo hanno a che fare, all'interno dell'azienda, con il ciclo attivo e passivo.

Come si può notare, i cambiamenti si verificheranno su più piani e riguarderanno i contenuti delle attività, le responsabilità delle diverse funzioni, il modo in cui una certa attività viene realizzata.

Gli impatti dell'introduzione della fatturazione elettronica nella vita aziendale sono diversi.

Alle aziende la possibilità di scegliere se considerarli un ostacolo o un'opportunità.

Il primo beneficio auspicabile è economico, in termini di diminuzione dell'uso della carta e dei materiali, oltre che dei costi di spedizione. Una ricerca del Politecnico di Milano indica che per organizzazioni che producono/ricevono un volume superiore a 3.000 fatture all'anno, il beneficio ottenibile passando da un processo tradizionale basato sulla carta alla fatturazione elettronica si assesta tra 7,5 e 11,5 €/fattura, mentre per aziende con volumi inferiori oscilla tra 1,8 e 3,7 €/fattura.

Altro beneficio è relativo all'efficienza: l'azienda potrà organizzare gli spazi in modo più efficace, diminuire il tempo delle attività e, con la conservazione, migliorare anche l'accessibilità ai dati. Le persone, liberate da attività routinarie, potranno dedicarsi ad attività a maggior valore aggiunto. Infine, con tutti i players che dialogano usando un linguaggio comune, ci sarà la possibilità di arrivare finalmente ad un sistema condiviso, culturalmente e proceduralmente.

Terza utilità è la compliance (normativa, interna, fiscale). La fatturazione elettronica dà alle aziende la possibilità di esercitare un maggior controllo sulle informazioni circolanti, vedere diminuiti gli errori, godere di informazioni più affidabili ed essere maggiormente trasparenti.

Trasformare un obbligo "stringente e restringente" in un'occasione di innovazione è possibile e anche auspicabile per tutte le aziende, perché la fattura elettronica porterà con sé un efficientamento dei processi, una maggiore digitalizzazione, l'ottimizzazione della struttura organizzativa attraverso cui potranno essere colte opportunità di miglioramento.

Va evidenziato, tuttavia, che la fattura elettronica per come è attualmente strutturata nel nostro Paese incontra forti limiti in termini di efficienza ed efficacia.

Quello della fatturazione elettronica è un processo simmetrico che vincola non solo il soggetto emittente ma anche il ricevente a gestire come elettronica la fattura.

Con l'esclusione dall'obbligo di fatturazione elet-

tronica di tutte le imprese e dei lavoratori autonomi che rientrano nel regime dei minimi e dei forfettari, (nonché i soggetti che emettono scontrino o ricevute fiscali per il primo periodo) sono stati introdotti elementi di notevole complessità per gli operatori stessi (e per i loro intermediari) sia nella gestione quotidiana delle fatture quanto nei processi amministrativi e contabili ad esse strettamente correlati.

Sarebbe inoltre più alto il rischio di errori da parte degli operatori, con conseguenti difficoltà di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria e ripercussioni sulle azioni di prevenzione e contrasto a fenomeni di frode ed evasione. Chiaramente, la fatturazione elettronica, con i limiti innanzi esposti, al momento, non sembra poter essere uno strumento che da solo può risolvere la complessa problematica dell'evasione fiscale.

Innanzitutto va chiarito che non esiste "l'evasione" fiscale, ma diverse tipologie di evasione, ciascuna con proprie peculiarità:

Una grossa fetta di evasione fiscale e contributiva proviene dall'economia sommersa ed è composta da lavoratori comunitari ed extracomunitari "in nero", assunti senza un regolare contratto di lavoro.

In minima parte è costituita da lavoratori autonomi e piccole imprese, che non emettono fatture o scontrini, omettono di presentare la dichiarazione e non versano le relative imposte.

In parte, l'evasione è rappresentata dalle frodi IVA che di frequente si affiancano ad attività di carattere delinquenziale.

La più grave forma di evasione, tuttavia, è composta dal giro di affari prodotto dalle mafie, italiane e straniere che, attraverso l'allocazione in paesi a fiscalità privilegiata, non pagano i tributi oppure ottengono una tassazione più leggera. A queste molteplici categorie di evasione vanno aggiunte le due ipotesi di "elusione fiscale" e di "abuso del diritto" che hanno poco a che vedere con la fatturazione elettronica.

Così concepita e con i dovuti accorgimenti che verranno adottati nel corso della sua applicazione concreta, la fattura elettronica potrebbe evitare solo una parte dell'evasione fiscale innanzi evidenziata:

- le frodi IVA;
- l'evasione realizzata dai lavoratori autonomi e dalle piccole imprese.

La fattura elettronica permetterà agli organi di controllo, GDF e AE, di avere una percezione immediata dell'operazione e di effettuare una valutazione sulla validità o meno della stessa.

Il divieto dell'utilizzo del contante al di sopra di una soglia minima renderebbe più efficace il contrasto all'evasione. La svolta epocale con l'introduzione della fattura elettronica sta nel fatto che soggetti che fino a poco tempo fa parlavano un linguaggio diverso, ora parlano la stessa lingua e lo fanno a carte scoperte, in modo che nessuno possa barare.

1. Primi passi verso un nuovo linguaggio

I primi dati sulla fatturazione elettronica sono pressoché soddisfacenti. I consulenti e gli operatori economici, dopo un inizio incerto ed insidioso, sembrano aver accolto favorevolmente il nuovo strumento fiscale, consapevoli di dover imparare un nuovo linguaggio: quello elettronico. Nel rapporto pubblicato dall'Osservatorio Fatturazione Elettronica dal Politecnico di Milano sono stati distribuiti i primi dati statistici sulla fatturazione elettronica: 22 mila enti pubblici e 7,7 milioni di fatture elettroniche trasmesse a gennaio.

Il raffronto tra l'elenco dei fornitori delle PA e coloro che fino ad oggi hanno spedito con fattura elettronica è molto marcato: solo 300 mila imprese hanno già inviato una fattura elettronica, su circa 2 milioni di fornitori attesi. In realtà, secondo il dettagliato studio del politecnico di Milano, il processo di innovazione digitale all'interno della PA è stato innescato e con numeri positivi. Man mano che si andrà a regime diminuiranno anche i problemi e i casi irrisolti. Da quando è scattato l'obbligo per le pubbliche amministrazioni, 42 mila uffici sui 53 mila totali hanno ricevuto 7,7 milioni di fatture già trasmesse al Sistema di Interscambio e il tasso di scarto (indicatore utile a misurare l'efficacia del sistema) si è progressivamente ridotto fino a raggiungere il 10% del totale nel mese di maggio, rispetto ai valori tra il 20% e il 17% dei due mesi precedenti. Il sistema si va assestando verso 50 milioni di fatture che ogni anno i fornitori invieranno alle Pubbliche Amministrazioni loro clienti. La differenza tra i fornitori che hanno già spedito questo tipo di fattura e gli altri sta nella continuità; le aziende che lavorano con le PA non sono più di centomila ed averne già tre volte di più dà ragione a chi crede nel nuovo sistema.

L'obbligo di fatturazione elettronica verso la PA ha portato numerosi vantaggi anche nel mercato dell'offerta di questi servizi. Si è creato un intero nuovo settore, piuttosto frammentato e interessante, composto da circa 200 *providers* in maggioranza che, nel 32,5% dei casi, si occupa di soluzioni di gestione elettronica documentale e Business Process Outsourcing (BPO), seguiti dai fornitori di gestionali che hanno sviluppato nuovi strumenti per "adattare" i prodotti esistenti a gestire anche la e-fattura (21%). Il 10% è costituito da fornitori di servizi a supporto delle relazioni B2b e un altro 10% sono startup focalizzate sulla fatturazione elettronica. Sono presenti, inoltre, anche operatori bancari (7%) che integrano l'offerta con i sistemi di pagamento e propongono soluzioni di finanziamento innovative, operatori postali e i System Integrator (5%).

2. L'ambito soggettivo: soggetti passivi obbligati e soggetti passivi esentati

Il dato normativo di riferimento per indagare l'ambito soggettivo del nuovo obbligo di fatturazione

elettronica è l'art. 1 comma 909, L. 205/2017, che ha modificato l'art. 1 del d.lgs. n. 127/2015. La norma si riferisce alle operazioni di cessione di beni e prestazioni di servizi effettuate tra soggetti residenti, stabiliti o identificati in Italia. Sono esentati, invece, i cd. contribuenti minimi[1] e i contribuenti in regime forfettario[2], i soggetti non residenti, i soggetti che applicano il regime speciale Iva agricolo[3], già esonerati per legge dall'emissione delle fatture anche prima dell'entrata in vigore della nuova normativa, le associazioni sportive dilettantistiche[4] e gli operatori sanitari che inviano i dati al sistema della Tessera sanitaria[5].

Se la fatturazione elettronica è stata concepita come nuovo strumento per la lotta all'evasione fiscale, vanno indagate, a questo punto, le ragioni che hanno determinato il legislatore a stabilire categorie di soggetti esentati.

Per ciò che concerne il regime forfetario, che ha sostituito il regime dei minimi, rappresentando un regime di vantaggio per le persone fisiche che esercitano un'attività di impresa, arte o professione in forma individuale, la ratio è da ricercare nelle rilevanti esemplificazioni IVA e contabili.

Tali contribuenti, infatti, non applicano la rivalsa ai propri clienti per le operazioni attive e non operano la detrazione sulle operazioni passive: non sono soggetti agli studi di settore e non devono comunicare all'Agenzia delle Entrate il cd. Spesometro.

I contribuenti in regime forfetario, pertanto, non sono oggetto di interesse per l'amministrazione finanziaria, che non deve verificare il *tax gab* tra l'iva dichiarata e l'iva effettivamente versata.

Questa sembrerebbe la ragione per cui il legislatore non abbia ritenuto doveroso verificare la fatturazione elettronica forfetaria attraverso il sistema di interscambio.

Eppure ciò dimostra, al contrario, quanto la normativa appena entrata in vigore già mostri gli spettri di un'occasione mancata: esperire un controllo tempestivo ed efficace su tutte le operazioni commerciali, attraverso un processo simmetrico di verifica.

Infatti, per quanto l'operatore forfetario non liquidi Iva, estrometterlo dal controllo del SdI significa rinunciare, ancora una volta, a coniare un unico linguaggio fiscale.

Il contribuente in regime di vantaggio IVA può comunque evadere le altre imposte non fatturando, oppure indicando nel documento fiscale un imponibile ridotto sul quale applicare l'imposta.

Anzi, le novità introdotte dalla Legge Bilancio 2018, che hanno modificato i requisiti di accesso al regime aumentando il limite dei costi/compensi a 65.000 mila euro, non faranno altro che spingere numerosi contribuenti a far di tutto per restare al di sotto della nuova soglia.

Stesso discorso pare potersi affrontare per le associazioni sportive dilettantistiche: quelle che hanno optato per il regime *ex lege* n. 398/91 sono esonerate dall'obbligo di emissione della fattura elettronica se, nel periodo di imposta precedente, hanno conseguito ricavi derivanti dall'attività commerciale non superiori a €. 65.000,00. Se detta soglia è superata, soggetto obbligato a emettere *E-fattura* è il committente o cessionario per conto dell'ASD.

Anche in questo caso, però, non pare giustificata l'esclusione delle ASD dal sistema di fatturazione elettronica.

Uno spirito diverso sembrerebbe aver convinto il legislatore ad esonerare e poi vietare la fatturazione elettronica agli operatori sanitari di cui art. 3, commi 3 e 4, del D.lgs. n. 175/2014: la tutela della privacy.

Il Garante della privacy, con il provvedimento del 20.12.2018, ha evidenziato che "la disciplina attuativa dell'obbligo di fatturazione elettronica, così come delineata (...) prevede, allo stato, un trattamento obbligatorio, generalizzato e di dettaglio di dati personali, relativi alla totalità della popolazione, anche ulteriori rispetto a quelli necessari a fini fiscali, non proporzionato all'obiettivo di interesse pubblico, pur legittimo, perseguito".

In seguito all'opposizione legittimamente manifestata dagli interessati[6], l'esonero previsto *ex lege* opera solo per le fatture emesse da soggetti che erogherebbero prestazioni sanitarie non trasmesse attraverso il sistema TS.

Inoltre, si è posto il problema di comprendere se, nonostante l'esonero, l'emissione di una fattura elettronica attraverso il SDI sarebbe stata conforme alla normativa GDPR, ma l'Autorità si è espressa ritenendolo illecito, ai sensi dell'art. 6, § 1, lett. c) dello stesso Regolamento, essendo stato espressamente esonerato dall'obbligo di emissione della fattura elettronica in

[1] Art. 27, commi 1 e 2, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

[2] Art. 1, commi da 54 a 89, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.

[3] Art. 34 comma 6 DPR 633/71.

[4] Soggetti in regime ex L. n. 398/91. Il comma 1 aggiunto nell'art. 10 del dl 119 esonera dall'obbligo della fatturazione elettronica i soggetti passivi che hanno esercitato l'opzione di cui agli artt. 1 e 2, l. n. 398/91 e che nel periodo d'imposta precedente hanno conseguito dall'esercizio di attività commerciali proventi non superiori a 65 mila euro.

[5] art. 10-*bis* del Decreto Fiscale, così come modificato in sede di conversione in legge (L. 136/2018), ovvero i soggetti previsti dall' art. 3, commi 3 e 4, del D.lgs. n. 175/2014 (aziende sanitarie locali; le aziende ospedaliere; gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico; i policlinici universitari; le farmacie, pubbliche e private; i presidi di specialistica ambulatoriale; le strutture per l'erogazione delle prestazioni di assistenza protesica e di assistenza integrativa; gli altri presidi e strutture accreditati per l'erogazione dei servizi sanitari; gli iscritti all'Albo dei medici chirurghi e degli odontoiatri.

[6] come previsto dall'art. 3 del decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 31 luglio 2015, attuativo del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175,

caso di trasmissione dei relativi dati attraverso il sistema TS.

L'Agenzia delle Entrate è stata, così, obbligata ad istruire gli operatori sanitari affinché non venisse emessa alcuna fattura attraverso il SDI concernente l'erogazione di una prestazione sanitaria, a prescindere dall'invio dei dati attraverso il sistema TS.

Ne è derivato che, con l'articolo 9-*bis* del disegno di legge di conversione del Decreto Semplificazioni 2019, è stato disposto l'esonero dall'obbligo di fatturazione elettronica anche per i soggetti non obbligati alla trasmissione dei dati delle spese sanitarie al Sistema Tessera Sanitaria.

Alla luce del risultato finale, al tavolo di lavoro tecnico cui hanno preso parte l'Agenzia delle Entrate e il Garante, ha prevalso il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali rispetto al più generale principio di trasparenza amministrativa nella loro gestione.

Quest'ultima strettamente collegata al principio di cui all'art. 53 Costituzione, che impone a tutti i consociati il dovere di partecipare alla spesa pubblica e il diritto di aderirvi in base alla propria capacità contributiva.

Pur consapevoli che riuscire a bilanciare ponderatamente gli interessi che appaiono confliggenti non è mai un'attività di comoda soluzione per l'operatore del diritto – perché non si tratta di dover individuare l'interesse che deve *sic et simpliciter* prevalere sull'altro, ma lo spazio giuridico entro cui apprestare tutela preminente ad uno dei due – non pare che la scelta finale del legislatore sia giustificabile.

Non lo è perché ha prevalso l'interesse individuale su quello collettivo.

I punti critici rilevati dal Garante della Privacy – attinenti alla modalità di trasmissione al SDI, all'aumento dei rischi per un uso improprio dei dati e per la sicurezza delle informazioni, alla memorizzazione sui server di posta elettronica – sarebbero potuti essere stati risolti aumentando il livello di capacità di gestione dei dati e accrescendo l'allerta degli operatori coinvolti nel processo di digitalizzazione.

In fondo, non va sottaciuto che il Garante è intervenuto sul tema ponendo il veto sulla *E-fattura* sanitaria solo il 20 dicembre 2018, a pochi giorni dall'entrata in vigore della normativa e non ingiungendo all'Agenzia di istruire anche altri operatori commerciali come gli avvocati che, al pari degli operatori sanitari, emettono fatture elaborando dati ugualmente sensibili, come condanne penali.

3. Nuovi obblighi, vecchie norme

Per sfatare i timori del nuovo obbligo fiscale, è bene rilevare che di fatturazione elettronica si parla già da tempo.

La Direttiva n. 2001/115/CE del 20.12.2001 il cui scopo era quello di "semplificare, modernizzare e armonizzare le modalità di fatturazione in materia di imposta sul valore aggiunto, prevedeva, tra l'altro, la possibilità di emettere, trasmettere e conservare le fatture in modalità esclusivamente informatica".

Tali obiettivi, in realtà, erano già stati individuati dall'Italia con la Risoluzione n. 36089 del 30/4/1986 AE, con cui era stato ritenuto valido l'invio delle fatture con posta elettronica, e con la Risoluzione n. 107/E del 4.7.2001, che ammetteva l'emissione della fattura mediante l'uso congiunto di un telefax e di un supporto informatico.

Vi era, tuttavia, un limite, rappresentato dalla stampa cartacea del documento da parte dei soggetti coinvolti nell'operazione al termine della procedura.

Dal 1° gennaio 2004, con l'entrata in vigore del D.lgs n. 52/2004 che ha recepito la predetta direttiva ed il DM 23/1/2004, l'Italia ha dato avvio al processo di dematerializzazione dei documenti, consentendo di conservare i libri e le scritture contabili su supporti informatici.

È solo con la L. n. 244/2007 (finanziaria 2008) che entra in vigore la Direttiva Iva n. 2006/112/CE del 28.11.2006: il legislatore italiano, per la prima volta, si esprime in termini di obbligo circa la fattura elettronica.

L'art. 1, dai commi 209 al 213, ha previsto l'obbligo di emissione, trasmissione, conservazione e archiviazione delle fatture nel nuovo formato elettronico nei rapporti commerciali intrattenuti con la Pubblica Amministrazione.

Solo con il DM n. 55/2013 verranno fissati i termini di decorrenza della normativa relativa alla fattura elettronica: dal 6.6.2014 per i Ministeri, Agenzie Fiscali ed Enti nazionali di previdenza e assistenza sociale; dal 31.3.2015 per tutti i restanti enti ed organismi della PA. La vera e propria svolta del sistema fiscale arriva con la legge n. 23/2014: ex art. 9 comma 1 lett. d) il governo è delegato a "incentivare, mediante una riduzione degli adempimenti amministrativi e contabili a carico dei contribuenti, l'utilizzo della fatturazione elettronica e la trasmissione telematica dei corrispettivi, nonché di adeguati meccanismi di riscontro tra la documentazione in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) e le transazioni effettuate, potenziando i relativi sistemi di tracciabilità dei pagamenti".

In attuazione alla predetta delega, il DLgs n. 127/2015, art. 1 comma 3, ha disposto che i soggetti passivi IVA, con riferimento alle operazioni effettuate dal 1° gennaio 2017, avrebbero potuto già optare per la trasmissione telematica all'Agenzia delle Entrate dei dati di tutte le fatture, emesse e ricevute, e delle relative variazioni.

Il procedimento di innovazione digitale in materia di fatturazione culmina con la Legge di bilancio per il 2018 che ha apportato numerose modifiche ed integrazioni al D.Lgs. n. 127/2015. L'art. 77 del disegno di legge ha, difatti, introdotto l'obbligo nei rapporti tra privati, ovvero tra soggetti passivi IVA e fra questi e

il consumatore finale.

La vera novità della fattura elettronica, probabilmente, è insita nell'adempimento stesso atteso che, da un mero adempimento è diventato un vero e proprio modello operativo e cioè un nuovo linguaggio, costituito da nuove procedure e processi di gestione, mediante i quali operatori commerciali ed amministrazione finanziaria dialogano tra loro, avendo come fine comune il contrasto dell'evasione fiscale.

Non va sottovalutato, inoltre, il forte impatto che la fattura elettronica avrà sullo sviluppo del Paese in termini di competitività: riduzione dei tempi di pagamento, crescita digitale, semplificazione e dunque maggiore attrattività dell'Italia per gli investitori esteri, inversamente proporzionale al grado di burocratizzazione.

L'innovazione tecnologica consentirà al Fisco, acquisendo in tempo reale le informazioni contenute nelle fatture, di procedere con controlli tempestivi ed automatici tra l'Iva dichiarata e pagata e le fatture emesse e ricevute.

In questo modo, l'Agenzia delle Entrate potrà dismettere la sola veste di controllore *ex post* di quanto dichiarato dal contribuente, conoscendo anticipatamente quanto dovrà essere versato a titolo di imposta.

La fattura elettronica garantisce, infatti, l'autenticità del soggetto mittente, l'integrità e l'immodificabilità del contenuto dei dati inseriti, così come la loro condivisione in tempo reale tra i soggetti coinvolti nell'operazione e tra questi e l'amministrazione finanziaria, mediante il sistema di interscambio e l'uso del formato xml.

Il Governo e l'amministrazione finanziaria, più specificatamente, puntano ad eliminare la possibilità di emettere fatture false ed effettuare registrazioni fraudolente con importi inferiori rispetto a quelli dell'effettiva transazione commerciale ma, soprattutto, ad anticipare il momento di indagine fiscale e di intervento sanzionatorio.

Fin qui tutto entusiasmante e sicuramente necessario, se non fosse che chi fin'ora ha evaso omettendo la fattura cartacea continuerà ad evadere omettendo quella digitale.

Ciò alimenta il dubbio che la fattura elettronica forse da sola non sia sufficiente a contrastare l'evasione fiscale: il fenomeno dell'evasione fiscale non appartiene solo alle partite Iva che liquidano l'imposta né è corretto affermare che l'evasione attenga solo all'Iva.

Dalla relazione annuale sull'evasione fiscale e contributiva del Mef 2017, analizzata dalla Fondazione Nazionale Commercialisti, si legge che il valore dell'evasione fiscale e contributiva ammonta ad €. 107,7 miliardi.

Di questi, 15 miliardi sono riconducibili al lavoro dipendente irregolare, per irpef e contributi; 7,4 miliardi concernenti l'evasione di canone Rai, Imu e locazioni immobiliari, 49,5 miliardi riconducibili alle P. Iva, per le voci relative all'irpef per lavoro autonomo e impresa IRAP e IRES.

Appartengono all'evasione Iva ben 35,8 miliardi di euro, di cui 26.3, miliardi riconducibili a evasione nelle transazioni con il consumatore finale[7].

Con l'esclusione dall'obbligo di fatturazione elettronica di tutte le imprese e i lavoratori autonomi che rientrano nel regime dei minimi e dei forfettari, (nonché i soggetti che emettono scontrino o ricevute fiscali per il primo periodo) si introducono elementi di notevole complessità per gli operatori stessi (e per i loro intermediari) nella gestione quotidiana delle fatture quanto nei processi amministrativi e contabili ad esse strettamente correlati.

Sarebbe inoltre più alto il rischio di errori da parte degli operatori con conseguenti difficoltà di controllo da parte dell'Amministrazione finanziaria e ripercussioni sulle azioni di prevenzione e contrasto a fenomeni di frode ed evasione.

Chiaramente, la fatturazione elettronica, con i limiti innanzi esposti, al momento non sembra poter essere uno strumento che da solo possa risolvere la complessa problematica dell'evasione fiscale.

L'evidente malessere del nostro ordinamento fiscale è da ricondurre alla mancanza di affidabilità e stabilità causata dall'assenza di un'organica normativa in materia di contrasto all'evasione, all'elusione ed all'abuso del diritto, che ha compromesso nel tempo non solo i valori di equità e democrazia, ma anche l'efficace competizione internazionale ed attrattiva degli investitori esteri.

4. Aspetti sanzionatori

Nel generalizzare l'obbligo di fatturazione elettronica, la Legge di Bilancio ha previsto un regime sanzionatorio improntato ad assoluta precisione ed esattezza.

L'art. 1, comma 6, del D.lgs. 127/2015[8] dispone che, in caso di emissione di fattura tra soggetti residenti o stabiliti nel territorio dello Stato con modalità diverse da quella elettronica, s'intende non emessa e si applicano le sanzioni previste dall'art. 6, comma 1, del D.lgs. 471/1997[9] per cui nell'ipotesi di operazio-

[7] RELAZIONE SULL'ECONOMIA NON OSSERVATA E SULL'EVASIONE FISCALE E CONTRIBUTIVA ANNO 2017 (art. 10-*bis*.1 c. 3 Legge 31 dicembre 2009, n. 196), *www.mef.gov.it.*

[8] Ai contribuenti che esercitano l'opzione di cui al comma 3 si applica, in caso di omissione della predetta trasmissione ovvero di trasmissione di dati incompleti o inesatti, la sanzione di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471.

[9] Art. 6. Violazione degli obblighi relativi alla documentazione, registrazione ed individuazione delle operazioni soggette all'imposta sul valore aggiunto. In vigore dal 1° gennaio 2018 Testo risultante dopo le modifiche apportate dall'art. 1, comma 935, L. 27 dicembre 2017, n. 205, "Chi viola gli obblighi inerenti alla documentazione e alla registrazione di operazioni imponibili ai fini dell'imposta sul valore aggiunto ovvero all'individuazione di prodotti determinati è punito con la sanzione amministrativa com-

ni imponibili la sanzione è compresa tra il 90% e il 180% dell'imposta. Alla stessa penale commisurata all'imposta è soggetto chi indica, nella documentazione o nei registri, un'imposta inferiore a quella dovuta. Nei casi in cui la violazione non abbia inciso sulla corretta liquidazione del tributo, la sanzione dovuta prevista varia nella misura da euro 250 a euro 2.000. La disposizione, tuttavia, sarebbe di incerta applicazione laddove la violazione fosse commessa da un soggetto non obbligato a liquidare periodicamente l'IVA.

In caso di operazioni in cui il contribuente pone in essere esclusivamente operazioni esenti dall'IVA, la penalità per la tardiva emissione della fattura non può essere commisurata al tributo in quanto non applicato. Difatti, l'art. 6, comma 2, D.lgs. n. 471/1997 dispone che "il cedente o prestatore che viola obblighi inerenti alla documentazione e alla registrazione di operazioni non imponibili, esenti, non soggette a imposta sul valore aggiunto o soggette all'inversione contabile [...] è punito con sanzione amministrativa compresa tra il cinque ed il dieci per cento dei corrispettivi non documentati o non registrati[10]".

È intuibile la ragione per cui il legislatore ha inteso fissare la sanzione in misura percentuale rispetto ai corrispettivi; trattandosi di operazioni esenti, la sanzione non può essere commisurata al tributo non addebitato in via di rivalsa.

Nell'ipotesi in cui il contribuente abbia emesso tardivamente la fattura per compenso professionale pari ad € 6.500, ma i corrispettivi siano esenti da IVA, la sanzione minima è pari al 5%, quindi ammonta a 325 euro. Conseguentemente, se il documento tardivo viene emesso entro il termine di effettuazione della liquidazione IVA periodica, non è dovuta alcuna somma aggiuntiva. Invece, se il documento viene emesso entro il termine di effettuazione della liquidazione periodica successiva rispetto al momento di effettuazione dell'operazione, il contribuente potrà fruire della riduzione al 20% e della penalità pagando in tale ipotesi una sanzione di importo pari a 65 euro.

Deve però considerarsi che i contribuenti che pongono in essere esclusivamente operazioni esenti non effettuano le liquidazioni periodiche. Difatti, non sono tenuti a comunicare periodicamente all'Agenzia delle Entrate i dati delle liquidazioni IVA e sono, altresì, esonerati dall'obbligo di presentazione della dichiarazione IVA annuale.

In mancanza delle liquidazioni IVA periodiche non ha senso distinguere il momento in cui il contribuente esercente un'attività completamente esente ha emesso, sia pure tardivamente, il documento.

Nel caso specifico, mancando la liquidazione IVA periodica, l'emissione della fattura tardiva nei primi sei mesi dell'anno non ha determinato l'irrogazione di una specifica sanzione, in ragione dell'attività esente esercitata. Il problema esaminato non si pone, però, per i contribuenti che pongono in essere operazioni esenti, obbligati a comunicare i dati al Sistema Tessera Sanitaria.

In questo caso, uno degli emendamenti al decreto fiscale approvati in Commissione Finanze del Senato ha esonerato i predetti soggetti, sia pure limitatamente all'anno 2019, dall'obbligo di emissione della fattura in formato elettronico.

Dal lato del cessionario/committente l'omessa ricezione di una fattura elettronica o la ricezione di una fattura irregolare è punita ai sensi dell'art. 6, comma 8, D.lgs. 471/1997 con una sanzione pari al 100% dell'imposta con un minimo di 250 euro. È prevista, tuttavia, la possibilità per il cessionario/committente di trasmettere autofattura al Sistema di Interscambio e non incorrere in alcuna sanzione, a condizione che regolarizzi l'operazione con una delle seguenti modalità:

- se non ha ricevuto la fattura, entro quattro mesi dalla data di effettuazione dell'operazione, presentando all'ufficio competente nei suoi confronti, previo pagamento dell'imposta, entro il trentesimo giorno successivo, un documento in duplice esemplare dal quale risultino le indicazioni prescritte dall'articolo 21 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, relativo alla fatturazione delle operazioni;
- se ha ricevuto una fattura irregolare, presentando all'ufficio indicato nella lettera a), entro il trentesimo giorno successivo a quello della sua registrazione, un documento integrativo in duplice esemplare recante le indicazioni medesime, previo versamento della maggior imposta eventualmente dovuta.

La Proposta di Legge A.C. 1074 introduce, all'art. 15[11], un trattamento sanzionatorio più favorevole al

presa fra il novanta e il centoottanta per cento dell'imposta relativa all'imponibile non correttamente documentato o registrato nel corso dell'esercizio. Alla stessa sanzione, commisurata all'imposta, è soggetto chi indica, nella documentazione o nei registri, una imposta inferiore a quella dovuta. La sanzione è dovuta nella misura da euro 250 a euro 2.000 quando la violazione non ha inciso sulla corretta liquidazione del tributo".

[10] Art. 6 co. 2. "Il cedente o prestatore che viola obblighi inerenti alla documentazione e alla registrazione di operazioni non imponibili, esenti, non soggette a imposta sul valore aggiunto o soggette all'inversione contabile di cui agli articoli 17 e 74, commi settimo e ottavo, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, è punito con sanzione amministrativa compresa tra il cinque ed il dieci per cento dei corrispettivi non documentati o non registrati. Tuttavia, quando la violazione non rileva neppure ai fini della determinazione del reddito si applica la sanzione amministrativa da euro 250 a euro 2.000.

[11] Art. 15. (Disposizioni in materia di sanzioni per violazioni tributarie).

1. Nei casi di omessa, errata o tardiva emissione delle fatture elettroniche, di cui all'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 127, le sanzioni previste dagli articoli 6 e 11, comma 2-*quater*, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, si applicano in misura ridotta alla metà del minimo edittale relativamente alle violazioni commesse fino al 31 dicembre 2019.

2. Le sanzioni di cui all'articolo 6, commi da 9-*bis* a 9-*bis.3*, del

contribuente in caso di omessa, errata o tardiva emissione delle fatture elettroniche. Tale trattamento agevolato, consistente in una riduzione delle sanzioni irrogabili, troverà applicazione per il primo periodo di entrata a regime dell'obbligo e cioè per le violazioni commesse sino al 31 dicembre 2019. Entrando nel dettaglio, la disposizione riduce alla metà del minimo edittale le sanzioni emesse per le violazioni previste dall'art. 1, comma 6, del D.lgs. n. 127 del 5 agosto 2015. La norma dispone che in caso di emissione di fattura con modalità diverse da quella elettronica, la stessa si intende come non emessa. In questo caso trovano applicazione le sanzioni di cui all'art. 6 del D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, ovvero quelle previste per la violazione degli obblighi relativi alla documentazione, registrazione ed individuazione delle operazioni soggette all'IVA. In sintesi, chi viola gli obblighi inerenti alla documentazione e alla registrazione di operazioni imponibili ai fini IVA è punito con la sanzione amministrativa compresa fra il novanta e il centottanta per cento dell'imposta relativa all'imponibile non correttamente documentato o registrato nel corso dell'esercizio. Alla stessa sanzione, commisurata all'imposta, è soggetto chi indica, nella documentazione o nei registri, una imposta inferiore a quella dovuta e la sanzione va da euro 250 a euro 2.000 quando la violazione non ha inciso sulla corretta liquidazione del tributo. Inoltre, il cessionario o il committente che, nell'esercizio di imprese, arti o professioni, abbia acquistato beni o servizi senza che sia stata emessa fattura nei termini di legge, o con emissione di fattura irregolare da parte dell'altro contraente, è punito, salva la responsabilità del cedente o del commissionario, con sanzione amministrativa pari al cento per cento dell'imposta, con un minimo di euro 250, a condizione che non provveda a regolarizzare l'operazione nelle modalità previste dalla legge.

L'art. 15 della Proposta di Legge contiene altre due rilevanti modifiche alla disciplina sanzionatoria. La prima specifica per la disciplina dell'inversione contabile – reverse charge di cui all'art. 17, commi 5 e 6, del D.P.R. n. 633/1972, disponendo la disapplicazione delle sanzioni previste se l'errata applicazione dell'inversione contabile non abbia comportato un errato o minor versamento dell'imposta da corrispondere secondo le specifiche modalità dell'inversione contabile.

La seconda modifica ha una portata generale, intervenendo direttamente sul comma 5-*bis* dell'art. 6 del D.lgs. n. 472/1997 ed escludendo la punibilità delle violazioni che non arrecano pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo e che non incidono sulla determinazione della base imponibile, dell'imposta e sul versamento del tributo: le violazioni che non ostacolano i controlli e non incidono su base imponibile, imposta o versamento, non sono soggette a sanzione tranne che nei casi di omessa dichiarazione con imposta a debito. Rispetto al sistema sanzionatorio ad oggi disegnato con il comma 5-*bis*, ferma la clausola di non punibilità, nel caso di omessa dichiarazione con imposta a debito, le violazioni saranno punibili anche se non incidono sui predetti elementi e, in sostanza, sul *quantum* dovuto.

Nella fase di avvio della fatturazione elettronica il legislatore ha previsto una sorta di moratoria con sanzioni "light" per i primi mesi del 2019. L'art. 10 del decreto fiscale collegato alla legge di Bilancio 2019, con il duplice obiettivo di non differire l'entrata in vigore dell'obbligo generalizzato della fatturazione elettronica e di ridurre gli effetti negativi legati alle difficoltà palesate dai contribuenti o nell'adeguamento dei sistemi informatici, mitiga il regime sanzionatorio previsto in caso di tardiva emissione della fattura digitale.

Nello specifico, il D.L. n. 119/2018 ha stabilito l'inapplicabilità di sanzioni per il primo semestre 2019 (dal 1° gennaio al 30 giugno 2019) nel caso di emissione tardiva della fattura (ridotta la sanzione, nella misura dell'ottanta percento, qualora la fattura emessa in ritardo rientrasse, comunque, nella liquidazione periodica IVA del mese o trimestre successive), con l'estensione della moratoria sulle sanzioni fino al 30 settembre 2019 per i soli soggetti passivi IVA con liquidazioni mensili. In questo modo il legislatore ha creato per i primi tempi una misura sanzionatoria influenzata dalla periodicità di liquidazione del tributo.

Al termine del periodo di moratoria (30 giugno 2019 per i contribuenti trimestrali e 30 settembre 2019 per i contribuenti mensili), si è passati al regime sanzionatorio "ordinario", vale a dire la sanzione compresa tra il 90% e il 180% dell'imposta se l'operazione imponibile non è documentata da fattura elettronica nel rispetto dei termini previsti, alla quale potrà aggiungersi anche la sanzione da ritardato od omesso versamento dell'imposta.

Le sanzioni sulla ritardata fatturazione prendono il loro corso naturale, tuttavia, è il caso di osservare che la severità delle sanzioni viene mitigata dal nuovo termine di emissione delle fatture elettroniche cd. "immediate", che in base al comma 4 dell'art. 21 del D.P.R. n. 633/1972 non dovranno più essere emesse – cioè trasmesse al SdI – nello stesso giorno di effettuazione dell'operazione, ma entro dodici giorni dall'effettuazione dell'operazione. Pertanto, le fatture immediate, a decorrere dal mese di ottobre devono essere emesse al

decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, non si applicano qualora l'errata applicazione dell'inversione contabile non abbia comportato un errato o minore versamento dell'imposta di cui all'articolo 17, commi quinto e sesto, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633.

3. Al comma 5-*bis* dell'articolo 6 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, le parole: «Non sono inoltre punibili le violazioni che non arrecano pregiudizio all'esercizio delle azioni di controllo e » sono sostituite dalle seguenti: «Fuori dei casi di omessa dichiarazione con imposta a debito, non sono punibili le violazioni che».

più tardi entro 12 giorni, superato tale termine si applicherà per intero la sanzione amministrativa prevista per l'omessa fatturazione.

Riguardo all'applicazione della moratoria sulle sanzioni, va fatto notare che L'AdE con la circolare n. 14/E del 17 giugno 2019 ha giustamente evidenziato che la data del 18 novembre 2019 corrisponde al termine ultimo entro cui i soggetti che effettuano la liquidazione dell'imposta su base trimestrale potranno beneficiare della riduzione della sanzione dell'80% in riferimento alle fatture del II trimestre 2019.

Vale, inoltre, ricordare che per le fatture differite con obbligo di tramissione allo SdI entro il giorno 15 del mese successivo a quello di riferimento, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito con la risposta all'interpello n. 389 del 24 settembre 2019 che in presenza di fattura differita si potrà indicare come data fattura il giorno di fine mese ancorché i documenti di trasporto siano riferiti a date ad esso precedenti.

Si è discusso a lungo sulle diverse sfaccettature sanzionatorie legate alla tardiva o non corretta emissione della fattura elettronica, alle quali un contribuente può incorrere in quanto uom ligio alla legge; si è parlato di fatturazione elettronica e di regime sanzionatorio come strumenti preventivi e repressivi per contrastare i fenomeni evasivi ed elusivi.

Considerazione e distinzione opportuna e da farsi, infine, sia in ambito amministrativo che penale, sulle misure e sanzioni adottate e da adottare nei confronti dell'evasore "seriale": egli, oggi in ambito digitale come nel passato col cartaceo, evade in maniera socialmente pericolosa.

Resta da capire come sviluppare un sistema sanzionatorio "ad hoc" per l'evasore fiscale seriale, abituale, sistematico delle imposte dirette e indirette, differente per caratteristiche e rigidità rispetto alle sanzioni potenzialmente erogabili dal legislatore al contribuente che incorre in eventuali errori di fatturazione.

5. Il debutto dello scontrino elettronico

Si avvicina anche la data dell'obbligo di memorizzazione e trasmissione telematica dei corrispettivi giornalieri per negozianti ed esercenti commercio al minuto.

Lo scontrino elettronico non è una novità a tutto tondo, dato che l'idea è nelle menti dei politici già da qualche anno, anche se nei fatti non è mai stata concretizzata bensì prorogata fino ad oggi.

La normativa sugli scontrini elettronici è volta a completare il processo di certificazione fiscale avviato con l'introduzione dell'obbligo di fattura elettronica, tramite la generalizzazione del vincolo di memorizzazione e trasmissione telematica dei corrispettivi.

Come si legge nel testo del decreto fiscale collegato alla Legge di Bilancio 2019, il superamento dell'attuale regime facoltativo di memorizzazione e trasmissione telematica dei corrispettivi potrebbe consentire di eliminare alcuni adempimenti contabili come la tenuta del registro dei corrispettivi, l'emissione e la conservazione di documenti, scontrini e ricevute fiscali, alternativi alla fattura elettronica.

Si intende inoltre:

- semplificare e armonizzare i processi, *alias* documenti di certificazione dei corrispettivi derivanti dalle operazioni B2B e B2C;
- consentire all'Agenzia delle Entrate di acquisire tempestivamente e correttamente i dati delle certificazioni, completare le basi per attuare le disposizioni in tema di supporto per la compilazione della dichiarazione IVA, dei redditi e nella liquidazione delle imposte, rivolta in particolare agli operatori IVA di piccole dimensioni;
- potenziare le procedure di analisi del rischio e controllo dell'evasione fiscale;
- proseguire nel processo di digitalizzazione del Paese al fine di ridurre i costi e rendere più efficienti i processi aziendali.

Si avvicina, quindi, il momento in cui gli esercenti attività di commercio al minuto e assimilati dovranno adeguarsi alla novità, dotandosi in primo luogo di registratori di cassa adeguati alla memorizzazione e trasmissione telematica dei corrispettivi.

Un onere per il quale sarà riconosciuto anche un bonus fiscale: chi acquisterà un nuovo registratore di cassa nel 2019 e nel 2020, dotato delle tecnologie necessarie ad adempiere ai nuovi obblighi, potrà beneficiare di un credito d'imposta pari al 50% della spesa fino ad un massimo di 250 euro.

Lo scontrino elettronico diverrà obbligatorio sostituendo quello cartaceo per tutti i soggetti non tenuti all'emissione della fattura elettronica (salvo richiesta da parte del cliente).

All'inizio del 2019, si è creato un vero e proprio caos tra i titolari di Partita IVA preoccupati dalla novità.

Già a partire dal 1° luglio 2019, i soggetti di cui all'articolo 22 del DPR Iva, con volume d'affari superiore a 400.000, euro sono tenuti a memorizzare e trasmettere in modalità telematica all'Agenzia delle Entrate i dati dei corrispettivi giornalieri.

A partire dal 1° gennaio 2020, l'obbligo verrà esteso a tutti i titolari di Partita IVA e sarà accompagnato dalla cosiddetta lotteria degli scontrini.

Al via il bonus del 50% per l'acquisto di registratori di cassa necessari per la memorizzazione e trasmissione telematica dei corrispettivi. Con il provvedimento del 28 febbraio 2019, l'Agenzia delle Entrate ha dettato le regole per il riconoscimento e per l'utilizzo del credito d'imposta, il bonus per i registratori di cassa introdotto per agevolare gli esercenti attività commerciali al minuto e assimilati nella transizione al cosiddetto scontrino elettronico.

Il credito d'imposta potrà essere richiesto per le spese sostenute nel 2019 e nel 2020 e sarà riconosciu-

to fino ad un massimo di 250 euro per l'acquisto di registratori di cassa di nuova generazione e fino ad un massimo di 50 euro per l'adattamento.

Il bonus potrà essere utilizzato in compensazione, ma il corrispettivo per l'acquisto o l'adattamento dovrà essere pagato esclusivamente con mezzi tracciabili. L'agevolazione è riconosciuta anche solo per l'adattamento dei registratori di cassa già posseduti ai fini della memorizzazione e trasmissione telematica dei corrispettivi giornalieri.

6. Prime conclusioni

I primi dati relativi all'impiego della fattura elettronica, in attesa del debutto dello scontrino elettronico, sono positivi, sia in termini di funzionalità del sistema che di contrasto all'evasione fiscale.

Riguardo all'aspetto funzionale, il meccanismo della fattura elettronica nei primi mesi non ha ancora determinato la rivoluzione fiscale che ci si aspettava.

L'idea che la contabilità viaggiasse tutta via internet con l'eliminazione del cartaceo non è avvenuta e, probabilmente, non avverrà mai per motivi di carattere tecnico-organizzativi. Nelle grandi aziende, infatti, le fatture elettroniche, alla stregua di quelle cartacee, continuano ad essere stampate, sia per le operazioni attive che per quelle passive.

Ciò significa che la fattura elettronica, come una fase a sé stante del processo produttivo, rientra all'interno della ordinaria organizzazione contabile che di fatto non è cambiata, e non può cambiare, visti i processi di gestione delle aziende medio-grandi che, essendo soggette a controlli interni di gestione (audit interno), devono dare dimostrazione della corretta imputazione delle fatture ai diversi centri di costo e di ricavo.

Queste operazioni richiedono necessariamente un lavoro manuale sulle fatture elettroniche che devono essere stampate ed elaborate, tenendo conto di quanto in esse riportato.

Per ora, quindi, nessun archivio digitale e nessuna abolizione dei registri in forma cartacea. I soggetti IVA continuano a gestire i registri IVA e tutta la contabilità come avveniva prima dell'introduzione della fattura elettronica, consapevoli del fatto che la compilazione dei registri contabili in formato cartaceo resta un adempimento obbligatorio previsto dalle norme tributarie di riferimento.

Come sempre in ambito tributario, infatti, al verificarsi di novità fiscali come l'introduzione della fattura elettronica, non segue le opportune modifiche normative di collegamento.

Relativamente al contrasto all'evasione fiscale, invece, la fattura elettronica, centrando il compito che le era stato assegnato, si sta rivelando essere un valido strumento, dando modo all'Agenzia delle Entrate di avere maggior controllo sul flusso delle transazioni IVA tra attività produttive e commerciali e privati. Nei primi mesi del 2019 (e primi mesi di obbligatorietà della fattura elettronica tra privati) l'Agenzia delle Entrate ha intercettato acquisti fittizi per 3,2 miliardi di euro, bloccando falsi accrediti IVA per 668 milioni di euro.

La fattura elettronica, in sostanza, ha consentito di arrestare una truffa tributaria ai danni dello Stato del valore di quasi 700 milioni di euro, con un'operazione che ha visto il coinvolgimento di 37 soggetti attivi prevalentemente nel settore del commercio di prodotti petroliferi.

Con un comunicato, il MEF e l'Agenzia delle Entrate hanno chiarito come gli indagati hanno tentato di aggirare il Sistema di Interscambio e intascare, così, rimborsi IVA non dovuti. Sfruttando le cosiddette "società cartiere", venivano dichiarati elevati importi d'acquisto di materie prime a fronte di vendite esigue, riuscendo a generare cospicui crediti IVA (ovviamente falsi) ammontati, per l'appunto, a 668 milioni di euro.

Con i decreti di attuazione della legge finanziaria (D.L. 119/2018), relativamente allo scontrino elettronico, il MEF ha chiarito che dal 1° luglio 2019 sono previsti nuovi esoneri. In particolare, fino al 31.12.2019 saranno escluse dall'obbligo di emissione dello scontrino in formato elettronico tutte le attività marginali tenuto conto della loro incidenza sul volume d'affari che non deve superare l'1 % del volume d'affari complessivo, diverse dalle attività marginali che riguardano la cessione di benzina o gasolio realizzate dagli esercenti impianti di distribuzione di carburante. Queste esclusioni operano solamente in fase di prima applicazione in quanto l'obiettivo, evidenziato anche dall'articolo 3 del decreto, è quello di superare in via graduale il ricorso a scontrini e ricevute fiscali e cioè a quei documenti fiscali sostitutivi della fattura: la certificazione dei ricavi e dei compensi dovrà infatti avvenire esclusivamente ed in modo uniforme in modalità digitale.

Gli esoneri sono elencati all'articolo 1 del decreto e ricomprendono innanzitutto le operazioni già oggi escluse dall'obbligo di certificazione dei corrispettivi con scontrino e ricevuta. L'esclusione ricomprende anche le prestazioni di trasporto pubblico collettivo di persone e di veicoli e bagagli al seguito, con qualunque mezzo esercitato, per le quali i biglietti di trasporto, compresi quelli emessi da biglietterie automatiche, assolvono la funzione di certificazione fiscale.

Tutte le operazioni esonerate dalla trasmissione giornaliera dei corrispettivi devono continuare ad essere annotate nel registro dei corrispettivi mentre le operazioni connesse, collegate o marginali devono continuare ad essere documentate mediante il rilascio della ricevuta fiscale ovvero dello scontrino fiscale. In tutti i casi di operazioni escluse, gli operatori potranno decidere di trasmettere telematicamente i corrispettivi. Relativamente alla fattura elettronica, va registrato l'incremento da 100 a 400 euro per l'emissione di fat-

ture semplificate che assumono un particolare rilievo perché permettono di fatto a molti operatori di utilizzare la fattura, anch'essa elettronica come la ordinaria, per documentare fiscalmente operazioni che in precedenza erano escluse perché di importo superiore ai 100 euro.

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

Dividendi – Società madre – Società figlia – Deduzione del 95% - Direttiva 90/435

È contraria alla normativa comunitaria, in particolare all'articolo 4, paragrafo 1, della Direttiva 90/435, la disposizione secondo la quale i dividendi che una società madre percepisce dalla società figlia debbano essere, in un primo tempo, inclusi nella base imponibile della società madre, prima di poter essere in un secondo tempo, oggetto di deduzione, nella misura del 95% del loro importo.

La Corte Ue, con la pronuncia in esame, evidenzia il contrasto con la disciplina comunitaria di una disciplina interna che, nel prevedere la deduzione prioritaria di alcune componenti reddituali, si riveli idonea a ridurre, se non addirittura ad azzerare, la base imponibile, con l'effetto di privare, in tutto o in parte, il contribuente di un altro vantaggio fiscale.

Sentenza della CGU, 19 dicembre 2019, *Brussels Securities SA/Etat belge,* C-389/18

Imposte sui Redditi – Reddito di Impresa – Principio di Competenza – Inderogabilità – Sussiste

La Suprema Corte con la Sentenza in epigrafe ha statuito, confermando il proprio orientamento sul tema, che le regole sull'imputazione temporale dei componenti del reddito sono tassative ed inderogabili. La violazione di tali regole non costituisce una violazione meramente formale sia perché l'imputazione ad un determinato periodo di imposta di componenti ad esso estranei (in quanto riferibili ad altro periodo) incide sulla determinazione del reddito d'impresa di quella specifica annualità; sia perché, comunque, «in nessun caso [...] il contribuente può scegliere liberamente, secondo le proprie convenienze, l'esercizio in cui registrare i costi, dovendo l'eventuale spostamento dall'anno di riferimento essere ancorato a fatti obbiettivi e verificabili. L'inderogabilità dei criteri di imputazione cronologia dei componenti di reddito non può essere esclusa neppure dalla paventata conseguenza dell'eventuale doppia imposizione, che è evitabile dal contribuente mediante l'esercizio, con la richiesta di rimborso della maggior imposta in ipotesi versata per la mancata esposizione di componenti del reddito nell'annualità di effettiva competenza e che è proponibile, nei limiti ordinari della prescrizione ex art. 2935 cod. civ., a far data dal formarsi del giudicato sulla legittimità del recupero dei costi in relazione alla annualità non di competenza temporale.

Cass., sez. Trib., sent. n. 7121 del 13 marzo 2019. - Pres. E. Cirillo, rel. G. Cataldi

Ires - Detrazione fiscale - Eco Bonus – Beni strumentali - Beni locati – Beni merce - Criteri interpretativi – Limiti soggettivi -Limiti oggettivi

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione ha rigettato l'interpretazione restrittiva dell'art. 1, commi 344 e ss. della L. n. 296/2006 (c.d. Finanziaria 2007) proposta dall'Agenzia dell'Entrate. Il legislatore con l'istituzione dell'ecobonus riconosce una detrazione fiscale, nella misura del 55%, per i soggetti titolari di reddito d'impresa che realizzino interventi di riqualificazione energetica agli immobili esistenti. Tale beneficio fiscale, secondo l'Ente impositivo, interesserebbe i soli immobili strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa con esclusione tanto degli immobili locati (ad uso abitativo e non) a terzi quanto degli immobili-merce. Di conseguenza le società immobiliari di gestione non potrebbero mai godere del predetto bonus. La mancata corrispondenza tra destinatari dell'agevolazione fiscale e utilizzatori reali dell'immobile, è argomento a sostegno della circoscritta applicabilità dell'eco bonus; solo il soggetto che sostiene la spesa per eseguire i lavori di risparmio energetico ed utilizza il bene nello svolgimento dell'attività imprenditoriale può fruire della riduzione della base imponibile IRES. I giudici della Cassazione, facendo buon governo dei criteri ermeneutici, hanno rilevato l'incompatibilità di qualunque limitazione, soggettiva e oggettiva, con la lettera delle norme che introducono l'agevolazione fiscale, la quale è volta ad incentivare il miglioramento energetico dell'intero patrimonio immobiliare prescindendo dalle categorie catastali degli immobili e dai soggetti proprietari.

Cass., Sez. Trib., sent. n. 19815 del 23 luglio 2019 - Pres.: E. Cirillo, rel. R. Guida

Regime di non imponibilità Iva – Principio di neutralità – Proporzionalità – Esenzione – Esportazione dei beni

Secondo i giudici della Corte di giustizia europea se l'uscita dei beni dal territorio dell'Unione è dimostrata, l'esportatore non perde il diritto a cedere il bene in regime di non imponibilità Iva, anche nel caso in cui la cessione del bene sia effettuata a un soggetto diverso da quello indicato in fattura.

Infatti, l'applicazione dei principi di neutralità e di proporzionalità dell'imposta al sistema comune dell'Iva fa sì che non possa essere negato al contribuente la non imponibilità alla cessione di beni extra-Ue qualora siano palesi le prove di avvenuta esportazione dei beni. Per considerare un'operazione non imponibile ai fini dell'Iva rileva sempre la presenza delle condizioni sostanziali dell'esenzione ovvero l'uscita dei beni dal territorio doganale dell'Unione.

Sentenza della CGU, 17 ottobre 2019, *Unitel sp. z o.o./Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie* C-653/18

Società di comodo – Disciplina antielusiva – Non operatività – Oggettive situazioni di carattere straordinario – Stato di inagibilità – Onere della prova

L'art. 30 della L. n. 724/1994 disciplina le società non operative (cd. società di comodo) quali società che, salvo prova contraria, conseguono un ammontare di ricavi inferiore alla somma degli importi risultanti dall'applicazione dei coefficienti stabiliti dalla medesima disposizione. Si tratta di un meccanismo presuntivo di determinazione del reddito superabile con la prova contraria del contribuente che riesca a dimostrare la presenza di oggettive situazioni di carattere straordinario idonee a chiedere e chiedere la disapplicazione della relativa normativa antielusiva. La Corte di Cassazione ha ritenuto che l'oggettivo stato di inagibilità e di abbandono del cespite (nel caso di specie dovuto a ristrutturazione) non sia di per sé atto ad integrare la prova contraria a carico del contribuente. La Corte ha precisato che, con riguardo alla disciplina delle cd. società di comodo, il contribuente debba fornire idonea prova contraria tesa a dimostrare non solo l'esistenza di situazioni oggettive e straordinarie, specifiche ed indipendenti dalla sua volontà che abbiano impedito il raggiungimento della soglia di operatività e di reddito minimo presunto, ma anche di avere provato a recuperare l'immobile o aver compiuto attività volte ad un recupero o ad un'altra utilizzazione. Ne consegue che lo stato di inagibilità e abbandono del bene non è di per sé sufficiente ad escludere l'applicazione delle disposizioni sulle società di comodo.

Cass., sez. VI, ord. n. 27352 del 24 ottobre 2019 - Pres. M. Mocci, rel. M. E. La Torre

Diritto internazionale

Rassegna di giurisprudenza di Diritto dell'Unione europea 940
a cura di Michele Corleto, Celeste Pesce, Francesco Romanelli

a cura di

Michele Corleto
Ricercatore di Diritto Internazionale

Celeste Pesce
Ricercatore di Diritto dell'Unione Europea

Francesco Romanelli
Specialista in Diritto ed Economia delle Comunità Europee, Avvocato in Napoli

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

Diritto della Repubblica di Irlanda – Deontologia professionale – procedimento disciplinare – protezione dei dati personali – disapplicazione di norme nazionali in contrasto con norme dell'Unione europea

High Court sentenza del 17 dicembre 2019 [2019] IEHC 859 nel giudizio iscritto al n. 137. S.A/2015 tra EMG c/ Law Society of Ireland

Il *solicitor* ha il dovere e l'obbligo di rispondere alle comunicazioni di reclamo inviategli dalla sezione reclami e relazioni con i clienti della *Law Society*. Inoltre egli è tenuto a fornire tale risposta in un formato tale che possa essere inoltrato al reclamante. La High Court può emettere, ai sensi della *Solicitors (Amendment) Act 1994* irlandese, un ordine di esibizione di tutti i documenti relativi alla controversia all'esame della *Law Society*.

La questione sorge nell'ambito di un procedimento disciplinare aperto dalla *Law Society* irlandese nei confronti di un *solicitor* sulla base di due distinte denunce presentate da colleghi.

L'incolpato era stato accusato, dopo essere stato nominato in sostituzione dei precedenti procuratori[1], di aver incassato in sede di transazione con le controparti anche somme relative all'attività professionale svolta dai precedenti *solicitors*.

In base alla procedura prevista per i procedimenti disciplinari, il professionista nei cui confronti sia stato presentato un reclamo dal cliente o da colleghi, riceve dalla sezione reclami e rapporti con i clienti della *Law Society* una lettera contenente il reclamo presentato contro di lui e l'invito a controdedurre entro un termine.

All'esito di questa prima fase, la sezione disciplinare può chiedere all'incolpato di produrre tutte la documentazione in suo possesso relativa al caso.

In ipotesi di mancato spontaneo adempimento, la *Law Society* può notificare un ordine di esibizione ovvero può chiedere alla *High Court* l'emissione di un'ingiunzione di consegna di tale documentazione.

Il procedimento disciplinare prosegue con la nomina di un *adjudicator* il cui compito è tentare di giungere ad un accordo tra le parti e in caso negativo, con un'udienza dinanzi al tribunale disciplinare.

Nel caso che ci occupa, l'incolpato, che non aveva dato riscontro alla richiesta di produzione spontanea di documentazione, avendo ricevuto la notifica dell'ordine di esibizione da parte della *Law Society* è ricorso alla *High Court* chiedendo la revoca o la modifica dell'ordine di esibizione.

Nel proprio ricorso, il *solicitor* ha dichiarato di non aver potuto produrre quanto richiesto poiché i documenti del fascicolo appartengono al cliente e non al procuratore; che l'eventuale produzione avrebbe violato la disciplina europea circa la tutela dei dati personali del cliente; che il procedimento disciplinare avviato violava la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012 , sul diritto all'informazione nei procedimenti penali non avendo egli ricevuto le informazioni necessarie ivi indicate; che in ogni caso violava la Carta dei diritti dell'UE, nonché i principi generali del diritto europeo; che violava la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo. Il procuratore incolpato si è inoltre doluto dell'insufficiente definizione dei casi in cui

[1] Negli ordinamenti di *common law* che ancora differenziano le professioni legali, il *solicitor* dà consigli legali e rappresenta il cliente dinanzi alle giurisdizioni inferiori, il *barrister* compare innanzi alle Corti superiori e può discutere le cause in pubblica udienza. Una differenziazione simile a quella che c'era tra procuratori legali ed avvocati nel nostro sistema fino a qualche anno fa.

è possibile dar corso ad un procedimento disciplinare giacché le condotte che possano provocare un *disrepute*, discredito, alla professione forense è una categoria ben più ampia delle condotte illecite.

La *High Court* ha rigettato il ricorso del *solicitor* incolpato sulla base di più considerazioni.

Sotto un primo profilo, il giudice di Dublino ha rilevato che il procedimento disciplinare era iniziato sulla base di varie accuse di condotta illecita da parte dell'incolpato e tali condotte consistevano nell'inadempimento di obblighi professionali, così come previsto dalla legge professionale[2] e, quindi, sotto tale profilo l'eccezione di indeterminatezza sollevata dal ricorrente è stata rigettata.

La Corte ha quindi rilevato che la procedura disciplinare è finalizzata, nelle prime fasi, alla composizione della lite e che quindi sarebbe stato onere del ricorrente essere cooperativo e soddisfare le richieste di chiarimento formulate dalla *Law Society*.

Peraltro, ha rilevato la Corte, l'errore fondamentale dell'incolpato è stato quello di ritenere applicabile sin alle prime fasi del procedimento le regole del *fair trial* (giusto processo[3]). In particolare, il giudice di Dublino ha rilevato che la direttiva sull'informazione nei procedimenti penali non è applicabile al caso *de quo* sia perché non si verte in tema di procedimento penale ma anche perché, in ogni caso, laddove il diritto di uno Stato membro preveda l'irrogazione di una sanzione relativamente a reati minori da parte di un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale e laddove l'irrogazione di tale sanzione possa essere oggetto di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione, la presente direttiva si applica solo ai procedimenti di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione. Quindi, anche volendo considerare l'illecito disciplinare come un reato minore, ai sensi della direttiva, essa troverebbe applicazione solo nel giudizio di impugnazione e non nella fase istruttoria e delle indagini.

La *High Court* ha affermato che tra le diverse facoltà attribuite dalla legge alla *Law Society*, questa ha utilizzato quella meno invasiva e resa necessaria dalla mancata cooperazione dell'incolpato. La Corte ha rilevato inoltre che la richiesta di "*all documents in your possession, under your control or within the procurement of you or your firm in connection with the matters relating to the complaint of T. M./N. O'R. (whether or not they relate also to other matters)*" riguardasse documenti o dati di proprietà del cliente giacché essa è relativa alla nota spese ed ai documenti giustificativi di essa.

La Corte ha sottolineato che il ricorrente invece di fornire la documentazione relativa alle spese che gli era stata richiesta ha presentato una mozione alla *High Court*.

[2] Solicitors (Amendment) Act 1994.

[3] La traduzione di *fair trial* in giusto processo, ancorché adottata dal legislatore costituzionale, non è la più precisa giacché *fair trial* indica piuttosto un procedimento non sbilanciato a favore di una delle parti, corretto, equo (in senso atecnico); d'altro canto il processo è sempre giusto se segue le norme processuali ancorché illegittime e violative dei diritti fondamentali perché la sentenza è *jus.*

Focus

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

Diritto civile
Compatibilità della normativa italiana con i principi comunitari in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizio: sussistenza o meno della colpa grave in capo agli agenti operanti il sequestro penale e risarcibilità dei danni subiti dal *bookmaker*. .. 944
di Sascha Ferrillo

Diritto penale
È ammissibile la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione ex art. 314 c.p.p. motivata da insufficiente organizzazione dei servizi pubblici? 949
di Francesco Maria Ricciardi

Diritto amministrativo
L'operatività nei giudizi amministrativi del principio del legittimo affidamento processuale. ... 953
di Daniele Vitale

Sascha Ferrillo
Dottoressa in Giurisprudenza

Diritto civile

Compatibilità della normativa italiana con i principi comunitari in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizio: sussistenza o meno della colpa grave in capo agli agenti operanti il sequestro penale e risarcibilità dei danni subiti dal *bookmaker*.

abstract

It is the responsibility of the National judge disapply Italian law so far as appear to conflict whit the principles of the European Union; agents being unable to make any assessment in this regard.

There is no serious fault of the operating agents for having carried out the criminal seizure in the presence of on abstract offense of crime, on the basis of Italian law.

keywords

Judge national – italian law – community law – sport bets – authorization – bookmaker – criminal attachment – serious fault – operating agents – compensation for damages.

abstract

Compete al Giudice nazionale disapplicare la normativa italiana qualora risulti in contrasto con i principi dell'Unione europea, non potendo la polizia giudiziaria compiere alcuna valutazione al riguardo.

Non sussiste colpa grave in capo alla polizia giudiziaria per aver eseguito il sequestro penale in presenza di una fattispecie astratta di reato, sulla base della normativa italiana.

parole chiave

Giudice nazionale – normativa italiana – normativa comunitaria – scommesse sportive – autorizzazione – bookmaker – sequestro penale – colpa grave – agenti operanti – risarcimento dei danni.

Il presente *focus* è dedicato alla responsabilità civile per colpa grave degli agenti di polizia giudiziaria operanti il sequestro penale presso le ricevitorie che risultino prive di autorizzazione.

Le questioni traggono origine dalla recentissima sentenza della Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, n. 3/2019, la quale, nel definire un giudizio in merito alla responsabilità per colpa grave degli agenti della Guardia di Finanza, a seguito del sequestro penale eseguito presso una ricevitoria priva di autorizzazione, nonché al conseguente risarcimento dei danni nei confronti di un bookmaker straniero, ha confermato la pronuncia del Giudice di prime cure.

Quest'ultimo proponeva appello avverso una sentenza emessa in primo grado dal Tribunale di Cremona che rigettava la domanda sollevata dal medesimo, società esercente l'attività nell'ambito delle scommesse sportive, in merito sia alla responsabilità per colpa grave di alcuni agenti che avevano eseguito il sequestro penale ai sensi dell'art. 354 c.p.p., presso la ricevitoria sita in Crema, sia al risarcimento del danno di cui all'art. 96 c.p.c.

Ciò in quanto, il Tribunale, in merito alla colpa grave, affermava che gli agenti non potevano incorrere in una condotta colpevole nel ravvisare la sussistenza di una fattispecie illecita astrattamente prevista dall'ordinamento italiano ed applicare la relativa disciplina, non ricorrendo in capo a questi ultimi l'onere di valutare, in virtù del contrasto tra la normativa e la giurisprudenza italiana e comunitaria, la legittimità delle attività di raccolta di scommesse sportive riferiti a soggetti privi di licenza di cui all'art. 88 TULPS.

Rigettava, inoltre, la domanda di condanna della predetta società in merito alla richiesta di risarcimento dei danni.

La Corte d'Appello di Brescia – all'esito del processo, in linea con la pronuncia del giudizio di primo grado – statuiva che la presenza di una astratta fattispecie di reato non solo escludeva la colpa grave degli agenti operanti, ma comportava anche l'esclusione della illiceità della condotta, poiché la norma penale statale di cui all'art. 88 TULPS, in materia di scommesse sportive prive dell'autorizzazione, poteva essere disapplicata solo dal Giudice nazionale per incompatibilità con il diritto comunitario.

Al fine di comprendere meglio i termini della questione, risulta utile una breve disamina della normativa italiana in tema di esercizio di raccolta delle scommesse sportive, di regola riservata per legge allo Stato.

Ai sensi del disposto dell'art. 88 del R.D. n. 773/1931 (TULPS), secondo cui: "La licenza per l'esercizio delle scommesse può essere concessa esclusiva-

mente a soggetti concessionari o autorizzati da parte di Ministeri o di altri enti ai quali la legge riserva la facoltà di organizzazione e gestione delle scommesse, nonché a soggetti incaricati dal concessionario o dal titolare di autorizzazione in forza della stessa concessione o autorizzazione", l'attività di raccolta di scommesse è riservata allo Stato nonché ai titolari di regolare titolo abilitativo.

Tale attività, inoltre, è sanzionata penalmente qualora venga esercitata senza le concessioni ed autorizzazioni prescritte dalla legge nazionale, in conformità alla disposizione normativa di cui all'art. 4, comma 1 e 4-*bis*, della legge n. 401/1989.

In particolare, tale articolo prevede il reato di esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa e punisce con la reclusione da 6 mesi a 3 anni "chiunque esercita abusivamente l'organizzazione di scommesse che la legge riserva a un ente concessionario o, comunque, organizza scommesse o concorsi pronostici su attività sportive gestite dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dalle organizzazioni da esso dipendenti o dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE)". La stessa fattispecie punisce anche chiunque, in qualsiasi modo, dia pubblicità a questo esercizio abusivo delle attività o partecipa alle stesse.

Tale normativa solleva dubbi circa la compatibilità con i principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi[1], volti a garantire la mobilità delle imprese e dei professionisti nell'ambito dell'Unione Europea.

Ciò in quanto lo Stato italiano, tramite la concessione o il diniego di licenza, esercita il controllo di ordine pubblico su coloro che chiedono di operare nel settore delle scommesse.

Sul punto, in giurisprudenza si registra un orientamento contrastante.

Ed invero, alcune decisioni di condanna dei Giudici di merito rispecchiano l'assunto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[2], circa la compatibilità della normativa italiana con i principi europei di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, previsti dagli articoli 43 e 49 del Trattato CE, posto che il sistema italiano, inteso come un sistema di controllo preventivo e di vigilanza, garantisce – tramite le restrizioni che la citata normativa interna pone ai sopra menzionati principi comunitari – l'ordine pubblico, evitando che l'attività di raccolta di scommesse clandestine contribuisca allo sviluppo della criminalità nel settore dei giochi e delle scommesse.

In tal senso, la giurisprudenza di legittimità afferma che: "Integra il reato di esercizio abusivo di attività organizzata per l'accettazione e la raccolta di scommesse sportive (art. quarto, commi quarto-*bis* e quarto-*ter*, l. 13 dicembre 1989, n. 401) la raccolta in proprio di scommesse da effettuare con diverse società, sia italiane che straniere, svolta in difetto dell'autorizzazione richiesta dall'art. 88 del T.u.l.p.s. da parte del gestore di un "*internet point*", trattandosi di attività in violazione del divieto assoluto di intermediazione previsto dall'art. 7, comma primo, del d. m. Finanze 2 giugno 1998, n. 174. (In motivazione la Corte, nel disattendere le doglianze difensive, ha escluso la violazione dei principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, sanciti dagli artt. 43 e 49 del TCE, in quanto l'indagato non risultava concessionario di società estera abilitata alla raccolta di scommesse in uno dei paesi membri UE)[3]".

Tuttavia, un consolidato ed opposto orientamento giurisprudenziale[4] sostiene la disapplicazione della normativa italiana in materia di gioco e scommesse, tale da configurare un vero e proprio ostacolo e, dunque, contrastante con i principi europei summenzionati, in forza dell'imposizione da parte dell'ordinamento italiano della licenza di polizia vincolata al previo ottenimento di una concessione amministrativa.

In particolare, in giurisprudenza si dichiara che: "In tema di attività organizzata per l'accettazione e la raccolta di scommesse, non deve essere applicata – perché in contrasto con il diritto comunitario con i principi della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi all'interno della Comunità Europea, di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato 25 marzo 1957 – la norma incriminatrice prevista dall'art. 4, comma 4-*bis*, della legge 13 dicembre 1989, n. 401, che punisce lo svolgimento in Italia di qualsiasi attività organizzata per l'accettazione e la raccolta, anche per via telefonica e telematica, di scommesse di qualsiasi genere da chiunque accettate, in Italia o all'estero, o per favorire tali condotte, in assenza di concessione, autorizzazione o licenza ai sensi dell'art. 88 T.u.l.p.s. – R.D.

[1] Articoli 49 TFUE (*ex* art. 43 TCE): "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali"; e 56 TFUE (ex art. 49 TCE): "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un Paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione".

[2] Cass. pen. Sez. Unite, Sentenza 26.04.2004, n. 23271.

[3] Cass. pen. Sez. III, Sentenza 08/06/2011, n. 29523.

[4] Trib. Riesame Campobasso, 12/02/2004; Trib. Riesame Napoli, 26/04/2004; Trib. Riesame Pistoia, 19/02/2004; Trib. Riesame Santa Maria Capua Vetere, 24/02/2004.

18 giugno 1931, n. 773. (Fattispecie in tema di accettazione e raccolta di scommesse sportive trasmesse in via telematica ad un c.d. «*bookmaker*" legittimamente operante in Inghilterra)[5]".

Ancora: "non integra il reato in esame la raccolta di scommesse, in assenza di licenza, da parte di un soggetto che operi in Italia per conto di un operatore straniero cui la concessione sia stata negata per illegittima esclusione dai bandi di gara e/o mancata partecipazione a causa della non conformità, nell'interpretazione della Corte di Giustizia CE, del regime concessorio interno agli artt. 43 e 49 del Trattato CE[6]".

Tale orientamento, rinviene il proprio fondamento oltre che negli articoli 49 e 56 del TFUE, anche nelle pronunce della Corte di Giustizia Europea.

La Corte di Giustizia [7] ha affermato che il divieto per le società di capitali di partecipare ai bandi per l'ottenimento delle concessioni amministrative costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento e che le sanzioni penali per l'esercizio non autorizzato dell'attività in via telematica costituiscono una restrizione della libertà di prestazione di servizi; inoltre, con la successiva sentenza **Placanica**[8], la stessa Corte giudica incompatibile la normativa italiana in materia di scommesse con le libertà di stabilimento e di prestazione di servizi riconosciuti dai Trattati, qualora comporti l'esclusione dai bandi delle società di capitali e preveda sanzioni penali nei confronti di chi, illegittimamente escluso per tale motivo dai bandi, eserciti l'attività di raccolta di scommesse in via telematica con società aventi sede in Stati europei.

Rimette, in ogni caso, la decisione di disapplicare o meno la normativa interna, in caso si contrasto con quella comunitaria, all'autorità giudiziaria.

In relazione a tale problematica, molti interrogativi sono sorti anche con riguardo al Decreto Bersani del 2006, che ha previsto nuove gare per l'assegnazione di concessioni, stabilendo che l'attività di raccolta di gioco può essere effettuata da vari operatori che esercitano tale attività solo se in possesso dei requisiti di affidabilità definiti dall'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato.

La Corte di Giustizia Europea investita nuovamente della questione, è tornata a pronunciarsi sul punto con la sentenza **Costa e Cifone**[9], dichiarando che i bandi per il rilascio delle nuove concessioni emanati nel 2006 sulla base del c.d. decreto "Bersani" fossero sostanzialmente finalizzati a favorire i soggetti che già avevano ottenuto in passato le concessioni sulla base di una normativa che illegittimamente aveva escluso le società di capitali straniere, e che, pertanto, l'applicazione delle sanzioni penali previste dall'art. 4 della legge 401/1989 nei confronti dei soggetti illegittimamente esclusi dai primi bandi fosse in contrasto con l'art. 49 del TFUE, che vieta le restrizioni alle libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro e l'art. 56 del TFUE, che vieta le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione Europea nei confronti dei cittadini comunitari stabiliti in un altro Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.

Tuttavia, la Corte, con la sentenza del 2016[10], pur confermando quanto già precisato nelle precedenti pronunce, riconosce che: "l'obiettivo attinente alla lotta contro la criminalità collegata ai giochi d'azzardo è idoneo a giustificare le restrizioni delle libertà fondamentali derivanti da tale normativa. Un motivo siffatto è tale da costituire una ragione imperativa d'interesse generale in grado di giustificare una restrizione delle libertà fondamentali. L'individuazione degli obiettivi effettivamente perseguiti da detta disposizione rientra comunque nella competenza del giudice del rinvio".

Si desume pertanto dalle medesime sentenze di tale Corte che ciò che si censura è la previsione di controlli o limitazioni a diverse finalità, come quella di assicurare un monopolio o favorire imprese nazionali o la negazione delle suddette concessioni a soggetti che, in forza del diritto dello Stato di stabilimento, sono dotate delle richieste autorizzazioni, non emergendo dubbi circa la legittimità della sottoposizione di determinate attività d'impresa ad un regime di autorizzazioni a tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica.

Ed è proprio in relazione a tale circostanza che giova analizzare la seconda parte del presente *focus*, avente ad oggetto la sussistenza o meno della colpa grave in capo agli agenti operanti il sequestro penale per la mancata autorizzazione prevista *ex lege*, nonché il conseguente risarcimento del danno ai sensi dell'art. 96[11] c.p.c.

Il sequestro penale ad iniziativa della polizia giudiziaria è disciplinato dall'art. 354 c.p.p.

Dalla disposizione normativa di tale articolo si evince che, nell'espletamento delle indagini è possibile compiere determinate attività connotate dal requisito dell'urgenza. Alcuni accertamenti di carattere urgente possono essere compiuti dalla p.g. sui luoghi, sulle cose o sulle persone.

Tale norma si occupa di disciplinare l'attività di conservazione, dovendo gli ufficiali e gli agenti di p.g. curarsi che le tracce o le cose pertinenti al reato siano

[5] Tribunale Civitavecchia, 10/10/2006.

[6] Cass. pen. Sez. III, 06/12/2016, (ud. 06/12/2016, dep. 20/03/2017), n.13223.

[7] CGCE, 6 novembre 2003, *Gambelli,* C-243/01.

[8] CGCE, Grande Sezione, 6 marzo 2007, *Placanica*, cause riunite C-338/04, C-359/04 e C-360/04.

[9] CGUE, IV Sez., sent. Costa e Cifone, 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10.

[10] CGUE, sentenza 26 gennaio 2016, terza sezione.

[11] Art. 96 c.p.c. "*Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza […]*".

conservate e che lo stato dei luoghi e delle cose non venga mutato prima dell'intervento del Pubblico Ministero.

In ogni caso, a seguito di perquisizioni o accertamenti urgenti sui luoghi o sulle cose, la polizia giudiziaria, se del caso, procede al sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato.

Trattasi di un sequestro probatorio relativo alla fase delle indagini preliminari; esso è un mezzo per assicurare le fonti di prova, sostanziandosi nell'apprensione coattiva del *corpus delicti* e dei *producta sceleris* e nella loro conservazione, a fini di prova, agli atti del procedimento o del processo.

Nel caso oggetto in esame, in capo agli agenti operanti, convenuti in giudizio per aver eseguito il sequestro penale di cui sopra, si lamentava la sussistenza della responsabilità per colpa grave.

Il fondamento di tale responsabilità è ravvisabile nel disposto normativo dell'articolo 22 del D.P.R. n. 3/197, secondo cui: "L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave"; nonché nel successivo articolo 23 del medesimo D.P.R., il quale dispone che: "È danno ingiusto, agli effetti previsti dall'art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave; restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti. La responsabilità personale dell'impiegato sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nell'omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l'impiegato sia obbligato per legge o per regolamento".

Orbene, al pari di qualsiasi altro soggetto giuridico, anche la pubblica amministrazione ed i propri dipendenti possono incorrere in forme di responsabilità civile, come si evince dal quadro normativo suesposto.

La responsabilità civile viene comunemente intesa come quella forma di responsabilità che si traduce nel dovere di risarcire il danno arrecato per la lesione della sfera giuridica di un altro soggetto.

La principale peculiarità dell'illecito civile – ed in particolare di quello extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., che configura la cd. responsabilità *aquiliana* che sorge quando un soggetto subisce un danno dalla condotta di altri e tra di essi manca un rapporto obbligatorio – è data dal meccanismo della solidarietà passiva delineata dall'art. 28[12] della Costituzione e dagli artt. 22 e seg. suindicati del D.P.R. n. 3 del 1957, qualora l'autore del danno sia una pubblica amministrazione: se a produrre un danno a terzi è un pubblico dipendente nell'esercizio di compiti istituzionali, del danno risponde anche l'Ente di appartenenza.

La *ratio* di tale coinvolgimento della Pubblica amministrazione, in caso di danni arrecati a terzi da propri dipendenti, si rinviene nella circostanza che lo Stato e gli altri Enti pubblici non possono agire che a mezzo dei propri organi, il cui operato non è di soggetti distinti, ma degli Enti stessi in cui essi si immedesimano.

Il dipendente pubblico, però, è esposto a pagare il predetto danno con il proprio patrimonio personale quando c'è stata la cd. "colpa grave".

In tema di colpa grave, la giurisprudenza contabile[13] dichiara che: "Non ogni condotta diversa da quella doverosa implica colpa grave; ma solo quella caratterizzata da particolare negligenza, imprudenza o imperizia e che sia realizzata senza l'osservanza, nel caso concreto, di un livello minimo di diligenza, prudenza o perizia; tale livello minimo dipende inoltre dal tipo di attività concretamente richiesto all'agente e dalla sua particolare preparazione professionale, in quel settore della P.a. al quale è preposto"; ed anche l'agire amministrativo in palese contrasto con disposizioni normative dal carattere chiaro, è condotta idonea ad integrare la gravità della colpa[14].

Ciò posto, si evidenzia come il contenzioso susseguitosi negli anni, con specifico riguardo al caso oggetto del presente *focus*, nei confronti del sistema italiano per l'esercizio della raccolta di scommesse sportive al di fuori della concessione, coinvolge diverse sedi ovvero quelle civili, amministrative e comunitarie.

Con riguardo alle pronunce, tra l'altro recenti, della giurisprudenza si registra un risultato favorevole nei confronti dello Stato, rappresentato, nel caso di specie, dal corpo della Guardia di Finanza.

Infatti, la giurisprudenza è orientata ad escludere la configurabilità di un comportamento illegittimo degli agenti della Guardia di finanza, qualora gli stessi agiscano correttamente sulla base della normativa italiana. Questi ultimi infatti, ricoprendo la posizione di organi operativi dello Stato, non possono procedere alla disapplicazione della legislazione vigente, ma, constatata la violazione, devono intervenire per impedire

[12] Art. 28 della Costituzione: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

[13] Corte dei Conti reg. (Sicilia) sez. giurisd., n. 4205 del 21/12/2011.

[14] Corte Conti, (Lazio) sez. reg. giurisd., 29/05/2017, n. 124.

che agli illeciti già compiuti conseguano conseguenze ulteriori[15].

Ed invero, il Tribunale Catania con sentenza del 09/08/2019, dichiara che: "Va pertanto affermata l'insussistenza dell'elemento psicologico (*id est*, della colpa grave) fondante la prospettata responsabilità diretta dei pubblici funzionari, che peraltro, nella più ampia problematica sull'attività di raccolta delle scommesse sportive, che coinvolge principi di diritto comunitario e ordinamento nazionale, costituisce l'unico oggetto della presente controversia".

In tal senso, anche la pronuncia del 2019 della Corte d'Appello di Torino[16], la quale afferma che: "è di tutta evidenza che la disciplina italiana, che prevede per l'esercizio del gioco di azzardo l'attività, sia di concessione, che di autorizzazione, non contrasta con la normativa comunitaria se le limitazioni sono disposte per contrastare il fenomeno della criminalità organizzata e sono proporzionali a tale fine e che il giudizio sul bilanciamento di interessi è rimesso esclusivamente al giudice. Nessun potere discrezionale di disapplicare automaticamente la disciplina interna, dunque, in assenza di un provvedimento del Giudice relativo al caso concreto è posto in capo alla P.A. […] È del tutto priva di pregio l'obiezione di *StanleyBet* che il sequestro preventivo nella fattispecie era facoltativo, in quanto la legittimità del sequestro, con riferimento al rischio della protrazione dell'attività criminosa, deve essere valutata *ex ante*, e nel caso di specie sussisteva tale rischio. Così com'è privo di pregio l'assunto dell'appellante che i militari avrebbero dovuto contattare preventivamente il P.M. prima di provvedere, in quanto il codice di rito consente loro di effettuare il sequestro in piena autonomia e l'obbligo di procedere era previsto da circolari interne perfettamente legittime in considerazione della legislazione e dell'interpretazione data dalla Corte di Giustizia, circa la compatibilità tra la disciplina nazionale a quella comunitaria in *subiecta materia*, tenuto conto che l'autorizzazione e la concessione sono giustificate dal superiore interesse della tutela dell' ordine pubblico interno (necessità di reprimente e contrastare l'attività della criminalità organizzata), con la conseguenza che non sussistendo un contrasto evidente e pacifico tra normativa nazionale e quella comunitaria, gli organi della P.A. dovevano applicare la normativa interna".

Si è, dunque, in presenza di una giurisprudenza unanime volta ad escludere la responsabilità al risarcimento dei danni sulla base della esclusione per colpa grave in capo agli agenti operanti, i quali agiscono esclusivamente in ordine alla legge vigente nell'ordinamento interno in presenza di una fattispecie astratta di reato, essendo successivamente devoluta al Giudice nazionale la disapplicazione della normativa interna qualora contrastante con quella comunitaria.

In linea con tali pronunce è la suindicata sentenza della Corte d'Appello di Brescia, oggetto del presente *focus*, la quale dichiara che: "i convenuti non hanno posto in essere con consapevolezza o quanto meno accettandone il rischio, un'attività di polizia giudiziaria erronea e non conforme a legge posto che, per converso, essi hanno operato sulla base della sussistenza della astratta fattispecie di reato e della esistenza dei presupposti di cui all'art 354 c.p.p.: la legittimità dell'operato degli agenti della Guardia di finanza è avvalorata dall'avvenuta convalida del sequestro operata dal Pubblico Ministero che ha ritenuto sussistente il pericolo di dispersione delle tracce di reato".

In conclusione, è interessante notare come l'apporto di tale sentenza contribuisca a rafforzare l'orientamento giurisprudenziale che, dunque, può dirsi unanime, teso alla esclusione della colpa grave in capo agli agenti operanti, per aver eseguito il sequestro penale presso ricevitorie prive di autorizzazione richiesta dalla legge, e di conseguenza il relativo risarcimento dei danni.

[15] Tribunale Sassari sez. II, 09/02/2016, (ud. 09/02/2016, dep. 09/02/2016), n.206.

[16] Corte d'Appello Torino, Sez. III, 12/02/2019, (ud. 15/01/2019, dep. 12/02/2019), n.277.

Francesco Maria Ricciardi
Avvocato

Diritto penale

È ammissibile la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione ex art. 314 c.p.p. motivata da insufficiente organizzazione dei servizi pubblici?

abstract

Unlawful detention claims, under provisions of article 314 of the Criminal Procedure Code, can be lodged whether the unlawful detention is due to an illegitimate or erroneous provision of the Judicial Authority, regardless of insufficient state administrative organization.

keywords

Article 314 Criminal Procedure Code – compensation for unlawful detention – enforcement of security measures.

abstract

L'insufficiente organizzazione amministrativa statuale non legittima la proposizione di istanze di riparazione per ingiusta riparazione ex *art. 314 c.p.p., ove la detenzione indebitamente patita non derivi da un provvedimento dell'Autorità Giudiziaria illegittimo o erroneo.*

parole chiave

Art. 314 c.p.p. – Riparazione per ingiusta detenzione – REMS.

Una recente pronuncia della Corte di Appello di Napoli (ordinanza emessa dalla Sezione VIII Penale, su R.G. n. 132/2017, depositata il 13/11/2019, Presidente dott.ssa Giovanna Grasso, Consigliere relatore dott. Furio Cioffi) offre alcuni spunti di riflessione in materia di riparazione per ingiusta detenzione.

Il caso attenzionato riguardava un soggetto destinatario di un'ordinanza di custodia cautelare emessa dal g.i.p. del Tribunale di Napoli Nord, applicativa della misura degli arresti domiciliari, poi sostituiti con la custodia cautelare in carcere, ritenuto responsabile dei fatti ascrittigli e tuttavia assolto perché non imputabile per vizio totale di mente al momento del delitto. La sentenza di assoluzione, emessa il 09/11/2016, divenuta irrevocabile il 14/03/2017, ha applicato al destinatario la misura di sicurezza dell'assegnazione presso le Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (di seguito REMS). Come noto, questa nuova tipologia di struttura è stata introdotta a seguito della chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari, disposta in forza di diversi interventi normativi (legge n. 9/2012, legge n. 57/2013 e legge n. 81/2014), ed è destinata all'accoglienza ed alla cura degli autori di reato affetti da disturbi mentali, ritenuti socialmente pericolosi alla luce dei criteri delineati dall'art. 133 c.p. (ad eccezione di quanto previsto alla lettera d) del citato articolo). Un problema organizzativo e strutturale che si è da subito posto è legato alla capacità di accoglienza di tali strutture, la cui capienza non corrisponde al reale fabbisogno: si stima che coloro che attendono un collocamento utile per il ricovero in REMS siano circa 200 in tutta Italia[1]. Il deficit strutturale impatta sui tempi di esecuzione dei provvedimenti giudiziali, comportando un prolungamento del periodo di detenzione carceraria. È quanto avvenuto anche nel caso di specie, nel quale la sentenza del Tribunale di Napoli Nord è stata effettivamente eseguita, con il trasferimento dell'assegnatario dal carcere alla REMS, il 21/12/2016, a distanza di più di un mese dal momento della sua pubblicazione. Tale ritardo ha spinto il sottoposto alla misura di sicurezza detentiva a richiedere riparazione per la carcerazione a suo avviso ingiustamente patita *medio tempore*, sul presupposto che la disorganizzazione degli Enti Pubblici non si possa ripercuotere negativamente nella sfera dei diritti soggettivi del cittadino detenuto.

La disciplina della riparazione per ingiusta detenzione (artt. 314-315 c.p.p.) è stata introdotta nel nostro ordinamento dal codice di rito del 1988, in attuazione, dei principi costituzionali e sovranazionali in materia di libertà personale. Essa ha una valenza autonoma e distinta da quella della riparazione dell'errore giudiziario (artt. 643 e ss. c.p.p.): nel primo caso, la detenzione è subita in via preventiva prima dello svolgimento del processo e perciò prima della condanna eventuale; nella seconda ipotesi, si presuppone una condanna alla quale sia stata data esecuzione ed un successivo giudizio di revisione, instaurato (a seguito di una sentenza irrevocabile di condanna) in base ad altre prove o alla dimostrazione che la condanna è sta-

[1] Cfr. "*In carcere perché in Rems non c'è posto: la storia di Giacomo. E di 200 come lui*", da *www.redattoresociale.it*, 01/10/2019.

ta pronunciata in conseguenza di falsità in atti.

L'istituto, nei suoi circa trent'anni di vigenza, è ancora oggetto di contrastanti letture della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite; si discute in particolare sulla sua natura civilistica ovvero penalistico-pubblicistica. La giurisprudenza di merito e di legittimità attualmente configura la riparazione come un'obbligazione fondata sulla doverosa solidarietà verso la vittima di un'indebita custodia cautelare, titolare di un diritto soggettivo pubblico, in ragione della fattispecie costitutiva legata ad eventi che producono il sorgere di responsabilità da atto lecito, quali conseguenze dei principi di solidarietà e di giustizia distributiva[2]. La custodia cautelare, infatti, ancorché "iniqua", non è idonea a generare, secondo i principi civilistici, un obbligo risarcitorio, ma costituisce il presupposto necessario per il sorgere del diritto alla riparazione, la cui fonte sono le norme del codice di procedura penale, che prevedono una responsabilità derivante da atto legittimo di carattere autoritativo[3].

La riparazione, pur concretandosi in una somma di denaro, si distingue dalla nozione d'indennità propria del diritto civile e amministrativo, non solo per il carattere sfuggente ed indeterminato della stessa, ma anche perché, data la natura degli interessi in gioco, l'istituto in esame ha una sua incontrovertibile struttura autonoma, differente per presupposti e obiettivi da quelli del risarcimento e dell'indennità, presentandosi come un *tertium genus* rispetto a questi ultimi[4].

Il presupposto del diritto di ottenere l'equa riparazione consiste nell'ingiustizia sostanziale o nell'ingiustizia formale della custodia cautelare subita. L'ingiustizia sostanziale è prevista dall'articolo 314, comma 1, del codice di procedura penale e ricorre in caso di proscioglimento con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non avere commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato. Ai sensi del successivo comma 3 dell'articolo 314 cit., alla sentenza di assoluzione sono parificati la sentenza di non luogo a procedere e il provvedimento di archiviazione. L'ingiustizia formale è disciplinata dal comma 2 dell'articolo 314 c.p.p. e ricorre quando la custodia cautelare è stata applicata illegittimamente, senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli articoli 273 e 280 c.p.p., indipendentemente dalla sentenza di assoluzione o di condanna.

La Corte Costituzionale, con l'importante sentenza n. 219/08, depositata il 20 giugno (richiamata nell'ordinanza qui recensita), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 314 del codice Vassalli, nella parte in cui, nell'ipotesi di detenzione cautelare sofferta, condiziona in ogni caso il diritto all'equa riparazione al proscioglimento nel merito dalle imputazioni. La Consulta ha compiuto un'opera di armonizzazione con l'articolato normativo costituzionale in materia di tutela della libertà personale e di *extrema ratio* delle sue limitazioni, valorizzando lo spirito di tutela della persona umana e di *favor libertatis* desumibile dagli artt. 2, 3, 13 e 24 della Carta Costituzionale. Inoltre, per chiarire il significato di detenzione "ingiusta", vale a dire *contra ius*, il Giudice delle Leggi ha sostenuto espressamente che la predetta disposizione ha palesemente inteso attrarre nell'orbita della riparazione anche casi che esulano dall'erroneità del provvedimento giurisdizionale posto alla base della detenzione, per abbracciare tutte le ipotesi recanti un'oggettiva lesione della libertà personale, comunque ingiusta alla stregua di una valutazione *ex post*[5].

Il diritto alla riparazione è però escluso se l'interessato ha dato o ha concorso a dare causa, «per dolo o colpa grave», al provvedimento restrittivo: condizione negativa prevista dall'art. 314 comma 1 c.p.p. e, benché non formalmente sancita dal comma 2 della stessa norma, ritenuta operante anche in relazione alle misure disposte in difetto delle condizioni di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p.[6]. La clausola è espressione del generale principio che considera soggetto passivo di un pregiudizio soltanto chi non abbia potuto evitarlo e, sotto il profilo funzionale, trova giustificazione nella necessità di impedire possibili abusi. Tuttavia, la lacunosa e generica traduzione normativa, unitamente alle non compiute elaborazioni dottrinali circa il riferimento al «concorso» ed ai concetti di dolo e di colpa grave, rende complicato tracciare i contorni della condizione ostativa, facilitandone la trasformazione in comodo strumento per eludere il riconoscimento del diritto all'indennizzo[7].

La precedente ricostruzione è utile per comprendere il ragionamento della Corte d'Appello partenopea. Nel caso preso in considerazione, il Giudice ha preliminarmente verificato se il lamentato periodo

[2] La giurisprudenza si è attestata su questa posizione a partire da Cass., Sez. Un., 27 giugno 2001, Petrantoni, in Cass. pen., 2002, p. 75. La tesi è avallata dalla dottrina maggioritaria: E. Turco, *L'equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione*, Milano, 2007, pp. 270 ss.

[3] Cfr. Cass., Sez. VI, 18 dicembre 1991, Ruzzi, in Cass. pen., 1993, p. 2052; tali posizioni sono state confermate nel tempo fino ad oggi (per tutte, cfr. Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2008, Pellegrino, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 777).

[4] Sul punto, cfr. E. Jannelli, *Sulla natura civilistica e pubblicistica del procedimento riparatorio: la Corte di cassazione alle soglie di un nuovo cambiamento di rotta?*, in Cass. pen., 1995, p. 2983; E. Turco, *L'equa riparazione*, cit., pp. 14 ss. In giurisprudenza cfr., tra le molte, Cass., Sez. IV, 9 luglio 1992, Leone, in *Arch. nuova proc. pen*., 1992, p. 706.

[5] C. Cost., sentenza 20 giugno 2008, n. 219, in *Giur. cost*., 2008, pp. 2456 ss., con nota di M.G. Coppetta, *Riparazione per ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompente?*.

[6] Sul punto cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 30 agosto 2010 (ud. 27 maggio 2010), n. 32383.

[7] Cfr. M.G. Coppetta, *La riparazione per ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, 1 dicembre 2017, p. 1315.

di detenzione per cui si chiedeva riparazione dovesse essere imputato ad altro titolo, secondo la disciplina dell'art. 657 c.p.p., sul computo della custodia cautelare e delle pene espiate senza titolo. Non risultando registrati procedimenti o processi in corso, né pene eseguibili, relativi a reati commessi prima della carcerazione patita dall'istante, non si è applicato l'art. 314, co, 4, c.p.p., secondo il quale «il diritto alla riparazione è escluso per quella parte della custodia cautelare che sia computata ai fini della determinazione della misura di una pena ovvero per il periodo in cui le limitazioni conseguenti all'applicazione della custodia siano state sofferte anche in forza di altro titolo».

La Corte ha poi ricondotto la fattispecie controversa ad un'ipotesi di ingiustizia sostanziale: l'ordinanza di custodia cautelare, infatti, non è stata annullata per difetto delle condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari *ex* art. 273 c.p.p. ovvero di quelle relative all'applicabilità delle misure coercitive *ex* art. 380 c.p.p., sicché la misura cautelare, legittimamente disposta, si è palesata *ex post* ingiusta, alla luce della sentenza irrevocabile di assoluzione. A tal riguardo, tuttavia, il Giudice di seconde cure, richiamando il *dictum* di alcune pronunce di legittimità, ribadisce che l'assoluzione per vizio di mente, di per sé, non costituisce presupposto della riparazione: da un lato, perché, in assenza di cause di ingiustizia formale, essa non esclude la ricorrenza della causa ostativa – la quale, nella specie, è riscontrabile nella circostanza che l'istante è comunque da ritenersi responsabile dei fatti contestati –; dall'altro, perché essa sarebbe estranea ai presupposti previsti dall'art. 314, co. 1, c.p.p. La Cassazione, infatti, si è pronunciata nel senso che la colpa grave ostativa al diritto *ex* art. 314 c.p.p. può essere ravvisata anche in soggetto affetto da infermità di mente (Sez. 4, n. 15221 del 13/12/2017, Rv. 272473; Sez. 4, n. 45324 del 12/11/2009, Giusti, Rv. 245467), dato che il giudice non ha il compito di stabilire se una determinata condotta costituisca reato, ma se essa si sia posta come fattore condizionante nell'applicazione della restrizione cautelare (Sez. 4, n. 18847 del 21/02/2012, Rv. 253595). Si è ritenuto, in particolare, infondato il rilievo di una pretesa incompatibilità tra condotta colposa ed infermità mentale, atteso che il rispetto delle regole cautelari è richiesto anche all'infermo totale di mente, poiché la dichiarazione di non imputabilità postula preliminarmente che la fattispecie tipica del reato sia integrata anche sotto il profilo soggettivo, prima di poter ritenere l'agente non imputabile. Affermata la compatibilità tra il vizio totale di mente, e dunque l'assoluzione per non imputabilità del soggetto agente, e la configurabilità di una condotta colposa ostativa al riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, ci si è soffermati sulla legittimazione dell'infermo di mente, assolto per tale condizione psichica, a formulare l'istanza di riparazione. Sul punto, si è statuito che il diritto alla riparazione sorge solo in presenza di una delle formule di proscioglimento previste dall'art. 314 c.p.p., co. 1, e che detto principio di tassatività opera anche nel caso previsto dal comma 3, articolo citato, che ha esteso il diritto alla riparazione alle sentenze di non luogo a procedere. Stante il principio della tassatività delle formule di proscioglimento che consentono l'accesso all'istituto della riparazione per ingiusta detenzione, nel caso in cui non si deduca una ingiustizia c.d. formale, disciplinata dall'art. 314 c.p.p., co. 2, si è sancito che l'imputato assolto per infermità mentale dal reato contestato, il quale abbia subito in relazione ad esso un periodo di privazione cautelare della libertà personale, non ha diritto ad avanzare alcuna richiesta di indennizzo, perché non previsto dalla legge[8].

Ciò precisato, la Corte di Appello si è comunque premurata di invocare il principio formulato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 219/2008 dianzi menzionata, secondo il quale la *ratio* della riparazione per ingiusta detenzione è individuabile anche in quelle ipotesi in cui, pur in assenza di un proscioglimento nel merito, un atto erroneo o tardivo dell'autorità giudiziaria ha indebitamente determinato la detenzione o il suo indebito prolungarsi, come nel caso di ordine di esecuzione illegittimamente datato o tardivamente revocato. È apparso allora dirimente stabilire se l'istanza in esame rientrasse nelle ipotesi analoghe a quelle richiamate dalla Consulta. A tale quesito si è data risposta negativa. Ad avviso del Decidente, la statuizione della Corte Costituzionale si estenderebbe a tutte quelle ipotesi in cui la detenzione, cautelare o esecutiva, sia stata disposta in conseguenza di un errore ascrivibile all'autorità giudiziaria e non riconducibile a condotte ostative del detenuto (ad esempio, è riparabile la custodia cautelare disposta in assenza di gravi indizi di colpevolezza, oppure applicata in ordine a delitti per i quali sia stata poi pronunciata sentenza di proscioglimento, ovvero inflitta dall'organo dell'esecuzione in assenza del titolo o per un periodo superiore al dovuto). Nel caso di specie, al contrario, la ritardata esecuzione del trasferimento dell'istante dal carcere alla REMS non è dovuta ad un provvedimento illegittimo o erroneo dell'A.G. (tenuto anche conto della tempestività della traduzione disposta dal Giudice nella sentenza di assoluzione poi irrevocabile), bensì è esclusivamente conseguenza della temporanea indisponibilità dei posti presso la REMS.

Pur riconoscendo che l'insufficiente organizzazione dei servizi pubblici non possa riverberarsi negativamente sulla libertà personale, a giudizio della Corte di Appello, le indebite detenzioni derivanti da deficit organizzativi e strutturali non legittimano la proposizione di istanze per ingiusta detenzione *ex* art. 314 c.p.p., perché non sono riconducibili a provvedimenti

[8] Cfr. Cassazione penale sez. IV, 18/12/2018, (ud. 18/12/2018, dep. 01/02/2019), n.5076, rv. 275572.

illegittimi o erronei dell'A.G.

Nel dichiarare inammissibile l'istanza *ex* art. 314 c.p.p., il Giudice non nega la sussistenza in astratto del diritto in capo all'istante di ottenere un ristoro per la detenzione patita a causa dell'insufficiente organizzazione amministrativa statuale, ma afferma che, a fronte di tali presupposti, la legge contempla altre procedure per censurare l'ingiusta limitazione della libertà personale. Ipotesi di detenzione illegittima per motivazioni diverse da quelle contemplate dall'art. 314 c.p.p. consentono di richiedere altro tipo di ristoro, indennitario o risarcitorio, come nel caso della riparazione per inumana detenzione di cui all'art. 35-*ter* della L. n. 354/1975.

La pronuncia della Corte di Appello partenopea si iscrive in quell'orientamento che, muovendo da un'esegesi restrittiva del dettato normativo, tende a favorire un'incontrollabile dilatazione delle ipotesi ostative alla riparazione, offuscando la fisionomia costituzionale di tale rimedio. Tale lettura, ancorché indirettamente avallata dalla Consulta, desta perplessità in tema di compatibilità con i diritti garantiti dalla CEDU: l'art. 5 § 5 CEDU, infatti, prevede il "*right to compensation*" ogniqualvolta sussista il dato oggettivo della detenzione illegale, prescindendo dal comportamento tenuto dall'istante. D'altra parte, non è meno preoccupante l'atteggiamento inerte del Legislatore davanti alle ben note e drammatiche carenze delle strutture, del personale, del sistema sanitario e carcerario nel suo complesso. Di fronte a tali criticità, non è forse appropriato muovere rimproveri alla magistratura per gli atteggiamenti securitari e difensivi osservati nel supplire (senza peraltro esservi tenuta) alle inadeguate e forzate riforme degli ultimi anni. Gli investimenti infrastrutturali insufficienti, l'incapacità di gestire razionalmente quanto appare allarmante socialmente, le soluzioni schizofreniche in tema di prevenzione spingono il Giudice ad assumersi, coraggiosamente, la responsabilità istituzionale delle condizioni di mancanza di un titolo legittimante la protrazione della detenzione in carcere per chi dovrebbe, invece, trovarsi in misura di sicurezza detentiva in altro luogo, in un'ottica di salvaguardia della vittima e della collettività, altrimenti esposte a pericoli certi per la loro incolumità.

Daniele Vitale
Dottore in Giurisprudenza

Diritto amministrativo

L'operatività nei giudizi amministrativi del principio del legittimo affidamento processuale.

abstract

In light of the principle of legitimate expectations, if in the first-level administrative trial there was an objective situation of uncertainty over the rite actually applied by the Judge, the appellant may be relieved from the time limitations in the hypothesis of second level judgment in the forms and terms of the rite apparently followed in the first level.

keywords

Principle of legal appearance – principle of legitimate procedural expectations – administrative trial – relief from the time limitations – party's legitimate expectation.

abstract

Alla luce del principio di legittimo affidamento, qualora nel giudizio amministrativo di primo grado vi sia stata una oggettiva situazione di incertezza sul rito effettivamente applicato dal Giudice, la parte appellante può essere rimessa nei termini nell'ipotesi in cui abbia incardinato il giudizio di secondo grado secondo le forme ed i termini del rito apparentemente seguito in primo grado.

parole chiave

Principio dell'apparenza del diritto – principio del legittimo affidamento processuale – processo amministrativo – remissione in termini – legittimo affidamento del ricorrente.

Il presente *focus* è dedicato all'operatività, nel processo amministrativo, del principio del legittimo affidamento, declinato nella dimensione processuale.

La questione affrontata trae origine dalla recente sentenza del Consiglio di Stato n. 4046 del 2019, emanata dalla IV sezione in riforma della sentenza n. 4881/2018 del Tar della Campania, sede di Napoli; in particolare, per quanto d'interesse, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto ammissibile il gravame proposto dalla P.A., parte soccombente nel giudizio di primo grado, fornendo una implicita applicazione del principio del legittimo affidamento, in senso *processuale* – strettamente connesso con il principio della rilevanza della apparenza giuridica – nonostante l'incardinazione del giudizio d'appello sia avvenuta secondo termini erronei rispetto a quelli previsti dal rito amministrativo regolante quella specifica materia controversa, trattandosi nella specie del rito appalti ex art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, del d.lgs. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo, c.p.a.).

In particolare, all'appellante Amministrazione è stata concessa la rimessione in termini essendo stato ritenuto scusabile l'errore riguardo ai termini perentori per la proposizione del gravame, reputato dunque ammissibile poiché nel processo di primo grado v'era stata un'obiettiva situazione di incertezza sul rito effettivamente applicato dal Tar-Napoli. Tale circostanza, come meglio si vedrà *infra*, ha reso operativo, in sede giurisdizionale, il principio del legittimo affidamento, sulla scorta di una mera *apparentia juris* di un elemento processuale.

Onde comprendere l'effettiva portata della sentenza è necessario porre l'attenzione sui suindicati principi, tra loro collegati.

L'*apparentia juris* rappresenta un concetto generale dell'ordinamento giuridico, rinvenibile nelle ipotesi in cui, in presenza di circostanze univoche ed oggettive, una data realtà fattuale inesistente appaia invece esistente secondo la percezione di un soggetto, inducendolo così in errore. L'apparente sussistenza della relativa situazione giuridica, diversa da quella reale, è tale da suscitare nel soggetto un *affidamento* che la situazione apparente corrisponda a quella reale.

L'affidamento generato dalla mera apparenza, in talune ipotesi, è considerato rilevante dall'ordinamento e dunque anche oggetto di una tutela sostanziale[1].

Dal punto di vista dottrinale l'apparenza giuridica è distinta in *oggettiva* e *colposa*:

- nel primo caso, l'apparenza del diritto è evincibile in presenza di circostanze univoche non imputabili al comportamento di un soggetto che possa indurre un terzo in errore sulla sussistenza di una realtà fattuale o giuridica[2];

[1] Sul punto si rinvia al classico dottrina A. Falzea, *Apparenza* (1958), in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano 1997.

[2] Ipotesi di tutela legale tipica dell'affidamento legittimo, sulla scorta dell'apparentia juris, sono costituite, ad esempio, dalla tu-

- nel secondo caso, lo stato di apparenza è indotto dalla condotta di un soggetto il quale ha causato tale stato subendone gli effetti, anche a lui sfavorevoli, conseguenti alla condotta tenuta. La tutela del legittimo affidamento del soggetto che erroneamente abbia ritenuto esistente una data realtà è stata costruita dalla giurisprudenza di legittimità ed è operante in una pluralità di situazioni atipiche, valutabili nel concreto, sulla scorta della buona fede del soggetto[3].

La *ratio* del principio della valenza dell'*apparentia juris* è dunque rinvenibile, in stretta correlazione con il legittimo affidamento, nella necessità di tutelare il soggetto che, sulla scorta di una erronea percezione della realtà fattuale, abbia fatto affidamento su una mera apparenza: sembrerebbe difatti irragionevole ed iniquo, anche alla luce del principio di solidarietà previsto dalla Carta Costituzionale all'art. 2, che un soggetto terzo possa essere pregiudicato dagli effetti sfavorevoli derivanti da una determinata situazione la quale non è imputabile allo stesso.

Il principio del legittimo affidamento rappresenta invece l'aspetto dinamico dell'*apparentia juris*, operante nelle ipotesi in cui il legislatore (per quanto concerne le ipotesi tipiche di apparenza giuridica) od il giudice (nelle ipotesi cosiddette atipiche), conceda al soggetto terzo una tutela per l'affidamento indotto dall'apparenza.

Il principio del legittimo affidamento informa l'intero ordinamento, trovando diverse applicazioni in ogni settore del diritto[4]: in particolare, com'è noto, tale principio ha trovato, sulla scorta della giurisprudenza euro-unitaria, una rilevante applicazione nel diritto amministrativo, costituendo un limite al potere discrezionale di cui è dotata la Pubblica Amministrazione[5].

Nello specifico, sulla scorta del principio di legittimo affidamento, può essere imposta alla P.A., in sede di esercizio del potere di autotutela, la salvaguardia di quelle situazioni soggettive consolidatesi o per effetto di atti o attraverso comportamenti amministrativi idonei ad ingenerare un ragionevole affidamento nel soggetto privato indotto a ritenere stabile e fondata una data situazione fattuale e giuridica a sé vantaggiosa. La rimozione di tale vantaggio privato, conseguito in buona fede, comporta per l'Amministrazione un limite all'esercizio del potere, essendo permessa la revoca del provvedimento amministrativo favorevole al privato solo nel caso di sussistenza di taluni elementi, più volte individuati e precisati dalla giurisprudenza di legittimità[6].

Delineati sinteticamente i principi della *apparentia juris* e del legittimo affidamento in senso sostanziale, al fine di comprendere l'operatività di tali principi nella sfera processuale, così come esposto nella sentenza n. 4046 del 2019, pare necessario inquadrare le coordinate fattuali sottese a tale sentenza.

Un soggetto privato, concorrente in una procedura di gara indetta per la conclusione di un accordo quadro ex art. 54 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, veniva escluso dalla Stazione appaltante per la carenza della documentazione amministrativa, presentata nel D.G.U.E.; avverso il provvedimento di esclusione era proposto ricorso al Tar-Napoli, incardinando il giudizio di primo grado secondo quanto disposto dall'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., regolante il cosiddetto *rito appalti iper-compresso*[7].

Com'è noto, tale articolo nel testo novellato dal D.lgs. n. 50/2016, prima della recente abrogazione disposta dal D.L. del 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55[8]

tela ex art. 534 c.c., commi 2 e 3, prevista in favore del soggetto terzo che, in buona fede, abbia a titolo oneroso acquistato diritti dall'erede apparente ovvero dalla tutela apprestata al terzo ex art. 1189 c.c. ai sensi del quale è liberato il debitore che abbia pagato nelle mani del creditore apparente.

[3] *Ex multis*, si pensi al caso della rappresentanza apparente ove colui che agisce e pone in essere atti come se fosse il vero *procurator* del soggetto rappresentato, il quale risponderà del suo operato, posto che gli effetti giuridici, derivanti dalla sua condotta, ricadranno sul medesimo. Sul punto, vedasi Cass. civ., sez. III, sentenza n. 11737 del 15.5.2018.

[4] Si pensi ad esempio, all'operatività del principio del legittimo affidamento nel diritto costituzionale nel quale il principio trova una vasta applicazione da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, costituendo il limite all'impiego di leggi retroattive e di interpretazione autentica, ciò a garanzia di posizioni soggettive ormai consolidate in capo ai cittadini. Sul punto, *ex plurimis*, C. Cost., sent. n. 179 del 2019.

[5] Sul punto si richiama la storica sentenza del Corte di Giustizia, 3 maggio 1978, C-12/77 la quale ha fornito i criteri ermeneutici del principio del legittimo affidamento secondo le direttive del diritto euro-unitario. Sul punto si riscontra una abbondante dottrina in tema tra cui, ex multis si richiama, F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" alla "alternanza"*, Giuffré, Milano 2001.

[6] Tali elementi, secondo la costante giurisprudenza amministrativa, sono costituiti dalla sussistenza effettiva del provvedimento vantaggioso per il destinatario, dalla buona fede di quest'ultimo nonché, in ultimo, dell'elemento temporale, necessario al fine di ritenere consolidata apparentemente la situazione di vantaggio nella sfera del privato, realizzando in tal modo il convincimento del soggetto circa la apparente spettanza del bene stesso. Sul punto F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, XI edizione, DIKE Giuridica Editrice, Roma 2017, pp. 756 e ss.

[7] In cui è disposto che "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì, inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività".

[8] Alla luce di tale abrogazione il rito speciale resta applicabile solo per le controversie instaurate prima dell'entrata in vigore di tale

disponeva che il provvedimento determinante le esclusioni dalla procedura di affidamento e/o le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali andasse impugnato nel termine di trenta giorni dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante. Ove fosse stata omessa l'impugnazione, era preclusa al ricorrente la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale[9].

Il rito *iper-compresso* si caratterizzava per molteplici particolarità, volte a garantire la celerità del giudizio amministrativo. Tali peculiarità erano previste dal comma 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a. che derogava all'*ordinaria* disciplina del cosiddetto rito appalti *ex* artt. 119 e 120 c.p.a.[10].

Nel corso del giudizio di primo grado innanzi al Tar-Napoli, il Collegio Giudicante, nonostante l'incardinazione del ricorso secondo il rito *iper-compresso*, non ne dava una applicazione pedissequa, circostanza questa esposta nella sentenza del Consiglio di Stato n. 4046/2019. Nello specifico, infatti, taluni elementi del processo di primo grado rendevano particolarmente incerta la corretta qualificazione del rito effettivamente seguito dal Tar-Napoli ovvero:

- la definizione del giudizio nell'udienza pubblica tenuta oltre i termini di cui al comma 6-*bis*;
- la fissazione dell'udienza pubblica in assenza della richiesta delle parti in tal senso;
- la produzione di memorie da parte delle parti fuori dai termini previsti dal rito *iper-compresso*;
- il rinvio della camera di consiglio in assenza di esigenze istruttorie o richiesta di termini per motivi aggiunti.

Al termine di tale giudizio, il Tar-Napoli, con la sentenza n. 4881/2018, accoglieva il ricorso del ricorrente sicché la P.A. impugnava lo sfavorevole provvedimento innanzi al Consiglio di Stato: il gravame era proposto non secondo il termine breve di 30 giorni dal deposito della sentenza – previsto dall'art. 120, comma 6-*bis* – bensì alla luce del termine *lungo*, ovvero di 3 mesi dal deposito del provvedimento, secondo quanto previsto dagli artt. 119 e 120 c.p.a.

Essendo stata eccepita dalla parte vincitrice in primo grado la tardività dell'appello, l'Amministrazione, ritenendo che il rito effettivamente seguito nel primo grado non fosse stato quello *iper-compresso*, ma l'ordinario rito appalti, chiedeva la rimessione in termini per scusabilità dell'errore nella individuazione dei termini perentori, secondo i principi dell'apparenza giuridica e del legittimo affidamento. A tale istanza si opponeva il resistente il quale riteneva che tali principi erano da ritenersi non operanti nei giudizi amministrativi poiché i riti di cui al codice del processo amministrativo non risulterebbero nella disponibilità delle parti o del Giudice[11], essendo al contrario preponderanti le ragioni di interesse pubblico sottese al singolo rito, a differenza di quanto disposto nel processo civile[12].

Sul punto, nella sentenza n. 4046, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che "nel caso di specie ricorressero i presupposti per la concessione d'ufficio del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile ai sensi dell'art. 37 c.p.a.[13]" osservando che né nel processo di primo grado innanzi al Tar-Napoli, né nel giudizio di secondo grado, fosse stato applicato "quanto alle modalità di definizione, alle regole procedurali e ai termini per la costituzione delle parti e per il deposito delle memorie, il rito super-accelerato ai sensi dell'art. 120, commi 2-*bis* e comma 6-*bis*, c.p.a.".

Le motivazioni sottese alla concessione in favore dell'appellante Amministrazione del beneficio della rimessione in termini rappresentano, a parere di chi scrive, una chiara applicazione del principio del legittimo affidamento in correlazione con quello della valenza dell'apparenza giuridica, operanti in una dimensione propriamente *processuale* del diritto: difatti, il punto di diritto della sentenza in cui è ritenuta la scusabilità dell'errore con conseguente concessione della remissione in termini, dimostra la *vis* di tali principi, capaci di derogare anche all'oggettiva e *perentoria*

decreto.

[9] Sui presunti profili di incostituzionalità del rito, stante l'apparente compressione delle posizioni giuridiche del soggetto ricorrente, si rinvia a F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 1210 e ss.

[10] Tra le peculiarità del rito appalti iper-compresso si rivenivano:

- la riduzione dei termini minimi per la comunicazione alle parti della data dell'udienza e quelli per la produzione di documenti, memorie, e repliche (rispettivamente indicati in 15, 10, 6 e 3 giorni liberi anteriori alla stessa data);
- il divieto di rinvio della trattazione se non per esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio e per produrre motivi aggiunti e ricorso incidentale;
- l'esclusione, ai fini della proposizione dell'eventuale appello, della operatività del termine lungo di tre mesi decorrente, in caso di mancata notifica della sentenza, dalla sua pubblicazione, ridotto, in ogni caso, a 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento o, se anteriore, dalla notificazione della sentenza.

[11] Tale posizione era stata esposta anche dal Consiglio di Stato che, nella Adunanza Plenaria del 9 agosto 2012, n. 32, aveva dichiarato che "la parte non può prendere a riferimento, anche ai fini del computo dei termini previsti per le attività processuali (tra i quali quelli per la proposizione delle impugnazioni avverso la sentenza di prime cure), il rito non prescritto dalla legge, seppur erroneamente adottato dal giudice di primo grado"; ciò in quanto "I termini, in generale, e quelli dei riti speciali abbreviati sono, infatti, stabiliti dal legislatore per ragioni di interesse generale e hanno applicazione oggettiva".

[12] Sulla disponibilità da parte dei soggetti processuali nei diversi riti civili si rinvia a F. Lazzaro, R. Mucci, *La semplificazione dei riti e le recenti riforme del codice*, Giuffrè, Milano 2012 pp. 46 e ss.

[13] Ove si prevede che "il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi".

applicazione del rito amministrativo[14], purché sussistano gli elementi giuridici dell'apparenza giuridica e dell'affidamento incolpevole del soggetto.

Con riferimento al primo requisito, è chiaro che, nel caso controverso, l'apparenza di una situazione fattuale inesistente e la falsa percezione della realtà giuridica siano state indotte dalla gestione del processo di primo grado, generando quella situazione di incertezza oggettiva. Con riferimento al secondo elemento, è rilevabile che l'*apparentia juris* abbia indotto la parte appellante a ritenere ragionevolmente – ed in buona fede, non essendo a questa imputabile l'errore – esistente una condizione processuale a sé favorevole (l'operatività del termine lungo per la proposizione del gravame).

Sembrerebbe dunque che anche nel giudizio amministrativo, in caso di sussistenza di tale elementi, possa trovare applicazione il principio del *legittimo affidamento processuale*, precipitato logico dei citati principi di apparenza giuridica e legittimo affidamento sostanziale, principio che la giurisprudenza di legittimità, con riferimento al processo civile, ha già ritenuto applicabile[15]. In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto scusabile l'errore sui termini processuali qualora nel giudizio civile, a causa dall'erronea emanazione da parte del Giudice dei provvedimenti, si manifesti una situazione di incertezza.

Qualora il Giudice adoperi lo strumento della sentenza in luogo dell'ordinanza, la parte appellante, per *acclarate esigenze di certezza dei rimedi impugnatori*, è legittimata a proporre l'impugnazione avverso il provvedimento erroneo, guardandone la forma, *rectius* la mera apparenza, e non la sostanza ed il contenuto. Ove vi fosse un *error in procedendo* da parte del Giudice, l'apparenza di una situazione giuridica costituisce elemento rilevante per estendere, anche in deroga agli ordinari principi processuali[16], lo spazio per l'esercizio dei diritti di azione e difesa.

L'estensione del diritto di azione oltre i limiti del diritto processuale è dunque il corollario del legittimo affidamento processuale, la cui tutela prevale anche sulle esigenze sottese al giudizio: la portata della tutela di tale affidamento è difatti prevalente anche sull'interesse pubblico sotteso al giudizio, elemento che, come visto sopra, è preponderante nel processo amministrativo, in particolar modo nei giudizi in materia di appalti pubblici.

In sintesi, può ritenersi, alla luce della citata sentenza del Consiglio di Stato n. 4046/2019, che il legittimo affidamento, fondato sulla *apparentia juris*, rappresenti un principio processuale prevalente rispetto agli ordinari principi regolanti tutti i giudizi amministrativi, la cui operatività è in ogni caso condizionata dall'effettiva sussistenza dell'apparenza nonché dell'affidamento incolpevole. Solo in presenza di tali circostanze è infatti ragionevole, alla luce dei principi costituzionali di solidarietà ed inviolabilità del diritto di azione, concedere il beneficio della rimessione in termini.

[14] In tal senso, Cons. di Stato, IV sez., sentenza n. 3142 del 5.5.2018.

[15] Vedasi, Cass. Civ., sez. VI, sentenza n. 12142 del 1 giugno 2015.

[16] In particolare del principio di celerità ed economicità del processo.

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

ABOLIZIONE DELLA PROTEZIONE UMANITARIA E RETROATTIVITÀ DELLA RIFORMA 958
di Elvira Buzzelli

IL NUOVO REATO DI *REVENGE PORN* (ART. 612-*TER* C.P.) 964
di Emanuele Florio

IL "NUOVO" ART. 583-*QUINQUIES* C.P.: "DEFORMAZIONE DELL'ASPETTO DELLA PERSONA MEDIANTE LESIONI PERMANENTI AL VISO" 968
di Maria Cristina Misaggi

Elvira Buzzelli
Consigliere della Corte d'Appello L'Aquila

Abolizione della protezione umanitaria e retroattività della riforma

abstract

Starting from the identification of the common objectives that have led the legislator to create extraordinary permits that can be granted in favour of immigrants illegally present on the national territory and to limit the possibility of approaching ships that have rescued undocumented people at sea, is being discussed the intervention of the United Sections of the Supreme Court about the conventional international law's impact on the domestic law, that obliges to protect the fundamental human rights, which exist before any state regulation.

keywords

Security – Human Rights – Public order.

abstract

Individuati i comuni obbiettivi che hanno indotto il legislatore a tipizzare i permessi concedibili in favore degli immigrati illegalmente presenti sul territorio nazionale e a limitare le possibilità di avvicinamento delle navi che abbiano effettuato il soccorso in mare di persone prive di documenti, si discute dell'intervento delle Sezioni Unite in merito all'incidenza sulla normativa interna del diritto internazionale convenzionale che obbliga a tutelare i diritti umani fondamentali, i quali preesistono alla regolamentazione statuale.

parole chiave

Sicurezza – Diritti umani – Ordine pubblico.

sommario

Premessa. – **1.** Dalla abrogazione della protezione "umanitaria" alla tipizzazione dei permessi – Irretroattività della nuova disciplina. – **2.** Cenni sui nuovi poteri attribuiti al Ministero dell'Interno in materia di limitazione o divieto di ingresso, transito o sosta di navi nel mare territoriale e relative sanzioni. – **3.** Conclusioni.

Premessa

Grande interesse, polemiche e incertezze interpretative hanno accompagnato l'entrata in vigore e la prima applicazione dei due sistemi di norme meglio note come Decreto Sicurezza (*d.l. n. 113/2018, convertito nella l. 1 dicembre 2018, n. 132*) e Decreto Sicurezza Bis (*d.l. n. 53 del 2019, pubblicato nella Gazz. Uff. 14 giugno 2019, n. 138, convertito nella l. 8 agosto 2019, n. 77*). Le ragioni di tale interesse sono davvero molteplici; può essere sufficiente qui ricordare che, in maniera assolutamente condivisibile, si sia criticato anzitutto il metodo utilizzato dal legislatore di fare ricorso, nell'uno e nell'altro caso, alla decretazione d'urgenza per introdurre un pacchetto di norme molto eterogenee tra loro, non legate – per la maggior parte – da una logica ed una finalità comune evidenti.

Una trama, tuttavia, è certamente individuabile ed è quella che lega tra loro la materia dell'immigrazione clandestina e delle relative misure di contrasto, alle quali una cospicua parte di entrambi i sistemi di norme hanno dedicato notevole spazio. Entrambi i provvedimenti sono entrati così in contatto con delicatissimi problemi che, in termini generali, possiamo ascrivere al diritto internazionale e umanitario, che saranno qui oggetto di una breve analisi, meritando di certo ben più ampie riflessioni.

Il recentissimo intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. s.u. nn.i 29459, 29460, 29461 del 13 novembre 2019) ha in qualche modo modificato la programmazione del lavoro. L'autorevolezza dell'intervento ha indotto, quindi, a concentrare l'attenzione sull'analisi di quel sistema di norme costituito dal primo decreto, là dove questo ha abrogato l'istituto meglio noto come "protezione umanitaria", quella misura cioè che – prima dell'intervento normativo in commento – era applicabile a favore di chi, trovandosi illegalmente nello stato italiano, non si trovasse nelle condizioni soggettive per poter beneficiare delle misure di protezione maggiori (in sintesi, lo *status* di rifugiato o la protezione sussidiaria), ma versasse in condizioni personali che erano definite come «seri motivi di carattere umanitario oppure risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (art. 5, comma 6, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286).

Le pronunce in esame, intervenute a distanza di un solo anno dall'entrata in vigore di questo primo decreto sicurezza (d.l. n. 113/2018, entrato in vigore il 5 ottobre e convertito in legge il 1 dicembre successivo) hanno inciso su aspetti significativi della normativa, non solo per il contenuto in senso stretto delle decisioni, ma anche per il metodo di indagine, nella misura in cui, come vedremo, l'analisi del profilo inerente la eventuale retroattività della disciplina (ipo-

tizzata dalla sezione remittente; cfr. Cass, sez. I civile, ord., n.11749/2019, in contrapposizione a Cass. ord.. n.. 4890/2019) risulta sviluppato in strettissima connessione con l'analisi dei diritti sostanziali tutelati ed, anzi, partendo proprio da essi.

Il tema immigrazione si rintraccia, peraltro, come si diceva, anche nel provvedimento noto come decreto sicurezza *bis* (d.l. n. 53 del 2019), al quale in questa sede potrà essere dedicato non più di un cenno almeno in relazione alle problematiche di maggior rilievo (vds., infra, § 2). Intanto, deve essere sottolineato come in questo nuovo provvedimento il *focus* – in un crescendo ampliarsi dell'orizzonte di intervento – risulti esteso ad una fase antecedente rispetto all'ingresso dei migranti, essendo concentrato sulla protezione delle aree del mare territoriale maggiormente interessate dalle loro rotte.

1. Dalla abrogazione della protezione "umanitaria" alla tipizzazione dei permessi – Irretroattività della nuova disciplina

1.1 La protezione "umanitaria" nella disciplina previgente

Vediamo allora su quale contesto normativo abbia inciso il primo decreto. L'istituto, come noto, era disciplinato dall'art. 32 d. lgs 25/2008: si trattava di una misura posta dal diritto interno a beneficio di quei soggetti nei cui confronti lo Stato «…*non accolga la domanda di protezione internazionale ma ritenga sussistere gravi motivi umanitari; in tali casi, la Commissione trasmette gli atti al Questore per il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'art. 5, comma 6 d. lgs 286/1998*». Si era certo fuori dall'ambito tipico della applicazione della protezione internazionale, in un ambito per così dire residuale, lasciato alla regolamentazione del legislatore statuale che, in questo caso, aveva scelto di evitare il riferimento a presupposti tipizzati, limitandosi a qualificare la situazione dell'immigrato come qualificata dalla ricorrenza di «*seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello stato italiano*» (art. 5, comma 6, d.lgs. 286/98). È del tutto evidente come tale caratteristica avesse determinato e consentito l'applicazione dell'istituto ad un'ampia e varia casistica, che si adattava alla varietà dei contesti, sia in relazione alle situazioni umane che dei paesi di origine. In questo contesto e in questi limiti, peraltro, la situazione giuridica dello straniero che avesse invocato il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari era stata qualificata dalla giurisprudenza come avente natura di diritto soggettivo e annoverata tra i diritti umani fondamentali garantiti dall'art. 2 della Costituzione e dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (cass. sez. un. n. 10393/2009).

La giurisprudenza sottolineava, peraltro, la necessità di una indagine mirata e specifica, effettuata caso per caso, cosicché si sosteneva che la particolare protezione potesse essere riconosciuta solo sulla base di una specifica allegazione del richiedente e sulla base, quindi, di una puntuale individualizzazione del caso, per cui non avrebbe mai potuto essere motivata con riferimento a problemi di carattere generale relativi alla instabilità del paese di origine o di provenienza, rilevanti, invece, per il riconoscimento delle misure di protezione internazionale (Cass. n. 7492/2012). In altri termini, proprio perché si trattava di una misura atipica, la giurisprudenza era attenta a delinearne precisamente le caratteristiche affinché l'applicazione della norma non trascendesse le sue dichiarate finalità. Generalmente, la particolare vulnerabilità del soggetto veniva di conseguenza riscontrata a favore di colui che versava in condizioni psico-fisiche tali da non consentire l'allontanamento ovvero la cura nel paese di origine, minori, disabili, anziani, donne in stato di gravidanza, genitori singoli con figli minori, persone che avevano subito nel paese di origine torture, stupri, o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale (sempre previa verifica della attendibilità e credibilità del narrato). Era, poi, oggetto di specifica riflessione, anche se con conseguenze non sempre univoche, se l'inserimento dell'immigrato nel tessuto sociale e lavorativo italiano potesse o meno essere considerato un indice rilevante ai fini della valutazione della sussistenza dei presupposti di applicazione dell'istituto. Negativa rispetto alla valutazione del fatto era a tale riguardo la risposta prevalente, nella concreta applicazione da parte delle Commissioni Territoriali e nella giurisprudenza della Suprema corte: era stato, infatti, precisato (cfr. Cass. n. 25075/2017) che, di per sé sole, «*la buona conoscenza della lingua italiana, lo svolgimento di attività lavorativa in Italia e l'assenza di condanne penali, non siano da considerare da soli profili rilevanti per il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, non integrando gli stessi la sussistenza di "seri motivi di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*"». Sulla base di tali concetti, costantemente affermati dalla Suprema corte, pur con qualche distinguo in relazione a singoli casi concreti, può concludersi in ultima analisi evidenziando che – in primo luogo – quale regola generale di giudizio, la domanda andava valutata sulla base di una precisa analisi da condursi sulla base di specifiche allegazioni della parte e dei principi sopra richiamati, con una precisa individualizzazione del caso; in secondo luogo, che il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari andava sempre e necessariamente riconosciuto al cittadino straniero che comunque si trovasse nel territorio nazionale, quando ciò fosse necessario allo scopo di «… *impedire l'espulsione nei confronti di colui che dall'immediata esecuzione del provvedimento potrebbe subire un irreparabile pregiudizio, dovendo tale garanzia comprendere non solo le prestazioni di pronto soccorso e di medicina d'urgenza,*

ma anche tutte le altre prestazioni essenziali per la vita» (Cass. n. 13252/2016, che richiama a sua volta Cass. 1690/2005, 20561/2006, 1531/2008, 7615/2011, 14500/2013, quest'ultima resa a sezioni unite) o, anche, possiamo aggiungere, a favore di colui al quale, per ragioni soggettive – ad esempio, in presenza di cause di esclusione – non potesse essere riconosciuta la protezione internazionale, ma che avrebbe avuto i requisiti oggettivi per beneficiarne (ad esempio, il terrorista che tornando in patria rischiasse la morte o la tortura per ragioni di credo religioso o appartenenza politica, ecc.). Tutto questo appariva coerente rispetto al quadro generale degli obblighi di *non-refoulement* gravanti sugli Stati, in base alla Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 1951 e al suo Protocollo del 1967.

1.2. Le nuove norme e il recente intervento delle Sezioni Unite in materia di retroattività, con particolare riferimento al caso della "integrazione sociale" del richiedente

Come è stato sostenuto, «non è una novità che la l. n. 132/2018 abbia fatto confluire il tema della sicurezza e quello dei flussi migratori in un *pout pourri* normativo caratterizzato dall'idea dell'esclusione: da anni ormai il rapporto tra immigrazione e diritto penale si è imposto come elemento imprescindibile dell'agenda politica, che ha consolidato a vari livelli il binomio immigrazione – perdita di sicurezza»[1]. Nel nuovo sistema, il primo messaggio veicolato si trova, quindi, nella stessa impostazione del provvedimento, nella misura in cui la finalità di tutela della sicurezza è assicurata già dall'annuncio di un forte giro di vite nella materia della immigrazione clandestina.

Ad ogni modo, il metodo utilizzato si è basato sulla abolizione di un modello generale, qualificato – come si è visto nel precedente paragrafo – dalla finalità perseguita (tutela delle condizioni di particolare vulnerabilità integranti gravi ragioni di carattere umanitario) e sulla sua sostituzione con un modello che invece individua tipi specifici di permessi, collegati ad altrettanti casi specifici, con l'obbiettivo di potere così limitare la discrezionalità amministrativa e ridefinire l'ambito dell'accertamento giurisdizionale. Nel rinviare al contenuto della norma[2], quel che qui preme sottolineare è che la mancanza di un'espressa disciplina intertemporale abbia da subito determinato casi di applicazione integrale immediata, cui si è reagito ponendo in sede giurisdizionale il problema della retroattività, o meno, della disciplina. È chiaro, infatti, che, come si diceva in apertura, qui la materia venga a contatto immediato con diritti soggettivi costituzionalmente protetti; non per nulla, nella costante interpretazione che si è sopra richiamata della disciplina previgente, si è rimarcato sempre che "*il diritto d'asilo costituzionale è integralmente compiuto attraverso il nostro sistema pluralistico della protezione internazionale, anche perché non limitato alle protezioni maggiori ma esteso alle ragioni di carattere umanitario, aventi carattere residuale e non predeterminato, secondo il paradigma normativo aperto dell'art. 5, c.6, d .lgs. n. 286 del 1998*" (così, di recente, ancora Cass. 4890/2019; si veda peraltro la giurisprudenza citata *supra*, par. 2.1.).

Del resto, è anche significativa la circostanza che, quando il Presidente della Repubblica Mattarella, il 4 ottobre 2018, aveva firmato il decreto legge "immigrazione e sicurezza" n.113/2018, aveva accompagnato la firma con una lettera in cui avvertiva "*l'obbligo di sottolineare che, in materia*» … «*restano 'fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo*". Il Presidente della Repubblica ha ricordato, in particolare, «*quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia*».

Ebbene, con le tre sentenze in esame le sezioni unite della Corte di cassazione hanno in parte raccolto quelle preoccupazioni e, ragionando in termini sistematici, hanno in sostanza respinto la tesi – fatta propria dalle ordinanze di rimessione e sostenuta dall'Avvocatura dello Stato per il Ministero dell'Interno – che propugnava la natura retroattiva del decreto legge n.113 del 2018 di abolizione della protezione umanitaria. La Suprema corte ha dunque negato che le norme introdotte dal decreto legge 113/2018 siano applicabili anche alle cause in corso ed ha fondato il ragionamento proprio sull'analisi del diritto sostanziale dedotto in giudizio, sottolineando cioè che il diritto alla protezione, in quanto espressione del diritto di asilo tutelato dalla Costituzione (art. 10), sorge già al momento in cui lo straniero arriva in Italia in condizioni di vulnerabilità, intesa come rischio di lesione dei diritti umani fondamentali. In stretta continuità con l'indirizzo interpretativo vigente prima della riforma e di cui si è dato conto, quindi, la Suprema corte ha ribadito che la protezione umanitaria «attua il diritto d'asilo costituzionale», cioè «scaturisce direttamente dal precetto dell'art. 10 della Costituzione» ed ha aggiunto, anzi, una chiosa importante, affermando che «… anche per i nuovi istituti» essi devono «rispettare Costituzione e vincoli internazionali», che può soltanto definire i criteri di accertamento e le modalità di esercizio di quel diritto (tra i numerosi precedenti in materia, cfr. Cass. n.19393 del 2009, sez. un. n. 5059 del 2017; n. 30658 del 2018; n. 30105 del 2018; n. 32045 del 2018; n. 32177 del 2018).

Quando, pertanto, si afferma che il decreto non è applicabile retroattivamente, si intende quindi più precisamente affermare, alla luce del *dictum* delle Sezioni Unite, che la nuova disciplina non si applica alle

[1] Risicato, in *Dir. Pen. e Processo*, 2019, 1, 15.

[2] Art. 1, capo I, art. 1, del d.l. n. 113/2018, come modificato dalla legge di conversione.

domande già pendenti alla data del 5 ottobre 2018 e che il riconoscimento della protezione debba essere valutato, per tutte le domande pendenti a quella data, secondo quei criteri che comportavano, al momento della domanda, il rilascio di un permesso di soggiorno per protezione umanitaria ex art. 5.6 del Testo unico n. 286/98. Si determinerebbe, altrimenti, la violazione dei principi costituzionali di uguaglianza (art. 3) e di asilo (art. 10 comma 3, Cost.), in quanto diversi soggetti i quali versavano nella medesima situazione al momento in cui presentarono la domanda di asilo e al momento dell'ingresso in Italia potrebbero trovarsi a subire trattamenti diversi a seconda del momento storico in cui intervenga la decisione da parte della Commissione territoriale o del giudice, in caso di ricorso contro un eventuale diniego. Una volta riconosciuta l'esistenza del diritto sostanziale alla luce dei parametri fissati dalla norma in vigore al momento della domanda, sarà poi necessario, nel ragionamento della cassazione, che il permesso di soggiorno rilasciato dalle questure sia però quello nuovo «per casi speciali», più breve e non convertibile (articolo 9, comma 1). In buona sostanza, «la permanente rilevanza della protezione umanitaria o dei seri motivi risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano discende dalla irretroattività della novella, che l'ha espunta dall'ordinamento; ma il concreto atteggiarsi del permesso che pur sempre risponde a quella protezione, è dettato dall'interpretazione conforme a Costituzione, che valorizza la volontà del legislatore». Per la Corte, «in tema di successione delle leggi nel tempo in materia di protezione umanitaria, il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta ad ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile».

Una volta chiarita la portata della irretroattività della disciplina, la Suprema Corte ha aggiunto poi un'altra notazione, sulla quale è assolutamente necessario soffermarsi, in quanto forse la più importante a parere di chi scrive, nella misura in cui è potenzialmente foriera dei più rilevanti sviluppi in sede di concreta applicazione. Si tratta del passaggio in cui la corte sottolinea come «*l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporti che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorra operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese di accoglienza*», per cui occorre attribuire «*rilievo centrale alla valutazione comparativa tra il grado di integrazione effettiva nel nostro Paese e la situazione soggettiva e oggettiva del richiedente nel paese di origine, al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità dell'esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile e costitutivo della dignità personale*». Si tratta di una puntualizzazione che incoraggia, a ben vedere, l'interprete a valorizzare aspetti che hanno poco in comune con le problematiche affrontabili con gli strumenti a disposizione, costituiti dai vari permessi speciali di durata annuale che non sono rinnovabili, né convertibili in permessi di altra natura, come quelli fondati su ragioni di famiglia o di lavoro. Il richiamo della Suprema Corte, quindi, in un contesto di questo genere, appare tanto più importante, nella misura in cui – a dispetto della inidoneità degli strumenti offerti dalle nuove norme – si mantiene naturalmente in linea con quanto la Corte di Strasburgo ha sempre ribadito e cioè che gli Stati, ferma la loro discrezionalità in ordine alla scelta del tipo di soggiorno, debbano comunque garantire allo straniero che non possa essere espulso *l'esercizio effettivo del proprio diritto al rispetto della vita privata e familiare* (cfr. Cedu, 17.1.2006, ric. 51431/99, par. 66)[3].

In questo contesto, è chiaro che la precedente fattispecie di protezione umanitaria costituisse norma di diritto interno più duttile, tale che, con i correttivi e le puntualizzazioni sopra esplicitate (par. 2.1) consentiva di dare sostanza, con indagine da compiere caso per caso, a tematiche di questa natura e alla tutela dei diritti soggettivi caso per caso meritevoli. In quale modo una tale esigenza – la cui persistenza è ribadita, però, come si è visto, dalle Sezioni Unite, in coerenza con gli orientamenti della CEDU – potrà oggi essere garantita dal nostro ordinamento è indubbiamente un discorso tutto da scrivere, sul quale si sta già misurando la giurisprudenza di merito e, come si comprende da queste prime pronunce, anche quella di legittimità. L'indicazione della Suprema Corte, in particolare, costituisce a mio parere una chiave di lettura che sollecita l'interprete ad introdurre i correttivi necessari e per offrire, in altre parole, una lettura costituzionalmente orientata della nuova norma, laddove possibile. Laddove invece ciò non dovesse risultare possibile, in ragione della inidoneità dello strumento normativo approntato dalla riforma (e ciò accadrà soprattutto nei casi in cui venga in discussione il diritto del richiedente all'integrazione familiare e sociale) allora la vigenza della norma desumibile dall'indirizzo interpretativo della CEDU, raccolto dalla Suprema Corte, porterà verosimilmente ad ordinanze di remissione alla Corte Costituzionale. Le soluzioni prospettabili passano, anzitutto, per la possibilità di ricorrere alla protezione speciale, introdotta dallo stesso decreto sicurezza a tutela di soggetti esposti nel paese di origine al pericolo di persecuzione anche per le «condizioni personali o sociali» (art. 19, commi 1° e 1.1° D.

[3] Personalità – (Diritti della) – «*La Corte Eur. Dir. Uomo tra tutela della vita privata e ordine pubblico in materia di espulsione*», di Federica Mazzeo, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 4, 663 nota a sentenza CEDU, n. 57433 del 14/2/2019.

Legislativo 25 luglio 1998, n. 286)[4] fino al recupero dell'asilo costituzionale sancito dall'art. 10, comma 3°, Cost., in coerenza con la normativa euro-unitaria, in virtù dell'art. 117 della stessa Costituzione.

Per completezza, va rammentato come sia stata messa in luce da alcuni autori[5] (*NOTA*[6] anche la possibilità di ricorrere ad un'applicazione «lungimirante e comprensiva» della protezione sussidiaria di cui all'art. 14, comma 1°, lett. b), del d. lgs. n. 251/2007 relativa ai casi di «tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine», utilizzando l'approccio tracciato anche in questo caso dalla CEDU. Infatti, «già da tempo, tra i giudici di Strasburgo, c'è stato chi ha sostenuto che l'espulsione di un immigrato integrato costituisse, non solo un'ingerenza nella sua sfera privata e familiare, ma in sé un vero e proprio trattamento inumano e degradante (opinione dissenziente del giudice Meyer in Corte eur. dir. uomo, 26.3.1992, ric. 1203/86)»… con la precisazione che «non sorprende, tuttavia, che tale interpretazione non abbia avuto fortuna nella successiva giurisprudenza convenzionale, derivando da tale opinione, se accolta, un divieto assoluto per gli Stati di espellere gli stranieri integrati, ancorché autori di reati (art. 15 Conv. eur. dir. uomo)[7]».

2. Cenni sui nuovi poteri attribuiti al Ministero dell'Interno in materia di limitazione o divieto di ingresso, transito o sosta di navi nel mare territoriale e relative sanzioni

L'interesse del legislatore, con l'entrata in vigore del d.l. n. 53/2019, risulta esteso – come si diceva in premessa – alla protezione del mare territoriale, mediante un sistema di norme destinate in ipotesi a colpire le navi in transito, anche quando risultino cariche di vite umane, nonché a potenziare misure repressive sia a carico degli armatori che dei comandanti. Materia delicata anche questa, perché strettamente connessa con la materia dei «limiti che attualmente vigono in campo di «*domestic jurisdiction*» o competenza interna degli stati, a fronte della opposta tendenza del diritto internazionale ad ingerirsi, invece, nei rapporti interni alle singole comunità statali, senza distinzione tra cittadini, stranieri o apolidi. Se, infatti, per qual che attiene al diritto internazionale consuetudinario può ancora avere senso richiamare il concetto, appunto, di competenza interna, ciò non può più avvenire per gli ampi settori del diritto internazionale di natura convenzionale, che limita lo stato all'interno del suo stesso territorio»[8].

Le principali di queste Convenzioni sono proprio quelle che più da vicino interessano il nostro discorso, cioè quelle che perseguono valori di giustizia, come le norme sui diritti umani e sulla punizione dei crimini di guerra e contro l'umanità[9] e che – nel caso di specie – concorrono con un'altra normativa convenzionale speciale, che è rappresentata dalla Convenzione di Montego Bay del 1982, cui il decreto peraltro espressamente si richiama (utile per chi intenda approfondire anche la lettura del dossier, pubblicato sul sito del Senato, *http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01119792.pdf*).

Basterà qui rammentare che – salva ovviamente l'ipotesi che il trasporto di migranti possa integrare ipotesi di reato – in base all'art. 19 della Convenzione il passaggio di una nave è qualificato «*inoffensivo fintanto che non arreca pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero. Tale passaggio deve essere eseguito conformemente alla presente Convenzione e alle altre norme del diritto internazionale. 2. Il passaggio di una nave straniera è considerato pregiudizievole per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero se, nel mare territoriale, la nave è impegnata in una qualsiasi delle seguenti attività: … g) il carico o lo scarico di materiali, valuta o persone in violazione delle leggi e dei regolamenti doganali, fiscali, sanitari o di immigrazione vigenti nello Stato costiero; inquinamento intenzionale e grave, in violazione della presente Convenzione… l) ogni altra attività che non sia in rapporto diretto con il passaggio*». La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 dispone poi che lo Stato ponga in capo al comandante di ogni imbarcazione obblighi per cui questi è tenuto «nella misura in cui gli sia possibile» a prestare soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo e procedere «quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo» prestando soccorso «all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri». L'obbligo di «collaborazione ai fini del soccorso in mare» è previsto anche dalla Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 (SOLAS) e dalla Convenzione internazionale dì Amburgo sulla ricerca ed il soccorso marittimi del 1979 (SAR). In questo contesto, pur sommariamente descritto, è utile riflettere che ove si interpreti la norma del decreto come diretta a qualificare l'attività delle navi che salvano i naufraghi non come adempimento degli obblighi giuridici incombenti sul capitano, ma come mero «carico o scarico» di persone immigrate illegalmente, può arrivarsi a farne conseguire che, nei casi di inottemperanza del divieto di ingresso, transito o sosta nelle acque territoriali ita-

[4] Masaracchia, 25, sez. IV, *La protezione sociale sostituisce il permesso per motivi umanitari*, in *Guida al dir.*, 2018, 25.

[5] Benvenuti, *34, sez. IV, Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini, in Dir. immigraz. cittad., 2019, 34*

[6] Federica Mazzeo, *ibidem.*

[7] F. Mazzeo, *op. ult. cit.*; si vedano anche in argomento, Zagrebelsky, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, 2016, 245 ss.; Morozzo Della Rocca, *Immigrazione asilo e cittadinanza*, Maggioli, 2018, 113 ss.

[8] così, in B. Conforti, "*Diritto Internazionale*", p. 211 e segg., Napoli, 2017, X edizione.

[9] B. Conforti, *op. ult. cit.*, pag. 214 e segg.

liane, possano essere legittimamente irrogate sanzioni amministrative particolarmente elevate, di importo che va da un minimo di € 150 mila ad un massimo di 1 milione di euro. In realtà, occorre riflettere come sia la stessa norma a richiamare espressamente le convenzioni internazionali e in particolare quella sopra citata, di Montego Bay[10]. Di conseguenza, proprio per quella prevalenza del diritto convenzionale sul diritto interno in materia, dovrebbe essere possibile, sul piano interpretativo, ipotizzare che, nei casi in cui l'operazione di salvataggio si esaurisca con il semplice sbarco in condizioni di sicurezza degli individui, la valutazione di tutte le attività poste in essere tra il momento in cui si sia venuti a conoscenza di un evento SAR e la sua conclusione tipica (salvataggio e sbarco, appunto) dovrebbero comunque essere considerate coerenti e conformi alla disciplina pattizia citata e vincolante, e, in buona sostanza, come azioni compiute in adempimento di un dovere giuridico che le convenzioni SAR e SOLAS impongono sia agli Stati nazionali sia ai comandanti delle navi. Si tratta chiaramente di un argomento aperto, che meriterebbe separata trattazione.

Ad ogni modo – senza poter scendere all'esame della eventuale natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative comminate dal decreto (sulla base dei noti criteri Engel)[11] – ciò che appare confliggente con l'intero sistema pattizio in tema di diritti umani fondamentali è proprio la criminalizzazione dell'azione di soccorso, che invece dovrebbe descriversi come doverosa in adempimento delle convenzioni internazionali in base alle quali «il diritto alla vita e il principio di non respingimento dovrebbero sempre prevalere sulla legislazione nazionale o su altre misure presumibilmente adottate in nome della sicurezza nazionale»[12].

3. Conclusioni

Deve concludersi sottolineando l'importanza delle recentissime pronunce della Suprema Corte, nella misura in cui confermano, ancora una volta, come la verifica di legittimità del diniego di protezione debba sempre passare per una lucida valutazione della portata del provvedimento rispetto al diritto sostanziale dedotto in giudizio dal richiedente e nella misura in cui sollecitano a tener conto che, nel mutato panorama normativo interno, il diritto alla protezione umanitaria resti «diretta attuazione del dettato costituzionale (art. 10 comma 3), per cui se è certo che vanno riconosciuti al legislatore ampi poteri per le modalità di riconoscimento, essi non possono estendersi alla "concessione" di tale diritto»[13].

[10] «art. 1-*ter*. Il Ministro dell'interno, Autorità nazionale di pubblica sicurezza ai sensi dell'articolo 1 della legge 1° aprile 1981, n. 121, nell'esercizio delle funzioni di coordinamento di cui al comma 1-bis e nel rispetto degli obblighi internazionali dell'Italia, può limitare o vietare l'ingresso, il transito o la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale, per motivi di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando si concretizzano le condizioni di cui all'articolo 19, paragrafo 2, lettera g), limitatamente alle violazioni delle leggi di immigrazione vigenti, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689. Il provvedimento è adottato di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, secondo le rispettive competenze, informandone il Presidente del Consiglio dei ministri.»

[11] Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, in *www.hudoc.echr.coe.int*

[12] *https://www.ilsole24ore.com/art/decreto-sicurezza-bis--viminale-all-onu-pensi-turchia-e-corea-nord-provvedimento-urgente-AC2r6WE*; cfr. anche Conforti, *op.ult. cit.*, pag. 243 e segg.; intervista alla prof.ssa Greta Tellarini, in «*Gli esperti di diritto internazionale: in una Convenzione Onu l'appiglio per bloccare le navi delle Ong*», di Andrea Carli, *Sole 24Ore* del 1/2/2019.

[13] cfr. F. Vassallo Paleologo "*Giustizia Insieme*", 20/11/2019 "*L'abolizione della protezione umanitaria non ha effetto retroattivo, ma quando conta ancora l'integrazione sociale e la Costituzione*?".

Emanuele Florio
Tirocinante, ex art. 73 d.l. 69/2013, presso la Corte Suprema di Cassazione

Il nuovo reato di *Revenge porn* (art. 612-*ter* c.p.)

abstract

The present work is focused on the introduction, under Law 2019 n. 69, of the revenge porn crime in the Italian criminal code (art. 612-ter).

The new crime of "Illicit disclosure of sexually explicit images and videos" is addressed both to those who have created the confidential content and have then sent or published it, and to those who, as outsiders, have received the images or videos and, with the purpose of damage, have subsequently realized the conducts of disclosure prohibited under the new rules.

This essay is aimed to focus on the main elements of the crime, underlying the weakest points of the provision and the doubts involving its effectiveness.

keywords

Revenge porn – Red code – Privacy – Sexting.

abstract

Il presente lavoro ha ad oggetto l'introduzione, ad opera della Legge 2019 n. 69, del reato di revenge porn nel codice penale italiano (art. 612-ter).

Il nuovo delitto di "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti" è indirizzato sia a coloro che abbiano concorso a formare il contenuto riservato e lo abbiano successivamente inviato a terzi o pubblicato, sia a coloro che abbiano ricevuto le immagini o i video e, con dolo specifico di danno, hanno successivamente realizzato le condotte di diffusione proibite dalla nuova norma incriminatrice.

Questo scritto ha la finalità di mettere in luce i principali profili del reato, sottolineando i punti di maggior debolezza della previsione incriminatrice nonché i dubbi riguardanti la sua effettività.

parole chiave

Revenge porn – Codice rosso – Privacy – Sexting.

sommario

Introduzione. – **1.** Sulla necessità di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*. – **2.** Collocazione sistematica e oggettività giuridica. – **3.** Fatto tipico. – **4.** Circostanze e trattamento sanzionatorio. – **5.** Considerazioni conclusive.

Introduzione

L'art. 10 della L. 19 luglio 2019 n. 69 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*) introduce nel codice penale un nuovo art. 612-*ter*, che sotto la rubrica "*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*" incrimina la sempre più allarmante figura del c.d. *revenge porn*.

Con tale espressione si fa generico riferimento al fenomeno, in costante crescita nell'era di internet, della divulgazione di materiale avente contenuto sessualmente esplicito in assenza del consenso di una o più persone ivi rappresentate, avvenuta normalmente in rete (*upload*) grazie alle relative piattaforme di *streaming video* e ai *social network,* o attraverso le applicazioni di messaggistica istantanea.

Di particolare importanza risulta dunque, nella definizione e nell'inquadramento del fenomeno, l'elemento negativo costituito dal mancato consenso alla *disclosure* di almeno una persona coinvolta nel contenuto abusivamente condiviso.

A fronte di questo dato cruciale, sempre presente e sul quale si incardina il disvalore del reato di nuovo conio, è peraltro necessario rilevare come l'espressione *revenge porn* facesse originariamente riferimento soltanto ad una peculiare forma di manifestazione del fenomeno in discorso, caratterizzato dalla finalità di vendetta dell'ex partner (generalmente, l'uomo) per la rottura della relazione; solo in un secondo momento il neologismo ha finito per intercettare ogni forma di condivisione indebita di contenuti sessualmente espliciti[1].

Con l'art. 10 della legge in commento il legislatore è andato opportunamente oltre l'incriminazione del *revenge porn* inteso in accezione meramente letterale.

L'esperienza ha insegnato, in effetti, come possano sovente mancare due circostanze tipiche del *revenge porn* in senso stretto, senza che ciò abbia minori implicazioni relativamente al patimento subito dalla

[1] Per un'approfondita analisi dell'origine del termine e della più ampia accezione successivamente acquisita, Caletti, "*Revenge porn" e tutela penale. Prime riflessioni sulla criminalizzazione specifica della pornografia non consensuale alla luce delle esperienze angloamericane*, in *Diritto penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, 3/2018.

vittima: la prima ha riguardo alla soggettività attiva, in quanto può rendersi autore della diffusione un soggetto terzo rispetto al contenuto del materiale diffuso; la seconda, quand'anche risulti quale autore un *insider*, che abbia concorso alla formazione dei contenuti sessualmente espliciti, riguarda la finalità perseguita, che può anche non essere di vendetta ma, ad esempio, di mera vanteria o biasimevole goliardia.

1. Sulla necessità di una fattispecie incriminatrice *ad hoc*

Il primo interrogativo che l'interprete deve porsi in occasione dell'introduzione di un nuovo reato riguarda l'effettiva necessità di una previsione incriminatrice *ad hoc,* che regoli il peculiare fenomeno disvoluto dal legislatore con il più gravoso degli strumenti di controllo sociale.

Ciò è tanto più vero nel periodo attuale, caratterizzato da una inesorabile tendenza verso la asistematicità del sistema penale in generale e della sua parte speciale in particolare.

Ebbene, attraverso l'intervento novellistico il legislatore ha voluto apprestare specifica tutela penale in un ambito che la giurisprudenza ha in passato ricondotto (non senza difficoltà) ad altre fattispecie incriminatrici, quali il reato di atti persecutori[2] e quello di interferenze illecite nella vita privata[3].

Peraltro, con riferimento allo *stalking* è solo eventuale che la diffusione non consensuale di immagini o video espliciti si accompagni agli ulteriori elementi costitutivi di tale reato, mentre relativamente al reato di cui all'art. 615-*bis* c.p. un duplice sbarramento ad una applicabilità generalizzata al fenomeno del *revenge porn* risiede nella necessità che le captazioni avvengano nel domicilio e che siano realizzate *indebitamente*, senza il consenso dell'altra persona: di conseguenza, solo rispetto a materiale carpito in modo clandestino era punibile, in base alla norma in esame, colui il quale si fosse procurato con strumenti di ripresa le immagini (co. 1) o le avesse diffuse pubblicamente (co. 2).

Il nuovo art. 612-*ter* c.p. sposta in modo decisivo il *focus* sulla diffusione, richiedendo che essa stessa sia indebita in quanto posta in essere «*senza il consenso delle persone rappresentate*», pur eventualmente avendo la vittima prestato originariamente consenso alla captazione o effettuato l'invio "riservato".

2. Collocazione sistematica e oggettività giuridica

Dal punto di vista sistematico il nuovo reato di *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti è collocato nel*la sezione III del titolo XII della parte speciale, relativa ai delitti contro la libertà morale, in coda ai reati di minaccia ed atti persecutori.

Ciò ha destato qualche perplessità, in quanto si osserva come l'agente non agisca il più delle volte a scopo minatorio[4]: in effetti, sebbene non possa trascurarsi come pure la libertà morale rientri nel novero dei beni attinti dalle condotte proscritte, suscettibili di determinare uno stravolgimento della vita quotidiana ed anche eventualmente una modifica forzata delle abitudini di vita[5], maggiormente calzante sarebbe stata una collocazione nell'ambito dei delitti contro la libertà sessuale, poiché attraverso la diffusione non autorizzata viene leso l'interesse al mantenimento della riservatezza rispetto all'esercizio di tale libertà.

Ulteriori profili di offesa afferiscono all'immagine e alla reputazione, cosicché può parlarsi pacificamente di reato plurioffensivo.

3. Fatto tipico

L'art. 612-*ter* c.p. punisce con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da € 5.000 a € 15.000, *«salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate.*

La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento».

In apertura la norma incriminatrice presenta una clausola di riserva che fa salva la punibilità per altro più grave reato, costituito evidentemente dall'*estorsione* (art. 629 c.p.), allorquando la diffusione di foto e video espliciti costituisca il male prospettato dall'agente alla vittima per ottenere un profitto ingiusto (c.d. *sextortion*[6]).

La norma incriminatrice inquadra due differenti situazioni, equiparate *quoad poenam*: la prima abbraccia il caso di chi realizzi le condotte tipiche *lato sensu* di diffusione avendo formato o sottratto le immagini o i video; la seconda riguarda invece chi abbia ricevuto i contenuti e li abbia successivamente inviati a terzi o pubblicati.

In entrambi i casi, le condotte tipiche sono di invio, consegna, cessione, pubblicazione, diffusione del materiale pornografico.

A titolo meramente esemplificativo, l'invio può ritenersi integrato nella singola condotta di trasmissio-

[2] Cass. pen., sez. VI, 16 luglio 2010, n. 32404.

[3] Cass. pen., sez. V, 20 dicembre 2018, n. 13384.

[4] Cfr. *Relazione su novità normativa*, Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte Suprema di cassazione, 27 ottobre 2019, p. 19.

[5] Si consideri come gli effetti stigmatizzanti e di vergogna per la vittima, derivanti dalla diffusione di materiale "compromettente" che la riguarda, possano costringerla a cambiare il luogo di istruzione scolastica o addirittura, nei casi più gravi, di residenza.

[6] Per un approfondimento cfr. Ziccardi, Perri (a cura di), *Tecnologia e diritto. Fondamenti d'informatica per il giurista*, Giuffrè, 2017, p. 282 ss.

ne, come può accadere laddove si invii tramite *"What's app"* l'immagine o il video ad un amico; la consegna parrebbe fare riferimento alla diffusione mediante un'attività di tipo materiale, forse ormai anacronistica[7]; all'interno di tale ultimo caso, la cessione intercetta quelle situazioni in cui la trasmissione determina la perdita del contenuto da parte del cedente, come nel caso in cui sia consegnata l'unità di documentazione (DVD, chiave USB, etc.) al datore di lavoro[8] per screditare l'immagine della vittima; la pubblicazione si può individuare in tutti i casi di *upload* su siti internet e *social network,* mentre la diffusione può essere letta quale formula di chiusura per intendere qualsiasi altra forma con cui il materiale riservato è portato a conoscenza di un pubblico più o meno vasto.

L'oggetto materiale del reato è individuato in «*immagini o video a contenuto sessualmente esplicito*», senza che tale attributo sia accompagnato da una norma definitoria che ne specifichi la portata.

Al riguardo, è stata denunciata la criticità rispetto alle esigenze di determinatezza della fattispecie penale, ed il compito di precisare i confini del *sessualmente esplicito* sarà assolto dal diritto vivente. In attesa delle prime pronunce sul punto, si può ad esempio immaginare che potenziali difficoltà interpretative riguardino il caso di pose di nudo, laddove sia incerta la natura ("osé" o di tipo artistico) del contenuto multimediale in cui queste risultano incorporate.

Immagini e video devono, essendo «*destinati a rimanere privati*», essere diffusi «*senza il consenso delle persone rappresentate*»: l'assenza di consenso costituisce clausola di illiceità espressa su cui, come si è visto in apertura, si incardina il disvalore del nuovo reato. Da questo punto di vista, la precisazione per cui i contenuti fossero invero destinati a rimanere privati sembra costituire una superfetazione del legislatore, nulla aggiungendo alla volontà del soggetto ivi rappresentato che non ne sia data diffusione.

Con riferimento alla ipotesi di cui al comma secondo della disposizione incriminatrice, da un lato il legislatore prende atto del fatto che è spesso la stessa vittima ad inviare il materiale sessualmente esplicito (c.d. *sexting*), ed il destinatario mette successivamente in circolazione tali contenuti; dall'altro, sia che l'agente abbia concorso alla loro formazione o li abbia sottratti (ad esempio, mediante *hacking* del dispositivo sul quale la vittima li aveva archiviati), sia che abbia rivestito un ruolo meramente passivo di ricezione, presupposto della successiva diffusione, è noto come il primo invio possa innescare una spirale che renda immagini e video "virali", estremamente volatili grazie al mondo dei *social network* e delle applicazioni di messaggistica istantanea, per questa via moltiplicando il danno reputazionale, relazionale ed esistenziale cagionato alla vittima.

Sulla scorta di tali considerazioni il legislatore ha equiparato ai fini della pena la condotta del primo responsabile della indebita *disclosure* a quella dei successivi "anelli della catena", purché chi riceva e diffonda a sua volta i contenuti sessualmente espliciti sia animato dal dolo specifico di danno richiesto dalla norma incriminatrice, assente nell'ipotesi delittuosa di cui al primo comma.

Al riguardo, è stato contestato[9] come in tal modo risulti fortemente depotenziata la tutela penale della vittima, considerato che, come poc'anzi evidenziato, in larga parte dei casi è essa stessa ad inviare le immagini o video al partner, senza che questi abbia concorso alla loro realizzazione o li abbia fraudolentemente sottratti: fuor di metafora, non è *de jure condito* punibile chi abbia ricevuto immagini personali intime e le abbia inviate a terzi animato da ragioni di mera millanteria.

Tuttavia, la scelta di restringere la punibilità può trovare delle giustificazioni razionali: il legislatore può avere considerato, realisticamente, l'impossibilità di individuare ogni singolo responsabile di catene di condivisione che possono raggiungere migliaia di utenti; ciò si salda con l'ulteriore considerazione per cui, rispetto al patimento subito dalla vittima, il coinvolgimento e la consapevolezza di chi contribuisce alla diffusione tende a scendere man mano che ci si allontana dalla fonte originaria. Stando così le cose, si è inteso colpire soltanto coloro i quali, proprio in quanto "vicini" alla vittima, sono normalmente mossi dalla finalità di recarle danno.

4. Circostanze e trattamento sanzionatorio

Il nuovo reato è puntellato da un sistema circostanziale speciale che ricalca in larga parte, non senza criticità, le previsioni di cui all'art. 612-*bis* c.p.

Il comma terzo prevede due circostanze aggravanti ad efficacia comune: la prima per il caso in cui la diffusione avvenga ad opera del coniuge, ancorché separato o divorziato, o da persona legata alla vittima da relazione affettiva; la seconda laddove la diffusione avvenga con l'utilizzo di strumenti informatici o telematici.

La prima previsione intercetta, *inter alia,* tutti quegli episodi di *revenge porn* in senso stretto, inteso quale vendetta o ritorsione verso l'ex partner consumate mediante la diffusione di foto e video intimi, in modo tale da screditare la moralità e l'immagine dell'altra persona agli occhi della comunità; al di là di tale situazione, comunque, la circostanza appare *ictu oculi* di frequente applicazione pratica, sol che si consideri la

[7] Un noto caso d'oltreoceano, ormai risalente, ha riguardato un uomo intento ad incastrare tra i tergicristalli di auto parcheggiate un DVD contenente video intimi con la ex partner: Caletti, "*Revenge porn" e tutela penale, cit.*, p. 65.

[8] Cfr. Caletti, "*Revenge porn". Prime considerazioni in vista dell'introduzione dell'art. 612-ter c.p.: una fattispecie "esemplare", ma davvero efficace?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 aprile 2019.

[9] Caletti, "*Revenge porn". Prime considerazioni, cit.*

peculiare relazione tipicamente sussistente tra autore e vittima del reato.

È tuttavia la seconda previsione circostanziale a generare le maggiori perplessità, alla luce dell'oggetto materiale del reato e degli strumenti normalmente utilizzati per trasmettere tali contenuti, in larghissima parte trattandosi di *devices* di natura multimediale. Di conseguenza si può ragionevolmente attendere una ricorrenza quasi automatica dell'aggravante in questione, atteso che estremamente di rado si può immaginare, nel 2020, che la diffusione avvenga con strumenti diversi da quelli informatici o telematici.

Del resto è proprio tale modalità di trasmissione, istantanea, priva di costi, barriere spaziali e limiti quanto al numero di persone raggiungibili, ad amplificare le potenzialità offensive della condotta, con i tragici epiloghi che la cronaca ci ha talvolta raccontato.

Da tali considerazioni discende che il reato, che già di base prevede una comminatoria edittale di medio-alta severità (reclusione da uno a sei anni), possa essere facilmente contestato in forma pluriaggravata, con un massimo edittale di dieci anni e otto mesi che appare inaccettabile da un punto di vista di proporzionalità sanzionatoria.

Chiude il quadro circostanziale il quarto comma della norma incriminatrice, che stabilisce un'aggravante ad effetto speciale (aumento da un terzo alla metà) qualora la diffusione abbia come vittima una persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o una donna in stato di gravidanza, situazione presunta dal legislatore di minorata difesa. Al riguardo, non possono che essere condivise le perplessità di chi ha denunciato[10] l'assenza di una apposita previsione aggravante per il caso di minore età della persona offesa.

5. Considerazioni conclusive

In conclusione, l'intervento del legislatore appare per un verso apprezzabile nella misura in cui colma un parziale vuoto di tutela faticosamente riempito da applicazioni giurisprudenziali "a macchia di leopardo"; d'altra parte, aspetti di non secondario rilievo del nuovo reato, quali l'oggetto materiale e i confini del dolo specifico di cui al comma secondo, potranno essere chiariti soltanto dalla pratica giurisprudenziale.

Una riflessione a parte merita poi il trattamento sanzionatorio, che oltre a stridere con il canone penalistico della proporzione, non sembra da solo sufficiente ad orientare, in chiave di effettività, le pratiche dei consociati (specialmente di giovanissima età), sprovvisti di adeguata consapevolezza ed educazione digitale[11].

Sotto il primo profilo, l'impressione è che, essendosi avvertito il bisogno di pena rispetto ad un fenomeno in preoccupante ascesa, l'arma della penalità sia stata tuttavia brandita con illusorie aspettative taumaturgiche riposte in un trattamento sanzionatorio oltremodo severo, contribuendo alla perdita di razionalità complessiva del sistema: volendo individuare un *tertium comparationis*, il nuovo reato risulta punito più gravemente dell'omicidio colposo[12]. Al riguardo, per quanto siano plurimi gli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie, in un diritto penale del bene giuridico sembra comunque difficile da legittimare una simile diversità di trattamento, alla luce di una valutazione comparativa degli interessi tutelati.

Il timore è allora che ad orientare le scelte di dosimetria della sanzione siano in realtà, più che considerazioni di proporzione della pena rispetto al disvalore complessivo del fatto, valutazioni di opportunità del legislatore legate alla possibilità di adottare misure cautelari[13] e mezzi di ricerca della prova più penetranti, con ciò realizzandosi una perversa contaminazione di elementi sostanziali e processuali.

Relativamente alla effettività, invece, si dubita più radicalmente ed in generale che un particolare rigore sanzionatorio (tanto in relazione a reati di nuova introduzione, quanto a figure criminose preesistenti ritenute di maggiore allarme sociale o rispetto alle quali vi è una generale percezione di impunità[14]) possa sortire automaticamente effetti utili in termini di generalprevenzione: tale considerazione non può passare in secondo piano nell'ottica di un diritto penale che non voglia essere mera affermazione rituale, ma che *"conserva la propria neutralità di mezzo e deve essere di volta in volta eterodeterminato dallo scopo ed eterolegittimato dal corrispondente risultato*[15]*"*.

[10] Caletti, "*Revenge porn". Prime considerazioni, cit.*

[11] Ziccardi, Perri (a cura di), *Tecnologia e diritto, cit.*, p. 281.

[12] Escluse le ipotesi aggravate, tra le quali spicca quella di "omicidio stradale", il cui ingresso nell'ordinamento è stato a sua volta dettato da ragioni di interventismo penale "spot".

[13] Del resto è quanto già avvenne con il d.l. 1 luglio 2013 n. 78 (*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*), che avendo innalzato i limiti della custodia cautelare in carcere da quattro a cinque anni per fare fronte al sovraffollamento carcerario, si era curato di elevare negli stessi termini il massimo edittale previsto per lo *stalking*, poi ulteriormente lievitato con il provvedimento in commento.

[14] Limitando l'analisi all'anno passato, la legge L. 9 gennaio 2019 n. 3 (c.d. "Spazzacorrotti") ha innalzato le pene previste per i delitti di corruzione per l'esercizio della funzione e appropriazione indebita; la L. 26 aprile 2019, n. 36, intervenuta in direzione ampliativa dei limiti della legittima difesa domiciliare, ha inasprito le pene per i reati di violazione di domicilio, furto in abitazione e rapina; da ultimo, il d.l. 26 ottobre 2019 n. 124 ha incrementato le pene di diversi reati tributari.

[15] Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, p. 438.

Maria Cristina Misaggi
Tirocinante presso la Suprema Corte di Cassazione

Il "nuovo" art. 583-*quinquies* c.p.: "Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso"

abstract

The new crime "permanent scarring to the face" introduced by the law n. 69 of 19 July 2019, so-called Red code, is punished with the imprisonment up to 14 years.

Red code ensures a faster priority lane for criminal procedure about gender-based violence and domestic violence. It provides measures to combat this phenomenon and harsher penalties for different crimes and it introduces new crimes, including that of permanent scarring to the face.

keywords

Permanent scarring – Red Code – New art. 583-quinquies c.p.

abstract

Fino a 14 anni di carcere per chi si macchia del reato di sfregio. È quanto prevede la nuova fattispecie delittuosa introdotta dal c.d. "Codice rosso".

Il provvedimento, oltre a prevedere una "corsia" più veloce per i procedimenti penali in materia di violenza di genere e domestica e a dettare misure destinate a combattere il fenomeno, contempla un inasprimento generalizzato delle pene di diversi reati e introduce diverse nuove fattispecie, tra cui, appunto, quella del reato di sfregio.

parole chiave

Sfregio – Deformazione del viso – Codice rosso – Nuovo art. 583-quinquies c.p.

sommario

1. Uno sguardo al c.d. Codice rosso (l. n. 69/2019). – **2.** Deformazione o sfregio permanente del viso: l'introduzione di una fattispecie *ad hoc*. – **3.** Le inevitabili conseguenze sull'ordinamento penale. – **4.** Art. 583-*quinquies* c.p. come reato di genere. – **5.** Inasprimento sanzionatorio: mero simbolismo repressivo? – **6.** La migliore politica criminale è quella sociale: quando punire non basta.

1. Uno sguardo al c.d. Codice rosso (l. n. 69/2019)

Prima di concentrare l'attenzione sull'introduzione della fattispecie delittuosa de qua, si ritiene opportuno fare una breve premessa sul c.d. "Codice rosso" (L. 19 luglio 2019 n. 69 recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere") introdotto a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere ed entrato in vigore il 9 agosto 2019. Nel merito esso si compone di 21 articoli che individuano un catalogo di reati, in aggiunta a quelli già previsti dal codice penale, attraverso i quali si esercita la violenza domestica e di genere e, in relazione a queste fattispecie, interviene sul codice di procedura penale al fine di velocizzare l'instaurazione del procedimento penale e, conseguentemente, accelerare l'eventuale adozione di provvedimenti di protezione delle vittime. Il provvedimento incide inoltre sul codice penale inasprendo le pene per alcuni dei citati delitti, rimodulando le aggravanti e introducendo ex novo fattispecie di reato.

La *ratio* della legge è chiaramente espressa nella relazione di accompagnamento al disegno di legge secondo cui «le esigenze di completezza della tutela delle vittime di violenza domestica e di genere, dunque, sono alla base degli interventi di modifica alle norme del codice di procedura penale». Si aggiunge altresì che «gli interventi sul codice di procedura penale sono accomunati dall'esigenza di evitare che eventuali stasi, nell'acquisizione e nell'iscrizione delle notizie di reato o nello svolgimento delle indagini preliminari, possano pregiudicare la tempestività di interventi, cautelari o di prevenzione, a tutela della vittima dei reati di maltrattamenti, violenza sessuale, atti persecutori e lesioni aggravate in quanto commesse in contesti familiari o nell'ambito di relazioni di convivenza».

L'intento emergenziale e repressivo perseguito dal legislatore si rispecchia anche nel *nomen* "Codice rosso" che viene attribuito a tali innovazioni in maniera tutt'altro che casuale.

Rispetto al testo dell'originario disegno, la legge è stata notevolmente ampliata nei contenuti.

È possibile individuare tre filoni principali di intervento: l'introduzione di nuove fattispecie di reato, l'aggravamento delle sanzioni per le fattispecie già esistenti, la modifica alle norme del codice di procedura penale finalizzata a fornire una risposta più pronta alla violenza di genere.

Quanto al primo aspetto, sono quattro le nuove fattispecie criminose introdotte ex novo nel codice penale.

L'art. 4 della legge inserisce nel codice penale l'art.

387-*bis*[1] sotto la rubrica "Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa".

L'art. 558-*bis* c.p.[2], introdotto nel codice dall'art. 7 della legge in commento, è volto a tutelare in maniera più incisiva le persone appartenenti a comunità nelle quali è ancora diffusa la consuetudine dei matrimoni combinati, in quanto punisce la costrizione o induzione al matrimonio.

La terza fattispecie criminosa inserita nel codice è la "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti" di cui all'art. 612-*ter*[3] che punisce, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a sei anni, oltre alla multa, chiunque, «dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate».

Ultima fattispecie introdotta all'art. 12 dalla legge in commento è l'art. 583-*quinquies* che punisce l'aver cagionato «una lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso».

2. Deformazione o sfregio permanente del viso: l'introduzione di una fattispecie *ad hoc*

La condotta in esame era punita già prima dell'introduzione dell'art. 583-*quinquies*, a titolo di lesione personale gravissima, dall'art. 583, comma secondo, n. 4, c.p. come "deformazione ovvero sfregio permanente del viso", ma il legislatore ha voluto punire molto più severamente «Chiunque cagiona ad alcuno lesione personale dalla quale derivano la deformazione o lo sfregio permanente del viso» con la reclusione da otto a quattordici anni. La spregevolezza del gesto ha portato il legislatore non solo a inasprire la pena, ma a statuire altresì, in punto di pene accessorie che «la condanna ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per il reato di cui al presente articolo comporta l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela e all'amministrazione di sostegno».

Per quanto concerne la struttura della fattispecie, si evidenzia come si tratti di un reato comune, in cui soggetto attivo è "chiunque" cagioni una lesione personale tale da determinare la deformazione o lo sfregio permanente del viso.

Tra sfregio e deformazione esiste una differenza di grado. La nozione di sfregio, che deriva per lo più dalla cicatrizzazione di ferite da arma da taglio, postula una certa discrezionalità valutativa del giudice di merito, chiamato ad esprimere un giudizio che non richiede speciali competenze tecniche, perché ancorato al punto di vista di un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità, e pertanto non censurabile in sede di legittimità[4].

Più nello specifico, integra lo sfregio permanente qualsiasi nocumento che, senza determinare la più grave conseguenza della deformazione, importi un turbamento irreversibile dell'armonia e dell'euritmia delle linee del viso, con effetto sgradevole o d'ilarità, anche se non di ripugnanza, secondo un osservatore comune, di gusto normale e di media sensibilità[5].

Perché sussista la deformazione o il deformismo si richiede invece un *quid pluris*, consistente in un'alterazione anatomica del viso che ne alteri profondamente la simmetria, tanto da causare un vero e proprio sfiguramento[6].

Penalmente rilevante è la lesione che determina deformazione o sfregio permanente del viso, essendo

[1] Art. 387-*bis* c.p. "Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa": «Chiunque, essendovi legalmente sottoposto, violi gli obblighi o i divieti derivanti dal provvedimento che applica le misure cautelari di cui agli articoli 282-*bis* e 282-*ter* del codice di procedura penale o dall'ordine di cui all'articolo 384 bis del medesimo codice è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

[2] Art. 558-*bis* c.p. "Costrizione o induzione al matrimonio": «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile è punito con la reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica a chiunque, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile. La pena è aumentata se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni diciotto. La pena è da due a sette anni di reclusione se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni quattordici. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia».

[3] Art. 612-*ter* c.p. "Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti": «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati, senza il consenso delle persone rappresentate, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000. La stessa pena si applica a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento. La pena è aumentata se i fatti sono commessi dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se i fatti sono commessi attraverso strumenti informatici o telematici. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti sono commessi in danno di persona in condizione di inferiorità fisica o psichica o in danno di una donna in stato di gravidanza. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. Si procede tuttavia d'ufficio nei casi di cui al quarto comma, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio».

[4] Cass. pen., sez. 5, 2 marzo 2017 n. 22685.

[5] Cass. pen., sez. 5, 16 giugno 2014 n. 32984.

[6] Cass. pen., sez. 4, 4 luglio 2000 n. 12006.

quest'ultimo, l'oggetto materiale del reato. Il reato si ritiene integrato, secondo l'interpretazione maggiormente estensiva oggi accolta dalla giurisprudenza di legittimità, non solo quando la lesione provochi un turbamento irreversibile dell'armonia ed euritmia delle linee della parte anteriore del capo compresa tra l'impianto frontale dei capelli e l'estremità del mento, ma anche quando l'estetica del viso sia compromessa dall'alterazione delle immediate zone di "contorno", che necessariamente contribuiscono alla formazione ed al completamento dell'immagine, come la regione mandibolare e quella latero-superiore del collo, sempre che tale alterazione sia particolarmente vistosa e quindi idonea a provocare una sensibile modifica dei lineamenti del viso[7].

3. Le inevitabili conseguenze sull'ordinamento penale

L'introduzione di questo nuovo reato ha reso necessarie alcune modifiche nell'ordinamento penale e nella normativa penitenziaria, con l'abrogazione di alcune disposizioni e l'approvazione di altre nuove. Non mancano, d'altro canto, innovazioni sul terreno delle misure di prevenzione.

Con i commi 2, 3 e 4 dell'art. 12 il legislatore si occupa di opportuni interventi di coordinamento del preesistente quadro normativo codicistico.

Al comma 2 include la fattispecie delittuosa di deformazioni dell'aspetto mediante lesioni al viso nel novero di quelle, di cui all'art. 576 c.p. (comma 1, numero 5) la cui commissione in occasione della perpetrazione del più grave delitto di omicidio, prevede l'aggravante dell'ergastolo.

Ma questa non è l'unica modifica nell'ordinamento penale. Al fine di avere un maggiore coordinamento con il comma 3 è stato abrogato il numero 4 dell'art. 583 (comma 2) del codice penale, giacché considerava lo sfregio solamente come un'aggravante del reato di lesioni; con la nuova legge Codice rosso, l'illecito della deformazione al volto viene considerato come una fattispecie giuridica a sé stante dotata di una propria condanna.

Sono stati apportati ulteriori cambiamenti non solo nell'art. 583-*quinquies* succitato, ma anche – con il comma 4 dell'art. 12 – all'art. 585 c.p. per prevedere che il delitto di deformazioni permanenti sia aggravato quando commesso con il concorso delle aggravanti di cui all'art. 576 c.p. (pena aumentata da un terzo alla metà), di quelle di cui all'art. 577 c.p., ovvero quando commesso con armi o con sostanze corrosive, o ancora da persona travisata o da persone riunite (pena aumentata fino a un terzo).

Il provvedimento ha inoltre apportato delle modifiche all'ordinamento penitenziario (art. 4-*bis*, legge n. 354 del 1975) al fine di consentire l'applicazione dei benefici penitenziari per i condannati per il delitto di deformazione dell'aspetto mediante lesioni permanenti al viso solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno (inserimento dell'art. 583-*quinquies* c.p. nel catalogo dei delitti di cui al comma 1-*quater*).

Inoltre, si prevede che quando il reato è commesso in danno di minore, ai fini della concessione dei benefici può essere valutata la positiva partecipazione al programma di riabilitazione psicologica specifica previsto dall'articolo 13-*bis* dell'ordinamento penitenziario (inserimento dell'art. 583-*quinquies* c.p. nel catalogo dei delitti di cui al comma 1-*quinquies*). Il provvedimento, dunque, riconduce alla disciplina della concessione dei benefici penitenziari per i condannati per reati sessuali in danno di minori il nuovo delitto di cui all'art. 583-*quinquies* commesso in danno di minori.

Sul terreno della prevenzione risalta il divieto di cui all'art. 283-*ter* c.p.p., in tema di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, con la possibilità di applicare le procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici di cui all'art. 275-*bis* c.p.p. (cd. braccialetto elettronico).

4. Art. 583-*quinquies* c.p. come reato di genere

La l. n. 69/2019 è sicuramente apprezzabile per le meritevoli aspirazioni di assicurare una maggiore tutela alle donne, vittime di questi delitti.

I reati di genere vengono oramai inquadrati quasi come una vera e propria parte speciale, con un bene giuridico loro proprio, da individuarsi nel diritto di autodeterminarsi rispetto al proprio genere, senza subire costrizioni né a livello sociale né nella sfera delle relazioni private. Tale diritto si traduce, a livello sostanziale e processuale, in quello di ricevere adeguata protezione dalla violenza che colpisce la persona negli aspetti relativi al suo genere e che il codice rosso mira, nelle intenzioni, a contrastare.

La violenza di genere intesa, quindi, come violenza diretta contro una persona a causa del suo genere, è, non solo socialmente accettata, ma anche istituzionalizzata come forma di estrinsecazione del dominio del genere maschile dominante.

Si tratta di una violenza c.d. di prossimità[8] – data la posizione di stretta vicinanza (fisica e psicologica) – che si estrinseca prevalentemente nelle relazioni intime, e che trova nella violenza psicologica una delle modalità di attuazione più diffuse.

5. Inasprimento sanzionatorio: mero simbolismo repressivo?

La peculiarità delle disposizioni del c.d. Codice rosso è il generale inasprimento sanzionatorio.

[7] Cass. pen., sez. 2, 22 settembre 1998 n. 10732.

[8] Filice F., *La violenza di genere*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 10 ss.

La svolta repressiva operata dal legislatore si coglie tanto nella cornice edittale prevista per la nuova fattispecie – da un minimo di otto anni ad un massimo di quattordici anni di reclusione, modificata rispetto alla precedente aggravante (da sei a dodici anni) – quanto in punto di circostanze.

Il semplicistico irrigidimento delle sanzioni, la severità delle pene o la brutalità delle stesse, che si inserisce nell'ambito dell'impostazione – affermatasi con i c.d. pacchetti sicurezza – che individuano la soluzione del problema nell'incremento del rigore repressivo, non pare apportare risolutivi contributi.

Ritenere che incrementare la sanzione penale (già di per sé significativa) o auspicare politiche repressive sempre più dure sulla base di sollecitazioni provenienti dalla collettività e spesso supportate da forte pressione mediatica, possa inibire i fatti di violenza contro la donna, significa non solo immaginare l'aggressore che si approccia al fatto delittuoso con una premeditazione calibrata sulla base di un calcolo matematico, ma rischia di creare soluzioni carenti di razionalità politico criminale in quanto le dinamiche della violenza di genere sono molto più articolate e, nel caso de quo dello sfregio permanente al viso, difficilmente omologabili in modelli standardizzati.

Il Codice rosso si compone di un insieme di norme che affrontano il problema della violenza di genere secondo un'ottica essenzialmente repressiva, senza tenere conto degli aspetti culturali ed educativi nei quali tale violenza storicamente affonda le sue radici.

La complessa vastità del fenomeno della violenza di genere, nel caso di specie dello sfregio permanente al viso, dovrebbe essere oggetto di valorizzazione di processi d'insieme per cui, ogni settore dell'ordinamento, si orienti verso un unico disegno integrato da interventi preventivi. Il diritto penale deve, *sine dubio*, fare la sua parte, ma solo dopo che venga modificata la premessa sulla base della quale il sistema sanzionatorio viene modellato. La violenza sulle donne, fisica e prima ancora psicologica, non è una questione di natura emergenziale, riconducibile ad una situazione di eccezionalità da affrontare con l'irrigidimento delle sanzioni o con l'emanazione di nuove fattispecie in un'ottica chiaramente repressiva.

Il trattamento della violenza di genere richiede, aldilà dell'intervento di natura socio-culturale – che dovrebbe rimuovere impostazioni radicate e vergognose – da affrontare in altra sede, una meditata ed attenta riflessione che vada ad incidere sull'arché del fenomeno. Il problema interessa anche il profilo giuridico, in quanto gli stati emotivi e passionali che non si inseriscano in un quadro di infermità mentale sono del tutto ininfluenti ai fini dell'imputabilità, perché tali stati assumano rilievo è necessario un quid pluris ossia che, i gravi disturbi della personalità – che possono rientrare nel vizio di mente – siano gravi e intensi, e tali da escludere o scemare grandemente la capacità di intendere o di volere[9].

Quindi, la gelosia, la rabbia, il risentimento, il senso di frustrazione eventualmente provati dagli imputati, qualora non possano essere ricondotti (a seguito di accertamenti peritali) ad aspetti patologici, dovrebbero pertanto restare necessariamente confinati nell'area della irrilevanza penale.

Non attribuire valore a tali pulsioni emotive che scaturiscono da spinte identitarie o – a fortiori – attribuire valore di circostanza attenuante potrebbe sortire l'effetto di garantire, anche a livello giudiziario, la tolleranza sociale che è alla base della violenza di genere.

L'unica norma che sembra prestare attenzione a tale aspetto educativo è quella che prevede la subordinazione della sospensione condizionale della pena alla partecipazione a corsi di recupero presso enti che si occupano di prevenzione, assistenza piscologica e recupero dei soggetti condannati per questo tipo di reati. Si tratta, però, di una norma che presuppone che sia stato già commesso un reato e che si sia pervenuti ad una sentenza di condanna, la quale dunque non appare iscriversi in un'ottica di prevenzione e di educazione culturale volta a scongiurare la commissione di tali reati.

Infine, la previsione di cui al nuovo comma 1 ter dell'art. 362 c.p.p. secondo cui la donna che abbia denunciato una violenza deve essere sentita obbligatoriamente dal pubblico ministero entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato appare un passaggio formale obbligato, in assenza del quale si tenderà a individuare, nel caso in cui alla denuncia segua un atto violento contro la donna, una responsabilità quasi oggettiva, per omissione, dell'autorità giudiziaria e/o di Polizia; d'altro canto, tale termine può essere tuttavia prorogato: la deroga rispetto alla rapidità dell'intervento scatta quando vi sono esigenze di tutela di soggetti minorenni o di riservatezza delle indagini.

La volontà del legislatore, che si esplica in una presunzione legale di urgenza per le indagini relative alle vittime di violenza domestica e di genere, è, dunque, quella di creare una vera e propria corsia preferenziale per la gestione investigativa in via assolutamente prioritaria dei casi in cui la vittima deve essere sentita in tempi rapidi per poter predisporre, altrettanto rapidamente, presidi di tutela a garanzia della persona offesa.

Aldilà dei vari profili di criticità rinvenibili sotto vari aspetti[10]: la riforma stabilisce una corsia preferenziale soltanto in relazione al catalogo di reati ricondotti alla "violenza domestica e di genere" con la conseguenza che, per quanto riguarda i reati da "codice rosso" non inseriti in tale elenco, come le lesioni aggravate, la deformazione permanente del volto e la diffusione di immagini sessuali, si dovrà valutare in concreto se

[9] Filice F., *La violenza di genere*, Giuffrè, Milano, 2019 p. 10 ss.
[10] Algeri L., *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Dir. Pen. e processo, Milano, n. 10/2019 p. 1363.

le vittime degli stessi rientrino o meno nella vulnerabilità "atipica" sulla base dei parametri previsti dall'art. 90-*quater* c.p.p.; il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato è un termine ordinatorio e, quindi, privo di sanzione, la cui violazione potrebbe rilevare solo sul piano disciplinare, oltre al fatto che potrebbe subire una deroga quando emerga la necessità di tutelare i minori, oppure quando sia opportuno garantire più a lungo la riservatezza delle indagini con la conseguenza che da un punto di vista neuropsicologico, è noto che il passare del tempo tende a peggiorare la qualità del ricordo fino a favorire fenomeni di interferenza fino alla creazione di ricordi parzialmente o totalmente falsi; l'elevato numero di reati da codice rosso che comporta, soprattutto nei grandi centri urbani, l'audizione di vittime quasi ogni giorno, richiederebbe un'organizzazione, all'interno di ogni procura della Repubblica, di un preciso sistema di turni per garantire costantemente la presenza di un magistrato specializzato.

6. La migliore politica criminale è quella sociale: quando punire non basta

Poste le suddette considerazioni relative all'effetto complessivo dell'intervento di riforma, la questione maggiormente importante e dibattuta è se sia stata correttamente individuata la via maestra o se, per converso, sarebbe auspicabile una maggiore riflessione sulle cause della violenza di genere prima di attivare misure idonee a reprimerla.

La violenza attuata attraverso lo sfregio del viso altro non è che l'esasperazione della non meno violenta attuazione di tutti quei comportamenti che annichiliscono l'identità e la libertà della donna[11] e che, nonostante provochino paura, sdegno e rabbia dell'opinione pubblica, vengono evocati continuamente a sostegno del radicamento di politiche repressive.

L'introduzione della nuova fattispecie di sfregio permanente al viso e il suo aggravamento sanzionatorio si inserisce in un contesto dove il simbolismo repressivo e l'idea di violenza come problema, piaga, minaccia alla società, non solo distolgono l'attenzione dalla concezione secondo cui la politica sociale è la migliore politica criminale[12], ma trascurano il dato che lo strumento penale, quantunque arricchito dalla previsione delle misure più dure, proprio perché fondato sul *nulla poena sine culpa*, viene attivato solo dopo che la violenza si sia verificata in tutta la sua brutalità[13].

[11] Lo Monte E., *Il 'nuovo' art. 583 quinquies cp («deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso»): l'ennesimo esempio di simbolismo repressivo,* La legislazione penale, 2019 n.11, p. 19 ss.

[12] Marinucci G, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in Jus, 1974, pp. 463-498.

[13] Basile F., *La tutela delle donne dalla violenza dell'uomo: dal Codice Rocco al codice rosso,* Diritto Penale e Uomo, 2019 n. 11.

Recensioni

"Manuale di diritto privato"
di Francesco Gazzoni, Edizioni Scientifiche Italiane, febbraio 2019 974
di Maria Rosaria Chiaro

Maria Rosaria Chiaro
Dottoressa in Giurisprudenza

"Manuale di diritto privato"

di Francesco Gazzoni, Edizioni Scientifiche Italiane, febbraio 2019

Il "manuale di diritto privato" di Gazzoni è uno scritto che ha lo scopo di fornire un'illustrazione completa ed a 360° della materia del codice civile e delle principali leggi speciali che regolano i rapporti di diritto privato. L'opera, ideata dall'autore primariamente per uso didattico basilare, in realtà, con il suo inquadramento in chiave problematica e la giusta connessione della trattazione agli orientamenti di dottrina e giurisprudenza, con attento riguardo verso quella costituzionale, può essere intesa soprattutto come un utile strumento non solo lungo il percorso degli studi universitari, ma anche per una preparazione post-universitaria. Dunque, può dirsi un manuale che serve a fornire solide fondamenta della materia, trattata a livello strettamente istituzionale, con un approfondimento sempre più attento, tale da consentire al lettore, con il suo studio, di raggiungere il grado di preparazione utile al perseguimento dei suoi obiettivi.

La sua ultima edizione è rielaborata ed aggiornata sulla base delle ultime novità giurisprudenziali e legislative, con particolare attenzione agli enti del cosiddetto Terzo settore, alla materia del testamento biologico, degli assegni divorzili, del lavoro occasionale, autonomo ed agile, del leasing, nonché al campo della convivenza di fatto, delle unioni civili, della filiazione, omosessualità, passando poi a quello dell'azione revocatoria, del pegno non possessorio, finanziamento bancario e responsabilità medica.

La prima parte che colpisce indubbiamente il lettore, è innanzitutto l'introduzione al manuale, scritta dallo stesso autore, che con acute riflessioni sulla crisi delle istituzioni universitarie e lavorative, probabilmente contiene le pagine più interessanti che si possano leggere durante gli anni del proprio studio.

L'autore pare voler affrontare i temi di diritto trattati con estrema consapevolezza e spirito critico, che nella scrittura, seppur utilizzando un lessico semplice, apparentemente può sembrare ostico e criptico, complesso, poco lineare, e di faticosa comprensione per la velocità con cui si passa da un argomento all'altro. Tuttavia, dopo poco, può sicuramente rappresentare una sfida accattivante per chi fosse interessato ad apprendere un nuovo metodo preciso e critico, per approcciarsi allo studio di questo *mare magnum,* che è il diritto civile.

Lo stile utilizzato nel "Manuale di diritto privato", è, senza dubbio, pregnante ed appassionante, che permeando l'intero ragionamento e le discussioni sui vari istituti trattati, integrati da numerose opinioni di dottrina e giurisprudenza, lo rendono uno strumento altamente indispensabile per l'approfondimento e comprensione. Esso, infatti, è di lodevole pregio per la profondità giuridica e per l'onestà intellettuale della trattazione, che chi ama il diritto può trovare sicuramente eccezionale e di gran lunga differente rispetto ad altri manuali di diritto privato. Il lettore, proprio perché costantemente spinto a ragionare sulle problematiche che aleggiano intorno alla materia, apprende, alla fine della lettura dell'opera, un nuovo senso critico e risolutivo verso la stessa, rendendosi consapevole e non un ripetitore di giurisprudenza ingoiata senza nulla comprendere.

Dunque, il libro di Gazzoni, nella sua recente rivisitazione del 2019, può dirsi uno dei pochi manuali attraverso i quali è possibile apprendere e far propria l'arte del ragionamento giuridico, assieme solo a testi come il Bianca, il Casetta.

A facilitare la comprensione della materia contribuisce anche la sua struttura organizzativa, ove la trattazione subisce una sorta di schematizzazione graduale, partendo dalla base dell'ordinamento giuridico, passando per l'attività giuridica, l'illustrazione dei soggetti, dei beni, del diritto di famiglia e successorio, per terminare dopo una completa ed esaustiva esplicazione delle numerose differenti tipologie di obbligazioni utilizzate nel nostro ordinamento. Lo scritto è ricco di nozioni, con una prosa asciutta seppur, in alcuni punti, ardua che il lettore può comunque apprendere facendo paragoni con eventi della vita di tutti i giorni, che ci inducono inevitabilmente a servirci

di istituti indispensabili per la convivenza civile con gli altri consociati, nel rispetto del generale ordinamento statale.

Vale la pena sicuramente servirsi di questo "Manuale" impegnativo, per uno studio intenso ed un apprendimento, di una materia così grande e dinamica, come quella del diritto privato, composta da una quantità incredibile di informazioni, racchiuse in uno scritto di poco meno di 1500 pagine, ove non viene tralasciata né la dottrina, né la giurisprudenza, , alla portata del lettore amante della sintesi ed al contempo della completezza, dell'organizzazione e dello stile esaustivo; amante delle sfide che lo portino ad ampliare il proprio senso critico e riflessivo, e ad acquistare uno sguardo più ampio sul mondo giuridico.

Indice delle sentenze

Diritto Civile

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost., 23.10.2019, n. 221

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. III, 26/09/2019, n. 24044
(con nota di Buonfantino)
Cass., sez. III, 11/11/2019, n. 28986
(con nota di D'Andrea)
Cass. Sez. un., 10/01/2020, n. 299 s.m.
Cass. Sez. I, 20/01/2020, n. 1119 s.m.
Cass. Sez. un., 15/01/2020, n. 741 s.m.
Cass. Sez. IV, 16/01/2020, n. 823 s.m.
Cass. Sez. II, 21/01/2020, n. 1202 s.m.
Cass. Sez. I, 23/01/2020, n. 1185 s.m.
Cass. Sez. lav., 24/01/2020, n. 1663 s.m.
Cass. Sez. II, 27/01/2020, n. 1736 s.m.
Cass. Sez. un., 28/01/2020, n. 1867 s.m.

TRIBUNALE

Tribunale di Modena, 06.05.2019 s.m.
Tribunale di Firenze, n. 1747 del 05.06.2019 s.m.
Tribunale di Vicenza, n. 1573 del 22.07.2019 s.m.
Tribunale di Cosenza, n.1623 del 22.07.2019 s.m.
Tribunale di Perugia, n. 1536 del 08.10.2019 s.m.
Tribunale di Milano, n. 9545 del 21.10.2019 s.m.
Tribunale di Venezia, 25.10.2019 s.m.
Tribunale di Napoli, 31.10.2019 s.m.
Tribunale di Ancona, n. 1914 del 12.11.2019 s.m.
Tribunale di Taranto, n.2856 del 18.11.2019 s.m.
Tribunale di Napoli, n. 10489 del 22.11.2019 s.m.
Tribunale di Reggio Emilia, n. 1646 del 27.11.2019 s.m.
Tribunale di Napoli, n. 10814 del 04.12.2019 s.m.
Tribunale di Napoli, 05.12.2019 s.m.

CORTE DI APPELLO

Corte App. Napoli, 29.07.2019

Diritto Penale

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. 4, sent. 9.12.2019, n. 49774 s.m.
Cass., sez. un., sent. 28.11. 2019 n. 51s.m.
Cass., sez. 4, sent. 21.11.2019 n. 49773 s.m.
Cass., sez. 3, sent. 15.11.2019 n. 843 s.m.
Cass., sez. un., sent. 24.10.2019 n. 698 s.m.
Cass., sez. 1, sent. 17.10.2019 n. 50489 s.m.
Cass., sez. 3, sent. 10.10.2019 n. 49883 s.m.
Cass., seez.un., sent. 10.10.2019, n. 41736
(con nota di Agrillo)
Cass., sez. 3, sent. 26.09.2019 n. 50428 s.m.
Cass., sez.un., sent. 26.09.019, n. 38954
(con nota di Pignatelli)
Cass., sez. 6, sent. 10.07.2019 n. 51134 s.m.

TRIBUNALE

Trib. Nola, G.M., sent. 7.01.2020, n. 9 s.m.
Trib. Avellino, G.M., sent. 11.12.2019, n. 2507, s.m.
Trib. Avellino, G.M., sent. 21.11.2019, n. 34 s.m.
Trib. Nola, G.d.P, sent. 14.11.2019, n. 190 s.m.
Trib. Nola, G.M., sent. 25.09.2019, n. 2333 s.m.

Diritto amministrativo

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

Tar Napoli, sez. IV, 3/12/2019, n. 5684 s.m.
Tar Napoli, sez. VIII, 05/11/2019, n. 5247 s.m.
Tar Napoli, sez. VIII, 14/11/2019, n. 5368 s.m.
Tar Napoli, sez. IV, 04/11/2019, n. 5232 s.m.

CONSIGLIO DI STATO

Cons. di Stato, sez. V, 12/12/2019, n. 7749 s.m.
Cons. di Stato, sez. III, 06/11/2019, n. 7595 s.m.
Cons. di Stato, sez. III, 05/11/2019, n. 7545 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 05/11/2019, n. 7539 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 15/11/2019, n. 7846 s.m.
Cons. di Stato, sez. V, 04/11/2019, n. 7506 s.m.

Diritto Tributario

CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA

CGU, 17 ottobre 2019, C-653/18
CGU, 19 dicembre 2019, C-389/18

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. Trib., sent. n. 7121 del 13 marzo 2019
Cass., Sez. Trib., sent. n. 19815 del 23 luglio 2019
Cass., sez. VI, ord. n. 27352 del 24 ottobre 2019

Diritto Internazionale

CORTE GIUSTIZIA UNIONE EUROPEA

High Court sentenza del 17 dicembre 2019 [2019] IEHC 859

Sommario annuale

Indice per Sezioni

Editoriale

Giulio Napolitano, *Il Tar Lazio e la giustizia amministrativa. Un primato da difendere (e curare quotidianamente)*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 5

Francesco Fimmanò e Giovanni Falcone, *FINTECH: un nuovo settore dell'ordinamento giuridico ed economico,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 205

Roberto Dante Cogliandro, *Sfide vecchie e nuove per la riforma del Paese*, Gazz. For., n. 3/2019, p. 381

Francesco Fimmanò, *Training of National Judges and judicial cooperation in the field of EU competition law*, Gazz. For., n. 4/2019, p. 549

Clelia Iasevoli, *Emergenza vs diritti*, Gazz. For., n. 5/2019, p. 701

Francesco Fimmanò, *Diritto delle imprese in crisi a apparato sanzionatorio*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 853

Diritto e procedura civile

Giuliano Mattace, *Riflessioni intorno alla trasformazione di società di capitali in trust*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 8

Francesco Cossu, *Il difficile percorso di armonizzazione di un diritto della contabilità a livello globale,* Gazz. For., n. 1/2019, p. 12

Francesco Meglio, *Autonomia testamentaria e così detto termine ex voluntate testatoris¸* Gazz. For., n. 1/2019, p. 21

Vincenzo Lombardi, *Su un caso di apatia istruttoria. Nota a Corte di Appello di Potenza, 31 gennaio 2018, n. 47*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 32

Nunzia Tesone, *Il Repechage nel Licenziamento per Giustificato Motivo Oggettivo. Nota a Cass., Sez Lav., sentenza n. 5592 del 22 marzo 2016*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 38

Ylenia Zaira Alfano, *Il contratto di locazione, in caso di tardiva registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza "ex tunc". Corte di Cassazione, Sezione III civile, 20 dicembre 2018, n. 32934*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 46

Enrico Maria Buonfantino, *Sulla revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. del trust immobiliare in seguito ad intervento in giudizio della curatela fallimentare. Nota a Tribunale di Napoli, Sezione II, 23 gennaio 2019, n. 821*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 51

Giuseppe M. Orlando, *Sulla non sovrapponibilità del danno morale e del danno esistenziale. Nota a Cassazione civile, Sezione III, 31 gennaio 2019, n. 2788*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 57

Francesco Meglio, *Brevi note sulla rinunzia alla proprietà, tra categorie dogmatiche e istanze pratiche*, Gazz. For., n. 2/2019, p. 212

Nicola Barbuzzi, *Strategie aziendali e tutela del consumatore: il caso Apple*, Gazz. For., n. 2/2019, p. 222

Marzia Mingione, *Il rigoroso impiego della tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nelle impugnative dei licenziamenti. Nota a Trib. di Napoli, ordinanza 6 novembre 2018,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 231

Nunzia Tesone, *Licenziamento disciplinare: il ritardo notevole e non giustificato della contestazione dell'addebito. Nota a Cass., sez. un., sentenza n. 30985 del 27 dicembre 2017,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 241

Francesco Meglio, *Quando il fatto incontra il diritto: a proposito della così detta servitù di parcheggio,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 384

Gaetano Scuotto, *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,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 393

Ylenia Zaira Alfano, *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,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 403

Pietro Sorrentino, *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,* Gazz. For.,

n. 3/2019, p. 408

Carlo Tarroux, *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,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 417

Claudia Marasco, *Un possibile rinnovamento per il regime di comunione legale dei beni: la negozialità dell'oggetto della comunione*, Gazz. For., n. 4/2019, p. 552

Valentina Prisco, *I casi Foodora e Glovo: il lavoro che cambia tra subordinazione e autonomia*, Gazz. For., n. 4/2019, p. 560

Francesca Mite, Nicola Barbuzzi, *Preliminare di vendita e vincolo di inalienabilità. Nota a Cass. Sez. II, sentenza n. 15069 del 05/04/2018,* Gazz. For., n. 4/2019, p. 573

Francesca Mite e Nicola Barbuzzi, *L'istituto della "prorogation" nel sistema costituzionale britannico tra limiti ed applicabilità*, Gazz. For., n. 5/2019, p. 706

Roberto Ranucci, *La pubblicità commerciale dell'azienda e la cessione del corrispettivo dell'affitto di azienda: pubblicità immobiliare e non commerciale. Nota a Corte Cass., sez. III, 23 ottobre 2018, n. 26701,* Gazz. For., n. 5/2019, p. 713

Nicola Barbuzzi, *L'adozione speciale ex art. 44 della legge 184/83 tra continuità affettiva e vincoli normativi. Nota a Cass. Sez. I Civ., sentenza n. 17100 del 26/06/2019,* Gazz. For., n. 5/2019, p. 723

Giuseppe Tais, *Sul risarcimento del danno nello sfratto per finita locazione. Nota a Corte di Cassazione, Sezione III civile, 16 luglio 2019, n. 18946,* Gazz. For., n. 5/2019, p. 731

Gaetano Scuotto, *Sulla validità di un contratto di assicurazione con clausola claims made con retroattività limitata. Nota a Tribunale di Napoli, Sezione ottava civile, 21 novembre 2019, n. 10429,* Gazz. For., n. 5/2019, p. 740

Pietro Sorrentino, *Sugli obblighi di tutela del datore di lavoro ex art. 2087 c.c. Nota a Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 09 agosto 2019, n. 21287,* Gazz. For., n. 5/2019, p. 747

Martina Valiante, *Il licenziamento al tempo di Facebook*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 858

Enrico Maria Buonfantino, *Sulla nullità della fideiussione omnibus secondo lo schema ABI. Nota a Cassazione civile, sezione I, sentenza n. 24044 del 26/9/2019*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 860

Gaetano Scuotto, *Sull'influenza delle menomazioni preesistenti per il calcolo del danno differenziale. Nota a Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, 11 novembre 2019, n. 28986,* Gazz. For., n. 6/2019, p. 866

Manuela D'Andrea, *La Consulta torna a parlare e discutere in merito alla vita. Nota a Corte cost., 23/10/2019, n. 221,* Gazz. For., n. 6/2019, p. 880

Diritto e procedura penale

Sergio Ricchitelli, *Il* ne bis in idem *negli orientamenti della giurisprudenza nazionale. Primissime note in calce alla sentenza della Corte di Cassazione n. 45829 del 10 ottobre 2018, dopo il pronunciamento della Corte Europea sul* bis in idem *punitivo*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 74

Federico Noschese, *Detenzione di droghe diverse ed unitarietà del fatto di lieve entità. Nota a Corte di Cassazione, sez. un., 27 settembre 2018, n. 51063*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 77

Sara Bellotti, *Legge n. 242/2016 e difficoltà applicative. Nota a Corte di Cassazione, Sezione sesta, 27 novembre 2018, n. 56737*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 98

Sergio Ricchitelli, *Il trasferimento dei procedimenti penali all'estero nel quadro dei rapporti giudiziari internazionali. Note in calce al d.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante disposizioni di modifica del libro XI del codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, Gazz. For., n. 2/2019, p. 260

Simona Aduasio, *Il nuovo trattamento sanzionatorio per i reati in materia di stupefacenti. Disegno di legge n. 1128*, Gazz. For., n. 2/2019, p. 267

Alessandro Jazzetti, *La garanzia del* ne bis in idem *tra diritto interno e diritto europeo*, Gazz. For., n. 3/2019, p. 438

Caterina Migliaccio, *L'inapplicabilità del giudizio abbreviato ai delitti puniti con l'ergastolo. Legge 12 aprile 2019, n. 33, in vigore dal 20 aprile 2019*, Gazz. For., n. 3/2019, p. 445

Stefano Loconte, Giulia Maria Mentasti, *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*, Gazz. For., n. 3/2019, p. 454

Erica Vicentini, *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*, Gazz. For., n. 3/2019, p. 461

Sergio Ricchitelli, *Il "pacchetto" anticorruzione nella legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici. Il*

nuovo volto dello statuto penale della pubblica amministrazione, Gazz. For.*,* n. 4/2019. p. 586

Maria Francesca Bruno, Gerardo Di Martino, *L'illegittimità "diffusa" delle previsioni sanzionatorie rigide in tema di reati stradali. Nota a Corte Costituzionale, sentenza 19 febbraio 2019, n. 88,* Gazz. For., n. 4/2019, p. 613

Ciro Iorio, *Le contestazioni in fatto delle circostanze aggravanti. Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite penali, sentenza 18 aprile 2019, n. 24906,* Gazz. For., n. 4/2019, p. 632

Sergio Ricchitelli, *Il testimone di giustizia nel sistema penale italiano; definizione, disciplina e ricadute processuali*, Gazz. For., n. 5/2019, p. 758

Raffaele Carfora, *Richiesta di incidente probatorio e testimonianza della persona offesa di reati sessuali: abnormità del rigetto del G.i.p. Nota a Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 16 maggio 2019, n. 34091*, Gazz. For., n. 5/2019, p. 766

Angela Vassallo, *Celebrato il giudizio di primo grado con le forme di ricorso in appello, l'imputato può dedurre il carattere ingiustificato del diniego da parte del giudice di primo grado sulla richiesta di messa alla prova? La Corte di Cassazione chiarisce sul punto. Nota a Cassazione Penale, Sezione VI, sent. 31ottobre 2019, n. 47109*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 900

Alessandra Agrillo, *Le contestazioni relative al principio di immutabilità del Giudice. La decisione delle Sezioni unite, Nota a Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentenza del 10 ottobre 2019, n. 41736*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 905

Ilaria Buonaguro, *Il rapporto tra particolare tenuità del fatto e offesa nel delitto di istigazione alla corruzione. Nota a Cassazione penale, Sez. VI, sentenza 10 febbraio 2017, n. 19319*, Gazz. For., n. 6/2018, p. 1093

Diritto amministrativo

Ivana Nasti, *Il potere ispettivo delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 126

Giorgia Viola Lacasella, *Aspetti amministrativi comparati in materia di politiche sanitarie per i migranti irregolari: Il Caso Italiano e Francese*, Gazz. For., n. 3/2019, p. 478

Angelo Terracciano, *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*, Gazz. For., n. 3/2019, p. 489

Francesco Langella, *"Sblocca cantieri": gli effetti della mancata conversione delle irregolarità fiscali non definitive*, Gazz. For., n. 4/2019, p. 650

Cristina Spizuoco, *Limite al subappalto incompatibile con il diritto europeo.Nota a CGUE, sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18*, Gazz. For., n. 5/2019, 793

Diritto tributario

Manlio Ingrosso, *L'inerenza dei costi d'impresa secondo la Cassazione e l'onere probatorio,* Gazz. For., n. 1/2019, p. 138

Viviana Salerno, *I criteri di assimilazione dei rifiuti speciali: le conseguenze della mancata attuazione del Codice dell'Ambiente. Nota a Cass., sez. V, 13 aprile 2018, n. 9214,* Gazz. For., n. 1/2019, p. 146

Nicolò Treglia, *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,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 498

Giuseppe Saporito, Elisa Pinchera, Nicola Albanese, *Fisco 4.0. i primi passi della fattura e dello scontrino elettronico*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 926

Giustizia contabile

Francesco Antonino Cancilla, *Le società partecipate e i bilanci degli enti locali nella prospettiva della contabilità pubblica*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 154

Pasquale Fava, *Funzioni compensative, sanzionatorie e deterrenti nei giudizi di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti: la funzione "meno che compensativa" dell'azione risarcitoria pubblicistica da danno alla finanza pubblica e le nuove azioni sanzionatorie speciali*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 163

Tiziano Tessaro, *Problemi vecchi e nuovi del fondo pluriennale vincolato*, Gazz. For., n. 2/2019, p. 392

Berardino Bontempi, *La translatio iudicii nel giudizio contabile, alcuni profili applicativi. Nota a Corte dei conti, Sezione III app., 14 dicembre 2018, n. 464,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 299

Diritto internazionale

Sara Cinque, *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, Gazz. For., n. 3/2019, p. 506

Elvira Buzzelli, *Abolizione della protezione umanitaria e retroattività della riformanella prima interpretazione delle Sezioni Unite*, Gazz. For., n. 5/2019, p. 812

Focus

Martina Valiante, *L'istituto della Banca ore*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 176

Giacomo Romano, *La tenuta costituzionale della misura di prevenzione personale applicabile allo stalker in presenza di gravi indizi,* Gazz. For., n. 1/2019, p. 178

Clara Bianco, *Diritto amministrativo Società a controllo pubblico c.d. in house e assunzione di personale: competenza del Giudice ordinario,* Gazz. For., n. 1/2019, p. 183

Alessandra Iannella, *Servizio pre-ruolo prestato presso istituto scolastico paritario: è riconoscibile ai fini della mobilità territoriale?,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 328

Giacomo Romano, *I riflessi del ne bis in idem convenzionale sul doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 331

Sascha Ferrillo, *L'ordine di demolizione delle opere abusive: questioni in tema di sequestro penale preventivo dell'opera e di tempestività del deposito della produzione documentale nel processo amministrativo telematico,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 336

Enrica Maria Stefania Iardino, *Sulla regolamentazione delle spese di lite nelle controversie di lavoro: tra par condicio processuale e principio della soccombenza,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 524

Giacomo Romano, *Questioni di legittimità costituzionale con riferimento alla disciplina intertemporale della c.d. legge spazzacorrotti: uno spinoso problema tra favor rei* e *tempusregit actum,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 529

Michele Arcangelo Lauletta, *Eziopatogenesi giurisprudenziale dell'onere della prova nei giudizi tributari sugli oneri consortili: diagnosi e terapia,* Gazz. For., n. 3/2019, p. 533

Daniele Vitale, *L'applicazione del Decreto Legge n. 113/2018 nelle more dei giudizi aventi ad oggetto il diniego di rilascio di permessi di soggiorno: questioni in tema di ius superveniens,* Gazz. For., n. 4/2019, p. 674

Daniele Vitale, *Il complesso intreccio tra giustizia costituzionale e principio di legalità penale: rilievi critici sul nuovo volto della legalità alla luce della sentenza n. 50 dell'8.3.2019, emessa dalla Corte Costituzionale,* Gazz. For., n. 4/2019, p. 677

Carla Vitale, *L'accesso civico agli atti governativi in possesso dell'Avvocatura dello Stato: il limite invalicabile del segreto professionale*, Gazz. For., n. 4/2019, p. 683

Daniele Vitale, *La vexata quaestio sul danno da occupazione illegittima. Riflessioni sulla tutela risarcitoria per l'occupazione sine titulo di immobili di proprietà della Pubblica Amministrazione,* Gazz. For., n. 5/2019, p. 828

Francesco Di Sabato, *La legge cd. "Spazzacorrotti" e i suoi riflessi sull'esecuzione della pena:portata applicativa nel tempo della disciplina e sua legittimità costituzionale,* Gazz. For., n. 5/2019, p. 832

Sascha Ferrillo, *Il diritto di accesso agli atti in materia tributaria (cartella esattoriale ed estratto ruolo),* Gazz. For., n. 5/2019, p. 835

Sascha Ferrillo, *Compatibilità della normativa italiana con i principi comunitari in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizio: sussistenza o meno della colpa grave in capo agli agenti operanti il sequestro penale e risarcibilità dei danni subiti dal bookmaker*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 944

Francesca Maria Ricciardi, *È ammissibile la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione ex art. 314 c.p.p. motivata da insufficiente organizzazione dei servizi pubblici?*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 949

Daniele Vitale, *L'operatività nei giudizi amministrativi del principio del legittimo affidamento processuale*, Gazz. For., n. 6/2019, p. 953

Novità legislative

Maria Grazia Savastano, *La legge di conversione del decreto fiscale 2019 e le novità nel testo collegato alla legge di bilancio*, Gazz. For., n. 1/2019, p. 186

Silvia Forestieri, *Le principali novità introdotte dalla riforma cd. Spazza-corrotti,* Gazz. For., n. 2/2019, p. 342

Alessandro Maria Solivetti, *La Legge 9 gennaio 2019, n. 3. Breve commento ad alcune rilevanti introduzioni*, Gazz. For., n. 2/2019, p. 349

Giuseppe Sassone, *La legge 26 aprile 2019 n. 36 (G.U. 3 maggio 2019, n. 102) recante "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa", un'altra occasione mancata*, Gazz. For., n. 4/2019, p. 688

Elvira Buzzelli, *Abolizione della protezione umanitaria e retroattività della riforma,* Gazz. For., n. 6/2019, p. 958

Emanuele Florio, *Il nuovo reato di Revenge porn (art. 612-ter c.p.)***,** Gazz. For., n. 6/2019, p. 964

Maria Cristina Misaggi, *Il "nuovo" art. 583-quinquies c.p.: "Deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso",* Gazz. For., n. 6/2019, p. 968

Giapeto Editore

Modulo di abbonamento

Gazzetta FORENSE

rivista bimestrale
di diritto
- commerciale
- tributario
- civile
- penale
- amministrativo
- internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico a dieci anni dal *caso Napoli*
FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce della recente giurisprudenza costituzionale
ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione delle cause di esclusione nella disciplina dei contratti pubblici
FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

sei numeri della rivista comodamente a casa tua

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 556 40 86

DATI DEL DESTINATARIO ○ nuovo abbonamento ○ rinnovo l'abbonamento

cognome o ragione sociale _____ nome _____

partita iva e/o codice fiscale _____ e-mail _____

indirizzo _____ n. _____ cap _____

città _____ pr _____ tel. _____

☐ Acconsento al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie › Giapeto Editore Surl
UNICREDIT
IT 66 E 02008 03450 000104035132

compila questo coupon e spediscilo, insieme alla ricevuta del pagamento
✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli
via fax inviandoli allo 081 556 40 86
@ **per email** a: info@giapeto.it